# THĒMIS

Revista de Derecho

**Competencia**
**1965 - 2020**

THĒMIS
desde 1965

© Asociación Civil THĒMIS, 2020
Facultad de Derecho
Pontificia Universidad Católica del Perú
editor@themis.pe
themisconsejoeditorial@gmail.com
cceethemis@gmail.com
www.themis.pe
www.revistas.pucp.edu.pe/themis

# 78

Editor: Luz Andrea Caycho Cáceres
Coordinadores: Alejandro Falla y Felipe Irarrázabal
Diseño y diagramación: Mario Popuche Llontop

El contenido de los artículos publicados en **THĒMIS-Revista de Derecho**, así como las opiniones y posturas vertidas en ellos, son de responsabilidad exclusiva de los autores.

THĒMIS autoriza la reproducción parcial o total del contenido de esta publicación, siempre que se cite la fuente y utilice para fines académicos.

Primera edición: Marzo 2021
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: 2000-0958
ISSN: 1810-9934 (Impreso)
ISSN: 2410-9592 (En línea)
Registro de Proyecto Editorial: 31501402100111
THĒMIS-Revista de Derecho 78. ISSN: 1810-9934 (Impreso)
Año LVI - Número 78

Editado por:
Asociación Civil THĒMIS, 2020
Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú
Domicilio legal: Calle Santa Honorata 384, Piso 3, Lima 01, Perú
Teléfono: 626-2000, anexo 5391

Impreso por:
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Lima - Perú

# PRESENTACIÓN

THĒMIS-Revista de Derecho, tras 56 años de trayectoria en el mundo jurídico, se complace en presentar su nuevo número, dedicado a Competencia. Esta edición 78 trae consigo un arduo esfuerzo de los estudiantes detrás de THĒMIS-Revista de Derecho, quienes, siguiendo los pasos de nuestros antecesores, buscamos día a día llevar a la comunidad jurídica un producto de gran calidad académica.

Esta edición no es la excepción. Como cada entrega de THĒMIS-Revista de Derecho, buscamos cubrir temáticas actuales e innovadoras plasmadas de contenido elaborado por los más grandes exponentes de cada rama del derecho. Esta vez, fue el Derecho de la Competencia el elegido. Con motivo de la pandemia mundial del COVID-19 diversos temas relacionados con la competencia económica han generado debate entre los expertos, pasando, entre otras temáticas, desde el control de precios hasta el control de concentraciones empresariales, el cual ha traído consigo diversas innovaciones. Hoy, la Competencia económica, revoluciona e innova al Derecho.

Nuestro público lector tiene en sus manos un producto que se ha ido transformando con el pasar de los años, que esta vez busca abordar libre y leal competencia en sus brillosas y abundantes hojas. Así, nuestro leyente encontrará una serie de artículos que plasman en sus párrafos temas relacionados con el diseño institucional de las agencias de competencia, políticas de competencia en tiempos de COVID-19, libre competencia –acuerdos colusorios, abuso de posición de dominio–, control de concentraciones empresariales, la debatida figura de la excepción de empresa en crisis o *failing firm defense*, innovación, proceso competitivo y acceso al mercado.

Esta edición deja en sus páginas temas nunca antes tocados en nuestra trayectoria, que buscan generar debate y búsqueda de consensos. Sin duda, cada línea de estos ejemplares será de gran valor para nuestros fieles lectores e interesados en la competencia, más aún cuando nos encontramos en un tiempo de crisis económica mundial, producto de la pandemia que se vive como consecuencia del COVID-19.

Agradecemos a todos aquellos exponentes que colaboraron con sapiencia y dedicación en la elaboración de cada uno de los textos de esta ansiada edición. Gracias a nuestros coordinadores y asesores temáticos, sin quienes nuestra revista no sería una realidad, a cada uno de los miembros del Consejo Ejecutivo por su esfuerzo constante y a ustedes, queridos lectores, que nos acompañan en cada entrega y confían cada vez más en este grupo de estudiantes que brindan un pequeño aporte a la comunidad académica.

Orgullosos estamos de ver el crecimiento constante de nuestra amada THĒMIS-Revista de Derecho. Luego de 78 ediciones, podemos reafirmar el compromiso con nuestro quehacer. Los estudiantes detrás de THĒMIS-Revista de Derecho estamos seguros que nuestros sucesores seguirán dejando en alto nuestro lema: **Innovar es nuestra tradición**.

Lima, marzo de 2021

**EL CONSEJO EJECUTIVO**

## Reseña sobre la Pintura

THĒMIS-Revista de Derecho se complace en presentar como portada de su edición 78 al óleo "Defeat of the Spanish army near the Bruges Canal" de Adam Frans van der Meulen (1632-1690). Con la excusa que la dote de María Teresa de Austria, esposa de Luis XIV o también llamado Rey Sol, no había sido pagada por Felipe IV, este invadió los Países Bajos Españoles apoderándose de Charleroi, Tournai, y Douai rápidamente. España, muy débil en aquel entonces, no pudo resistirse. Inglaterra, Francia y los Países Bajos firmaron la Triple Alianza para evitar que Francia consolide su poder y esta tuvo que ceder firmando el Tratado de Aquisgrán frente la Alianza. La pintura de THĒMIS-Revista de Derecho 78 representa la derrota del ejército español por las tropas del rey Luis XIV cerca del Canal de Brujas en la Guerra de Devolución, la cual terminó llevando a la Guerra franco-holandesa.

# THĒMIS

Revista de Derecho

**Publicación semestral editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**

**2020-1**



## CONSEJO DIRECTIVO

Yhasira Fabián Terreros (Actualidad Jurídica)
Nicol Gaona Buitrón (Administración)
Lucía López Gallardo (Contenido)
Gabriela de Olazával Aguilar (Cursos & Capacitaciones)
Denisse Paucar Laurencio (Desarrollo Social)
Valeria Murrieta Noly (Financiamiento)
Renato Valdizán Cervantes (Imagen Institucional)
Johanna Mosqueira Gonzáles (Publicaciones)
Ana Calderón Torres (Recursos Humanos)
Rosa Villalón Orellana (Seminarios)

## MIEMBROS ACTIVOS

**Actualidad Jurídica**
Lucrecia González-Olaechea Dutari
Fanny Herrera Cevasco
Adriana Chávez Copa
Daniel Rodríguez Tamo
Kathia Martínez Tarazona

**Administración**
Luis Felipe Cornejo Arenas
Sebastián Morello Montes
Diana Salazar Pérez
Alexis Salinas Temoche

**Contenido**
Luz Andrea Caycho Cáceres
Sol María Guevara Ratto
Santiago Garnica Franco
Lilian Raquel Cánepa Yufra
Joaquín Alejandro Mejía Cacho

**Cursos & Capacitaciones**
Mariana Isabel Gálvez Zárate
Miguel Rosas Ramírez
María José Erausquin Herrada
Alexia Gaitán Meléndez

**Desarrollo Social**
Angélica Pretell Gómez
Aixa Cristoval Solorzano
Rubiela Gaspar Clavo
Sebastián Pepper Smith

**Financiamiento**
Zuly Bolaños Enríquez
Francesca Ferruzo Matos
Mariana Sequeiros Ugarte

**Imagen Institucional**
Joyce Vivas Huaccho
Alejandra Carrillo Ayala
Ariana Armacanqui Paredes
Vivian Bustamante Yabar
Romina Alarcón Bonilla
Ángel Sebastián Bravo Morales

**Publicaciones**
Rodrigo Roman Olarte
Juan Alberto Liu Sánchez
Ariana Novoa Suarez
Karla Soria Valeriano

**Recursos Humanos**
Nicole Velazco Velazco
Katherine Ortiz Cornejo
Carlos Osorio Alza

**Seminarios**
Alessandra Rocca Rodríguez
Andreé Castro Arequipeño
Angela Romero Carranza
Alexandra Aguirre Sumarriva
Melady Chávez Macuado

## CONSEJO CONSULTIVO

Alfredo Bullard González (PUCP)
Guido Calabresi (U. de Yale)
Robert D. Cooter (U. de California, Berkeley)
Javier de Belaúnde López de Romaña (PUCP)
Fernando de Trazegnies Granda (PUCP)
Carlos Fernández Sessarego † (UNMSM)
Baldo Kresalja Roselló (PUCP)
César Landa Arroyo (PUCP)
Javier Neves Mujica (PUCP)
Javier Pazos Hayashida (PUCP)
Richard A. Posner (U. de Chicago)
George L. Priest (U. de Yale)
José Daniel Amado Vargas (PUCP)



Asociación Civil THĒMIS
Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú
Teléfono: 626-2000 anexo 5391
Correo electrónico: themisconsejoeditorial@gmail.com
www.themis.pe

**THĒMIS - Revista de Derecho 78**

**Editor General**
Luz Andrea Caycho Cáceres, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

**Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho**
Elvira Méndez Chang, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Ana Teresa Revilla Vergara, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando Cantuarias Salaverry, Universidad del Pacífico, Perú
Cecilia O'Neill de la Fuente, Universidad del Pacífico, Perú
Carlos Zelada Acuña, Universidad del Pacífico, Perú
José Manuel Álvarez Zárate, Universidad Externado de Colombia, Colombia
Rémy Cabrillac, Université de Montpellier, Francia
Michele Taruffo, Università degli Studi di Pavia, Italia
Carlos Moreiro González, Universidad Carlos III de Madrid, España
Daniel Francisco Mitidiero, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Brasil
Antonio Saccoccio, Università degli Studi di Brescia, Italia
René Provost, McGill University, Canadá
Manuel Atienza Rodríguez, Universidad de Alicante, España
Luiz Guilherme Marinoni, Universidade Federal do Paraná, Brasil

**Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho**
Alfredo Bullard González, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Guido Calabresi, Universidad de Yale, Estados Unidos
Robert D. Cooter, Universidad de California - Berkeley, Estados Unidos
Javier de Belaúnde López de Romaña, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Fernando de Trazegnies Granda, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Carlos Fernández Sessarego†, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Perú
Baldo Kresalja Roselló, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
César Landa Arroyo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Neves Mujica†, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Javier Pazos Hayashida, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Richard A. Posner, Universidad de Chicago, Estados Unidos
George L. Priest, Universidad de Yale, Estados Unidos
José Daniel Amado Vargas, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

**Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho**
Lucia Beatriz López Gallardo, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Sol María Guevara Ratto, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Lilian Raquel Cánepa Yufra, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Santiago Garnica Franco, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Joaquín Alejandro Mejía Cacho, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú
Chiara Lucía Jacob Camaiora, Pontificia Universidad Católica del Perú, Perú

THĒMIS-Revista de Derecho es una publicación semestral, editada y publicada, en formato impreso y electrónico, por la Asociación Civil THĒMIS, conformada enteramente por estudiantes de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. La revista fue fundada en 1965 y viene siendo publicada de manera ininterrumpida desde 1984. El contenido de la revista versa sobre temas relacionados al Derecho y la cultura jurídica en general, estando dirigida a un público de académicos, abogados y estudiantes de Derecho. Los artículos publicados en THĒMIS-Revista de Derecho constituyen una fuente de consulta tanto para profesionales como estudiantes, siendo una fuente importante de doctrina jurídica en el ámbito nacional. THĒMIS-Revista de Derecho es una Revista arbitrada que se encuentra oficialmente indizada en Latindex y Clase, Directory of Open Access Journals (DOAJ), sistemas de información de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), y en Dialnet, catálogo de la Universidad de La Rioja, España. Asimismo, THĒMIS-Revista de Derecho puede ser ubicada en el Repositorio digital de la Biblioteca de la Pontificia Universidad Católica del Perú, y en los agregadores Ebsco y vLex. De igual forma, THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra anexada a los portales web internacionales de recepción de artículos ExpressO y Scholastica. Los estándares académicos y calidad editorial de nuestra revista se encuentran certificados internacionalmente. THĒMIS-Revista de Derecho, se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

# ÍNDICE 78

## TEMA CENTRAL: Competencia

*Diseño institucional y políticas de competencia en tiempos de COVID-19*

**Cynthia Andino** 15
El derecho de la competencia en el Paraguay: análisis de su aplicación en su septenio de vigencia
*Competition law in Paraguay: Analysis of its enforcement in its seventh year in effect*

**José Carlos Gonzáles Cucho y Samuel Yábar Palacios** 43
Cuando el remedio resulta peor que la enfermedad: riesgos el control administrativo de precios
*When the remedy is worse than the disease: Risks of the administrative price control*

**Carlos Mena Labarthe y Jessica González González** 59
Competencia en tiempos de crisis: reflexiones a partir del COVID-19
*Competition in times of crisis: Reflections from COVID-19*

**Jeysson Sandoval Valer, Boris Saldaña Solari y Carlos Martinez Álvarez** 69
La Independencia del Indecopi en tiempos de crisis: a propósito del riesgo de la presión política en la agencia de competencia peruana
*Indecopi's independece in times of crisis: Regarding the risk of political pressure on the peruvian competition agency*

**Raffo Velásquez Meléndez** 91
El Indecopi como organismo constitucional autónomo: razones sobre el proyecto de modificación constitucional
*Indecopi as an autonomous constitutional body: Reasons for the constitutional amendment project*

*Libre Competencia*

*1. Procedimiento, enforcement y daños*

**Ricardo Ayvar Ayvar y Mirella Hernández Humire** 117
¿Cumplimiento o recompensa? He ahí el dilema
*Compliance or reward? Here is the question*

**Francisco Marcos Fernández** 141
El derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador peruano en materia de defensa de la competencia ante Indecopi
*The right to due process on the peruvian administrative procedure on antitrust matters before Indecopi*

**Antonio Robles Vargas, Cesar Gutiérrez Tercero y Jacqueline St. Laurent del Castillo** 167
¿Qué tan lejos estamos de estar cerca? Alcances de la arbitrabilidad de la libre competencia y aproximaciones en el Perú
*How far are we from being close? Scopes of the arbitrability of antitrust law and approximations in Peru*

*2. Acuerdos colusorios*

**Waldo Borda Gianella** 189
Alcances e interrelación de las prácticas colusorias horizontales en el marco de la Ley de Represión de conductas anticompetitivas
*Scope and interrelation of horizontal collusion practices within the framework of law on the repression of anti-competitive conduct*

**Francisco José Floríndez Aramburú, Sebastián Velarde Ferreyros y Laura Zúñiga Alemán** 207
¿Cárcel para colusores? Reflexiones sobre la criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú
*Prison for antitrust offenders? Reflections on the criminalization of anti-competitive practices in Peru*

**Tomás Menchaca Olivares** 219
Interlocking y participaciones minoritarias en el derecho chileno de la libre competencia
*Interlocking and minority interests in Chilean competition law*

**Juliane K. Mendelsohn** 241
Algorithmic pricing and market coordination – toward a notion of "collusive risk"
*Precios algorítimicos y coordinación del Mercado: hacia una noción de "riesgo colusorio"*

*3. Abuso de posición de dominio*

**Nader Mufdi Guerra** 257
El rol del diseño institucional en la aplicación de *responsive regulation* frente al abuso de posición dominante
*The role of institutional design in the application of responsive regulation against abuse of dominant position*

*Control de concentraciones*

**Macarena Alliende Serra** 279
El nuevo sistema de control de concentraciones empresariales en Perú a la luz de la experiencia chilena
*The new Peruvian merger control system in light of the Chilean experience*

**Gianfranco Bocanegra Abarca y Ximena Calderón Rojas** 305
¡Sálvese quien pueda! Propuestas sobre la aplicación de la excepción de empresa en crisis
*Everyone for themselves! Proposals on the application of the failing firm defense*

**Enrique Felices Saavedra y Alessia Lercari Bueno** 325
Control de concentraciones e intercambio de información en el marco de operaciones de fusión y adquisición
*Merger control and information exchange in the framework of mergers and acquisitions operations*

**Mario Navarrete Serrano** 345
*Failing Firm Defense* a la ecuatoriana. Algunos aportes y reflexiones sobre la nueva excepción de empresa en crisis
*Failing Firm Defense Ecuadorian version. Some contributions and reflections on the new failing firm defense*

**Vincent Poirier-Garneau y Fiorella Zumaeta Castro** 357
Distanciamiento empresarial: riesgo de "contagio" en alianzas y fusiones
*Business distancing: Risk of "contagion" in alliances and mergers*

**Enzo Pierino Segovia Troncones** 377
Escogiendo al mal menor: la racionalidad y límites de la excepción de empresa en crisis *(faling firm defense)*
*Choosing the lesser evil: The rationality and limits of the failing firm defense*

*Innovación, proceso competitivo y acceso al mercado*

**Geoffrey Cannock y Rodrigo Ezcurra Robledo** 391
La coherencia de la disciplina del *dumping* con la disciplina de la libre competencia en el Perú: el caso de *dumping* de la República Popular de China
*The coherence of dumping and free market policies in Peru: The dumping case of the People's Republic of China*

**Cesar Carrillo Temple** 409
Yo también quiero competir: las barreras de entrada y de permanencia y el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas
*I also want to compete: The barriers to entry and stay and the procedure for removing bureaucratic barriers*

**Luis Gerardo García Santos Coy, Jorge Kargl Pavía y Regina Esparza Fregoso** 427
Competencia económica en mercados digitales: la experiencia en México
*Economic competition (antitrust) in digital markets: The experience in Mexico*

**Carlos Andrés Gómez Ramos** 443
Sobre gorilas, compensaciones, cegueras y salarios: por qué el banco si puede disponer de mi cuenta de remuneraciones
*About gorillas, compensations, blindness and salaries: Why the bank can make use of my compensation account*

**Pablo Márquez y María Fernanda Arciniegas** 457
Industria de contenidos audiovisuales y plataformas digitales: análisis desde el Derecho de la Competencia
*The audiovisual content industry and digital platforms: An analysis from the perspective of antitrust law*

**Richard Tepper Maturana** 485
Innovación y antitrust: una relación complicada
*Innovation and antitrust: A complicated relationship*

MISCELÁNEAS

**Josefina Miró Quesada Gayoso** 503
La muerte digna bajo la jurisprudencia del derecho internacional de los derechos humanos
*The right to die with dignity under the jurisprudence of human rights law*

HOMENAJES

**Elmer Guillermo Arce Ortíz** 523
Javier Neves: la lucha permanente
*Javier Neves: The permanent fight*

# Coordinadores Generales

## Alejandro Falla Jara

Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Máster en Regulación por el London School of Economics and Political Sciences. Socio de Bullard Falla Ezcurra +. Ha sido Miembro del Directorio del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía (OSINERG). Presidente de la Comisión de Supervisión de la Publicidad y Represión de la Competencia Desleal y Miembro de la Comisión de Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Secretario Técnico de las Comisiones de Libre Competencia y de Protección al Consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Fue Miembro del Tribunal de Ética de la Sociedad Nacional de Radio y Televisión.

Es Director de la Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho y en la Maestría de Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Regulación y Libre Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacifico y Profesor de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Ha sido Profesor Visitante de Derecho de la Competencia de la Maestría de Derecho de la Empresa de la Universidad Torcuato di Tella de Buenos Aires, Argentina.

*Graduated from Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). MSc. in Regulation from London School of Economics and Political Sciences. Partner at Bullard Falla Ezcurra +. Former member of the Council Board of the Supervising Agency for Private Investment in Energy (OSINERG). Former President of the Supervising Commission for Advertising and Repression of Unfair Competition and Member of the Commission of Free Competition at the National Institute for the Defense of Competition and Intellectual Property (INDECOPI). Also, former Technical Secretary of the Free Competition and the Consumer Protection Commission of INDECOPI. He was Member of the Ethics Court for the National Society of Radio and Television.*

*He is Director of the Master Program in Intellectual Property and Antitrust Law of the Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Professor of Antitrust Law at the Law School and the Law School Graduate Program - PUCP. Also, Professor of Regulation and Antitrust at the Law School of Pacifico University and Professor of Antitrust Law at the Law School of University of Piura. He has been visiting Professor of Antitrust Law at the Law School Graduate Program of University Torcuato di Tella from Buenos Aires, Argentina.*

## Felipe Irarrázabal Philippi

Abogado graduado de la Universidad de Chile. Máster en Derecho por la Universidad de Yale. Director del CentroCompetencia (CeCo) de la Universidad Adolfo Ibáñez y Senior Fellow de la misma universidad. Se desempeñó como Fiscal Nacional Económico y fue socio del estudio Philippi, Yrarrázaval, Pulido & Brunner (actualmente, Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría). Asimismo, trabajó en Cleary, Gotlieb, Steen & Hamilton (Nueva York).

Fue profesor desde el año 2000 hasta el 2013 del curso de Análisis Económico del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Asimismo, ha impartido clases de posgrado sobre derecho de la competencia en otras escuelas y universidades.

*Graduated from University of Chile. Master of Laws from University of Yale. Director of CentroCompetencia (CeCo) from Adolfo Ibáñez University and Senior Fellow of the same university. He served as National Economic Prosecutor in Chile and was partner at Phillipi, Yrarrázabal, Pulido & Brunner (now Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uria). Also, he worked in Cleary, Gotlieb & Hamilton (New York).*

*He was Professor from 2000 to 2013 of Economic Analysis of Law at the Law School of the University of Chile. He has also taught postgrad classes on competition law in other law schools and universities.*

# Asesores Temáticos

## Javier Pazos Hayashida

Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Master en Economía y Derecho del Consumo por la Universidad de Castilla – La Mancha (España). Magíster en Gerencia Social por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Ciencias Jurídicas y Políticas por la Universidad Pablo de Olavide (España).

Profesor Principal del Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú y director del Instituto de Docencia Universitaria de la PUCP. Presidente de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi donde también ha sido miembro de la Comisión de Protección al Consumidor.

Miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS.

*Graduated from Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Master in Economics and Consumer Law from University of Castilla – La Mancha (Spain). Master in Social Managment from Pontifical Catholic University of Peru. Doctor in Legal and Politic Sciences from the Pablo de Olavide University (Spain).*

*Principal Professor of the Department of Law of the Pontifical Catholic University of Peru and Director of University Teaching Institute. President of the Commision of Competition.*

*He is member of the Consultative Board of THEMIS.*

## Carlos Rojas Klauer

Abogado graduado de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Socio y líder del área de innovación legal de Baxel Consultores. Ha integrado la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

Ha realizado estudios en psicología del Consumidor en la Escuela de Post Grado de la UPC (2012) y Behavioral Design en UTEC (2020). Fundador y Director Ejecutivo del think tank "PsychoLAWgy" (2016 - hoy). Especialista en Derecho de la Competencia y Administrativo, con énfasis en procedimiento sancionadores y protección de datos personales, libre competencia, publicidad y consumo.

*Graduated from Pontifical Catholic University of Peru (PUCP). Partner and cohead of the legal innovation area at Baxel Consulting. He has been a member of the Technical Secretary of INDECOPI's Commission for Unfair Competition.*

*He has studies on Consumer Psychology at the UPC Graduate School (2012) and Behavioral Design at the University of Engineering and Technology – UTEC (2020). Founder and Executive Director of the think tank PsychoLAWgy (2016 – present). Specialist in Antitrust and Administrative Law, with emphasis on business sanctionable process and data protection, free competition, advertising and consumer.*

# COMPETENCIA

10.18800/themis.202002.001

# EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL PARAGUAY ANÁLISIS DE SU APLICACIÓN EN SU SEPTENIO DE VIGENCIA

## *COMPETITION LAW IN PARAGUAY ANALYSIS OF ITS ENFORCEMENT IN ITS SEVENTH YEAR IN EFFECT*

**Cynthia Andino***
**Consultora independiente**

*This document analyses the disenchantment and failure of the Paraguayan Competition Act, Law 4956, after seven years since it came to effect.*

*In this article, the author studies the Competition Act, its history, as well as the Competition Authority –CONACOM–, its structure, and resolutions. Aditionally, she presents the conclusions and recommendations for its reform and future challenges.*

*Keywords: CONACOM; antitrust; collusive agreements; abuse of a dominant position, merger control; Paraguay Competition Act.*

*Este documento analiza los errores y el impasse de la Ley de Defensa de la Competencia del Paraguay, Ley 4956, después de siete años de su existencia.*

*En el presente artículo, la autora se centra en analizar la normativa paraguaya de libre competencia y su historia, al igual que a la Autoridad de Competencia –CONACOM–, su estructura y resoluciones. Asimismo, se presentarán en el texto diversas conclusiones y recomendaciones para su reforma, desafíos y futuros retos.*

*Palabras clave: CONACOM; libre competencia; acuerdos colusorios; abuso de posición de dominio; control de concentraciones; régimen de competencia de Paraguay.*

* Licenciada en Comercio Internacional. Máster en Derecho Empresarial por la Universidad de Estrasburgo y Máster of Laws (LL.M.) en Derecho del Comercio Transnacional y Finanzas por las Universidades de Deusto y Tilburg (Programa Erasmus Mundus). Ex coordinadora de los grupos de Defensa Comercial y Defensa de la Competencia – CT5 de Paraguay ante el Mercado Común del Sur. Ex miembro de la Comisión Redactora de la Ley de Defensa de la Competencia del Paraguay y Coordinadora Nacional del Programa COMPAL – Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Consultora independiente en Comercio Internacional y Libre Competencia (Asunción, Paraguay). Contacto: cynthiaandino@hotmail.com

La autora agradece las contribuciones de David Sperber y Javier Acuña para este ensayo. También expresa gratitud a los miembros de la UNCTAD y a las autoridades de Defensa de la Competencia que apoyaron al Ministerio de Industria y Comercio durante el proceso de redacción del anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia del Paraguay.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 18 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 23 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

La defensa de la libre competencia en la República del Paraguay está consagrada y tutelada en la Constitución Nacional[1], la cual estipula, entre otros aspectos, que no se permite la creación de monopolios. Asimismo, garantiza la libre concurrencia en tanto principio básico que avala una economía de mercado competitiva, eficiente y justa.

Sin embargo, pese a contar con un mandato constitucional incuestionable, la historia de la defensa de la competencia en el Paraguay tuvo un arduo y prolongado debate. Ciertos sectores buscaron obstruir la promulgación de la ley a través de una activa participación y *lobby*. Empero, luego de más de 10 años de porfía, el 25 de junio de 2013 se materializó en tierra guaraní la normativa de protección a la libre concurrencia: la Ley 4956, Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). De este modo, Paraguay se convirtió en el penúltimo país de Latinoamérica en promulgar legislación específica de libre competencia.

De forma posterior a la publicación de la LDC, el 14 de abril de 2014 mediante Decreto 1490 el Poder Ejecutivo promulgó el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, RLDC). Con esto, se logró la meta de contar con una normativa para remediar los actos anticompetitivos que perjudican a la libre competencia y brindar un marco para la regulación de concentraciones económicas.

Si bien Adam Smith estaba en contra de la regulación del mercado, pues consideraba que cualquier traba en el mercado sería resuelta por la mano invisible del mismo, la práctica nos ha demostrado que esa aseveración es un precepto quijotesco. Prueba de ello es la existencia de normas de libre competencia a nivel mundial y la casuística que expone los perniciosos efectos de los cárteles, los cuales solo han detenido su conducta anticompetitiva al ser descubiertos o delatados. Si ello no hubiese acontecido, los operadores económicos hubiesen continuado con su práctica ilegal por un tiempo indeterminado, en desmedro de los demás competidores y consumidores.

En atención a ello, el presente estudio se lleva a cabo por la relevancia del tema y el gran impacto que tiene la correcta regulación del mercado en las vidas de los ciudadanos. Además, esta investigación aporta al mundo académico un análisis novedoso, ya que no se evidencia un estudio de la normativa de defensa de la competencia del Paraguay ni de la aplicación de la misma. Asimismo, tampoco se han analizado los resultados obtenidos por la Autoridad de Aplicación como ente regulador del mercado desde la entrada en vigor de la normativa de competencia, hace siete años[2].

Por tanto, en primer lugar estudiaremos la LDC y para ello nos referiremos a las conductas anticompetitivas sujetas a la ley, el régimen de concentraciones económicas, el diseño institucional, las actuaciones de oficio de la autoridad de competencia y su gestión. En segundo lugar, examinaremos los estudios de mercado que han sido realizados por la autoridad de competencia –para evidenciar si la cultura de libre competencia se encuentra instalada en la sociedad– y, tras ello, las actividades de abogacía que se han realizado para tal efecto. En tercer lugar, revisaremos la labor efectuada por los órganos encargados de auditar la gestión de la Comisión Nacional de Competencia (en adelante, CONACOM). Finalmente, realizaremos un estudio de caso. En síntesis, en el presente texto evaluaremos si la implementación de la LDC ha impactado positivamente en Paraguay.

Cabe mencionar que en este trabajo no trataremos la normativa supranacional, a saber la relativa al Mercado Común del Sur – MERCOSUR. Tampoco abordaremos la relación entre la LDC con otras leyes nacionales, aunque sí mencionaremos brevemente su existencia. De ahí que nos remitiremos a legislación comparada para mejor referencia de las normas que han evolucionado y adecuado su regulación a las mejores prácticas internacionales como es el caso de Brasil, Uruguay, la Unión Europea, entre otros.

### A. Antecedentes

Como precedente a la promulgación de la LDC trataremos tres aspectos relevantes: los anteproyectos presentados y tratados en el Congreso de la Nación paraguaya, la asistencia técnica internacional recibida como un aporte sustancial en el proceso instaurador de la Ley y el caso de *Casa*

---

1 Constitución Nacional de la República del Paraguay de 1992 [Const.]

> De la libertad de concurrencia. Toda persona tiene derecho a dedicarse a la actividad económica lícita de su preferencia, dentro de un régimen de igualdad de oportunidades. Se garantiza la competencia en el mercado. No serán permitidas la creación de monopolios y el alza o la baja artificiales de precios que traben la libre concurrencia. La usura y el comercio no autorizado de artículos nocivos serán sancionados por la Ley Penal (1992, artículo 107).

2 Para más información al respecto, véase el artículo en inglés que redacté en el año 2016. En este doy cuenta únicamente de la normativa, y no de su aplicación, ya que en ese entonces la Autoridad estaba aún en proceso de formación y no había resuelto ningún caso. Véase Andino (2017).

*Grütter*, detonante y acto controversial que puso en evidencia las prácticas de ciertos sectores económicos ante la ausencia de la LDC.

1. Anteproyectos de ley y debate

Para iniciar el análisis indicamos que cinco anteproyectos fueron presentados en el Congreso de la Nación. En primer lugar, en el año 2003 fue presentado el primer anteproyecto de la LDC, el cual fue objeto de debates internos y de dictámenes sin arribar a un dictamen final (Expediente 30058, 2003).

Posteriormente, distintas agrupaciones presentaron otros anteproyectos, así como también lo hicieron legisladores, el sector privado y el Ministerio de Industria y Comercio del Paraguay (en adelante, MIC).

De ese modo, en el año 2007 los diputados Edmundo Rolón y Hans Werner Thielman presentaron el segundo anteproyecto (Última hora, 2008), materializado en el Expediente 9481. Pese a llegar a dictarse dictámenes sobre el mismo, en el año 2008 fue rechazado. Cabe resaltar que

> [c]on respecto a este proyecto, en medios de prensa fue publicado el lobby realizado por representantes de la FEPRINCO, quienes se reunieron con la Comisión de Asuntos Económicos y Financieros de la Cámara de Diputados. El periódico sostenía que: "El proyecto de ley de Defensa de la Competencia fue aprobado en diputados, pero los sectores de la industria y el comercio no están de acuerdo con los términos del texto porque consideran que podría limitar la competencia" (Pereira Fukuoka, 2011, p. 4).

Así, el resultado fue el rechazo y archivo del anteproyecto. A cambio, los mencionados grupos del sector privado se habían comprometido a presentar un nuevo proyecto en el plazo de seis meses, situación que no ocurrió.

Años después, en abril de 2010 la Federación de la Producción, la Industria y el Comercio (en adelante, FEPRINCO), una asociación de varios sectores empresariales nacionales, presentó ante el Congreso un proyecto de ley redactado por un grupo de abogados contratados para tal efecto, materializado en el Expediente D-1224404 (Diario ABC, 2010c), Este proyecto fue presentado formalmente y debatido, para ser luego vinculado al anteproyecto presentado por el MIC, que mencionaremos *infra*. Dicho anteproyecto fue patrocinado por varios diputados, entre ellos, Ariel Oviedo, Luis Gneiting, Victor Bogado, Blanca Lila Mignarro y Mario Morel, según consta en el Sistema de Información Legislativa del Congreso Nacional.

El 31 de agosto de 2010 los senadores Roger Caballero y Alfredo Stroessner presentaron el cuarto anteproyecto; materializado en el Expediente S-105536, el cual fue debatido en ambas cámaras y duramente criticado por el sector privado, quienes públicamente manifestaron su descontento y atribuyeron la creación del anteproyecto al MIC (Diario ABC, 2011). Aunque esta acusación no fue probada, tampoco hubiera estado fuera de lugar, ya que dicha gestión correspondía a la institución. Empero, el anteproyecto fue rechazado y archivado en agosto de 2013.

Finalmente, en el año 2011 –y ante la reticencia del sector privado– el MIC presentó un anteproyecto de ley, materializado en el Expediente D-1224404, como producto de un trabajo consensuado con el sector privado. Sin embargo, se evidenció que esta propuesta en realidad se aproximaba al tercer anteproyecto –la elaborada y presentada por el sector privado ante el Congreso en abril de 2010– con algunas leves modificaciones, siendo este hecho inusual en la regulación en materia de competencia comparada. Por tal motivo, la Organización No Gubernamental (en adelante, ONG) BASE Investigaciones Sociales se pronunció al respecto calificando tal hecho como un **absurdo jurídico**. Asimismo, criticaron el proyecto y lo consideraron como inaplicable e inconstitucional y comunicaron lo siguiente:

> […] Expresamos nuestro total rechazo al actual proyecto de ley presentado por la FEPRINCO con el aval del Ministerio de Industria y Comercio, y exigimos el debate y tratamiento parlamentario del Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia presentado por el MIC en el año 2003, paralizado en comisiones del Senado de la Nación (BASE Investigaciones Sociales, 2011).

El proyecto del MIC fue vinculado al de la Feprinco para su tratamiento en el Congreso (de allí que mencionamos que es el mismo, pues caso contrario no hubiese sido vinculado), siendo este último finalmente promulgado en el Congreso de la Nación (Diario ABC, 2011). La mencionada ONG manifestó además que el proyecto de LDC aprobado fue elaborado por la Feprinco con algunas pocas modificaciones para ser un órgano controlado por ella (2011) y afirmaron lo siguiente:

> En relación al sistema institucional de aplicación de la ley de defensa de la competencia previsto, se considera al anteproyecto de la FEPRINCO como el más lesivo a los intereses

generales, y con una configuración que estaría incluso viciada de inconstitucionalidad por pretender corporativizar facultades y obligaciones del poder público, en este caso, del Poder Ejecutivo y del Ministerio de Industria y Comercio (Diario ABC, 2010c).

En ese contexto, se distingue que la Ley aprobada tiene una peculiaridad, la denominada Junta de Calificaciones, impuesta por determinados grupos del sector privado a través de la FEPRINCO, figura que detallaremos *a posteriori*.

2. Asistencia técnica internacional

En el año 2009 se recibió en el MIC la asistencia técnica de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, por sus siglas en inglés, UNCTAD), con la visita de una misión de trabajo a efectos de concientizar a nivel público y privado la necesidad de adoptar en Paraguay una Ley de Defensa de la Competencia. El Presidente de la República recibió a la comitiva de la misión. Esta estuvo compuesta por el ministro y viceministro del MIC, por mi persona en calidad de directora de Normas y Negociaciones Comerciales del MIC, por autoridades del Departamento de Competencia y Defensa del l Consumidor de la UNCTAD, por miembros del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, por representantes del Consejo Administrativo de Defensa Económica del Brasil y de la Fiscalía Nacional Económica de Chile)[3].

En esta misión se expuso al Presidente de Paraguay los beneficios que la legislación de libre concurrencia otorga al comercio, mercado y consumidores. Posteriormente, se tuvieron reuniones en el Congreso de la Nación y se realizaron seminarios y talleres. Asimismo, en los años posteriores se complementaron los esfuerzos de la misión con otras visitas de expertos con la academia y representantes del sector privado.

De igual modo, en el año 2010 a través de la asistencia técnica de la Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional se recibió la visita de expertos de la Federal Trade Comission y del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile[4], con el objetivo de desarrollar actividades de sensibilización y concienciación dirigidas principalmente al sector público, privado, legislativo y académico.

En suma, se destaca la importancia de la asistencia técnica internacional recibida de diferentes organismos y autoridades nacionales de otros países para el cumplimiento de este cometido. Se evidencia que sin el apoyo de estos organismos e instituciones es probable –a juzgar por la reticencia que hemos atestiguado– que dicho proceso hubiese tomado más años de labor.

3. Casa Grütter y otros

Enfatizamos que si bien el debate empezó *a priori* del año 2003 no fue sino en el 2010 en que este tema resurgió, ante una polémica publicación en un diario impreso por parte de un comercio mayorista-minorista denominado Casa Grütter (Diario ABC, 2010a). Ello se evidencia en que pese al rechazo del proyecto de ley de los diputados Rolón y Thielman en el año 2008 y al compromiso del sector privado de presentar un nuevo anteproyecto en seis meses, nada aconteció sino hasta el 2010.

En tal sentido, Casa Grütter denunció públicamente a través de una carta abierta la presión por parte de un grupo de proveedores de insumos para que el comercio suba sus precios debido a que otros clientes –en concreto, supermercados– estaban amenazando con dejar de comerciar con ellos si seguían proveyendo a Casa Grütter, pues vendía a un precio menor[5] (Diario ABC, 2010a). Luego de esa publicación, se confirmó que llegaron a ser 35 las empresas que dejaron de vender a Casa Grütter.

Ante este hecho, los directivos de Casa Grütter recurrieron al MIC, institución que intentó mediar llamando a ambas partes a efectos de lograr conciliar. Finalmente, los representantes de Casa Grütter manifestaron que no tuvieron otra opción que ceder ante la extorsión y ajustarse a los precios que les imponían los proveedores: es decir,

[3] Al respecto, participaron Hassan Qaqaya y Pierre Horna en representación de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo (en adelante, UNCTAD). A su turno, Juan Luis Crucelegui y Joseba Andoni Bikandi participaron en representación del Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Finalmente, participaron Fernando Furlan y Mónica Salamanca en representación del Consejo Administrativo de Defensa de la Competencia de Brasil y de la Fiscalía Nacional Económica de Chile, respectivamente.

[4] En representación de la Federal Trade Commission, participaron Armando Irizarry y Ellen Connelly. Javier Velozo participó en representación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

[5] Algunas de las firmas que se negaron a seguir proveyendo, según una fuente periodística, fueron Unilever, Chortitzer Komitee, La Holanda, Laboratorio Santa Margarita, Distribuidora del Paraguay, Profarco, ARcor, Ancla, Nívea, Nicovinos, y Saprocal.

subieron los precios. Todo esto bajo la luz pública y ante la desidia de los que deberían proteger los intereses de los ciudadanos de bajos recursos económicos, considerando que Casa Grütter se caracterizaba por comerciar en un sector popular.

La ONG Base Investigaciones Sociales se manifestó ante ello de la siguiente manera: "[e]s indiscutible la gravedad de los hechos. Nada más y nada menos que los precios de los alimentos (aquellos que definen los niveles de pobreza extrema) están siendo controlados por un cártel al más puro estilo de la mafia" (2010). Asimismo, manifestaron la necesidad urgente de intervención del Estado ante este tipo de situaciones.

En adición a ello, Juan Vera, presidente de la Asociación de Usuarios y Consumidores del Paraguay, calificó el hecho como terrorismo comercial e indicó que los supermercados cuentan con personas que monitorean los grandes almacenes y tiendas. Si encuentran que los precios son más bajos que los suyos (precios referenciales), entonces presionan a los proveedores para que obliguen a sus demás clientes a subir sus valores. Manifestó además que la mayor parte del mercado está cubierto por dos supermercados del mismo dueño (Diario ABC, 2010b). Al respecto no sabemos si esta práctica ya ha sido erradicada del mercado. Sin embargo, lo más probable a juzgar por la falta de prevención y supervisión del mercado por parte de la CONACOM es que este tipo de *praxis* persiste.

## II. MARCO LEGAL

En este apartado presentaremos el conjunto normativo relacionado al régimen económico de libre competencia del Paraguay, resumiendo así según la legislación comparada la fuente de inspiración que los redactores eligieron para este menester.

### A. Ley 4956 Defensa de la Competencia

El 21 de junio de 2013 la Ley de Defensa de la Competencia fue emitida por el Congreso de la Nación del Paraguay, siendo publicada en el Registro Oficial el 25 de junio del mismo año. Esta ley es aplicable a los agentes económicos públicos y privados, nacionales o extranjeros, incluso cuando su objeto o efecto sea realizado fuera del territorio nacional pero tenga repercusiones en el país o en parte. Asimismo, es aplicable a las entidades del gobierno central y entes descentralizados que ejercen monopolio estatal y aquellas entidades autorizadas por ley.

Se advierte que en cuanto a técnica legislativa la LDC presenta fallas relevantes, en especial al haber omitido importantes elementos para su efectividad. Como ejemplo, se puede mencionar la ausencia de un control *ex ante*. Según la Ley Tipo de Defensa de la Competencia de la UNCTAD "[…] ninguna empresa deber*ía* realizar una fusión hasta la expiración de un plazo de espera" o *ex ante* (2010). No obstante, la FEPRINCO se opuso a ello y se eligió la modalidad *ex post.* Esta afecta a la debida aplicación de la normativa de libre concurrencia como veremos en el estudio de caso.

La norma paraguaya se inspiró en varias legislaciones. En concreto, se inspiró principalmente en la normativa comunitaria europea –especialmente en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE)–, así como en la Ley de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay (Ley 18.159, 2007), entre otras.

Al mismo tiempo, la norma paraguaya incluyó la figura de la Junta de Calificaciones para la nominación de las máximas autoridades de la CONACOM, que fue exigida por la Feprinco. Al respecto, durante las reuniones técnicas con los abogados del sector privado, al querer estos incluir alguna otra cuestión peculiar, se les manifestó que eso no formaba parte de las mejores prácticas y de la doctrina internacional, a lo que uno de ellos expresó que esta sería una "ley *sui generis*" por las características del Paraguay.

### B. Decreto 1490 por el cual se reglamenta la Ley 4956/2013 Defensa de la Competencia

Por su parte, el 14 de abril de 2014 el Presidente de la República del Paraguay dictó el Decreto 1490 por el cual se reglamenta la Ley 4956/2013 Defensa de la Competencia antes explicada. Si bien la finalidad del RLDC es hacer operativa la Ley, es claro que al ser de menor jerarquía no podría modificarla. No obstante, se observan ciertas inconsistencias entre la LDC y el RLDC, debido a la ampliación de obligaciones por vía reglamentaria que se exponen en este ensayo.

En relación a ello, podría cuestionarse el motivo de la omisión de algunos aspectos en la LDC que sí se encuentran en el RLDC, tales como el control de concentraciones económicas *ex ante* facultativo, puesto que, en cambio, la LDC solo lo estipula *ex post*. Incluso, en los procedimientos de investigación la LDC no prevé como atribución de la CONACOM la realización de allanamientos en los establecimientos, conocidos también como inspecciones sorpresas (*dawn raids*); empero, el RLDC sí le otorga dicha facultad, la cual debió ser incluida en la LDC. Así también, la determinación de las sanciones que figuran en el RLDC debió tipificarse en la Ley.

Cabe resaltar, que al igual que en la elaboración del proyecto de Ley, en la cual participó de forma enérgica el sector privado, aconteció lo mismo con la elaboración del RLDC. El MIC constituyó un grupo de trabajo del que formaron parte representantes de la Feprinco, la Unión Industrial del Paraguay (UIP), la Cámara de Anunciantes del Paraguay (CAP), la Cámara de Industriales Farmacéuticos (CIFARMA), el Centro de Importadores del Paraguay (CIP), entre otros gremios empresariales (Diario ABC, 2013). Una vez más, todos los que deben ser fiscalizados por la norma, tuvieron una participación activa en la redacción de la ley que tiene por fin regularlos. Por lo tanto, se recalca que la LDC y el RLDC son el resultado de la participación de los mencionados gremios.

## III. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS Y CONTROL DEL MERCADO

En relación a las conductas anticompetitivas se realizó una agrupación de las mismas a efectos de una mejor comprensión de la tipificación elegida para la legislación del Paraguay. Asimismo, la norma paraguaya estableció que para determinar el cometimiento de una infracción se sigue el criterio de la *ex imperio rationis* o regla de la razón. Además, en esta no se mencionan conductas que son ilegales *per se*[6] o por sí mismas. Ello fue en contra de las las mejores prácticas internacionales, las cuales recomiendan –en especial para las nuevas agencias– la utilización de la regla *per se* para los cárteles, ya que al comienzo la nueva Autoridad no cuenta con la pericia suficiente ni de recursos humanos capacitados con el *expertise* necesario para analizar determinadas conductas.

Se destaca que los expertos internacionales que asesoraron al MIC durante las reuniones de trabajo recomendaron incluir la regla *per se*, para facilitar la labor inicial de la agencia, así como también tener una norma eficaz, moderna y adecuada a las mejores prácticas del Derecho de la Competencia. Sin embargo, dicha recomendación fue rechazada por los abogados del sector privado.

Por otro lado, el artículo 6 de la LDC define el mercado relevante, esto es decisivo para determinar si se cometió o no infracción a la Ley y deriva de ello su importancia. No obstante, la actual definición de mercado relevante debe ser modificada, debido a que ella la subordina a una restricción o abuso que tenga un aumento significativo en los precios, y existen conductas no basadas en precios, como es el caso del artículo 8 literal j) sobre la denegación colectiva injustificada de admisión a una asociación[7].

Se hace referencia en los artículos 8 y 9 de la LDC a los acuerdos restrictivos de la competencia y al abuso de posición dominante, los cuales analizaremos a continuación. Estos se encuentran basados en los artículos 101 y 102 del TFUE y, asimismo, son casi idénticos al articulado de la ley uruguaya, con algunas modificaciones de forma y otras de fondo (al incluir u omitir en la norma alguna palabra o frase).

### A. Acuerdos restrictivos de la competencia

Los acuerdos entre operadores económicos son prohibidos siempre y cuando limiten o afecten la libre competencia en el mercado. Los acuerdos anticompetitivos –también denominados prácticas colusorias– son pactos por lo general secretos entre los agentes económicos, quienes se coluden para no competir o para afectar a un tercero. Estos acuerdos se clasifican en: (i) horizontales, cuando son entre competidores de un mismo bien o servicio; y (ii) verticales, cuando son entre aquellos que están integrados en la misma cadena.

Dentro de estos acuerdos tenemos los llamados cárteles que son las conductas más perniciosas para toda economía de mercado. Se puede evidenciar un ejemplo de ello cuando dos o más agentes económicos se ponen de acuerdo de forma prolongada para fijar el precio de un producto y acordar de manera conjunta el cambio en el valor del mismo a efectos de no competir. Con este tipo de práctica se perjudica a los consumidores quienes tienen que pagar un precio superior al de competencia perfecta, enriqueciéndose así los empresarios a costas de los consumidores.

En concreto, el artículo 8 de la LDC estipula una lista no taxativa de los acuerdos prohibidos:

a) Fijar o imponer, de forma directa o indirecta, o recomendar colectivamente, los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción de manera abusiva;

[6] Con el propósito de considerar las mejores prácticas internacionales, podemos apreciar que en Honduras el Decreto 357-2005, utiliza la regla *per se* para los casos de carteles duros. Esto ha sido considerado como una fortaleza de la norma, según el Examen Inter-pares del Derecho y Política de la Competencia en Honduras, realizado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) (2011a, p. 64). Mencionamos a Honduras por entre otros motivos, ser una económica pequeña y en desarrollo como la del Paraguay.

[7] Otros ejemplos de abusos no basados en precios son: el boicot, el tying contractual, la compra exclusiva, los rechazos al suministro, entre otros.

b) Limitar, restringir o controlar de modo injustificado el mercado, la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones en perjuicio de competidores o consumidores;

c) Repartir los mercados, la clientela o las fuentes de aprovisionamiento;

d) Aplicar injustificadamente a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que ocasionen a estos una desventaja competitiva;

e) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación alguna con el objeto de tales contratos;

f) Licitaciones colusorias;

g) Las restricciones de la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas de mercado;

h) La negativa concertada de adquirir;

i) La denegación colectiva injustificada colectiva de participación en un acuerdo, o de admisión de una asociación, que sea decisiva para la competencia (Ley 4956, 2013).

Como hemos mencionado el artículo en cuestión ha tenido como arquetipo el artículo 101 de TFUE. Sin embargo, el mismo es copia parcial del artículo 4 (sobre prácticas prohibidas) de la ley uruguaya, con algunas modificaciones.

En ese sentido, llama la atención la expresión "de manera abusiva" encontrada al final del inciso a), debido a que permite interpretar que si un operador económico fija o impone de forma directa o indirecta los precios de compra y venta esta acción necesariamente habrá ocurrió **de manera abusiva**. En caso de que no se dé esa condición podría no considerarse una práctica prohibida. Además, cabe cuestionarse ¿cómo podrá la autoridad analizar si se da esa condición? ¿cuáles son los parámetros a tomar en consideración? La expresión "de manera abusiva" es desfavorable para la aplicación de la LDC y se aplica en desmedro del mercado y de los consumidores.

Esta situación ocurre, asimismo, con el inciso d), copiado también de la norma uruguaya. En este se utiliza el término **injustificadamente** para hacer referencia a si un operador puede justificar aplicar a terceros condiciones desiguales para prestaciones y generarles una desventaja competitiva. En caso esta práctica estuviera justificada podría no considerarse ilícita. En ese sentido, nos llama la atención las inclusiones de frases y palabras que pueden dar lugar a interpretaciones equivocadas, dificultando así la tarea de la autoridad al aplicar la norma[8].

Por otro lado, una conducta que habitualmente se incluye es el boicot; sin embargo, esta no se encuentra en la lista del artículo 8. No obstante, sí está incluida al amparo de la cláusula general prohibitiva establecida en el primer párrafo del octavo artículo de la LDC.

Por su parte, una equivocación en la norma para determinar si una conducta constituye o no práctica anticompetitiva, es que "se analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta" (Ley 4956, 2013, artículo 8). Dicha mención no es favorable para la aplicación de la ley ya que en algunos casos el objeto colusorio puede ser potencial, aún no tiene una ganancia, o la prohibición del ingreso a un gremio o asociación no requiere de este elemento. Asimismo, si se tratase sólo de las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta, solo serían sancionables las conductas por su efecto y no por su objeto.

En referencia al punto anterior con relación a las infracciones por objeto veremos un caso de la jurisprudencia de la Autoridad Catalana de la Competencia. En este caso, se sancionó a operadores económicos por haberse coludido para el intercambio de información sobre precios y la coordinación de sus ofertas en una licitación pública.

Dicha resolución fue recurrida primero ante el Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia. Esta autoridad consideró la capacidad de la conducta para alterar las condiciones de competencia en el mercado y dictaminó que aquella constituyó una infracción por objeto de la competencia, en la me-

[8] Cabe destacar que las objeciones mencionadas con relación a la lista de los acuerdos restrictivos de la ley paraguaya, han sido cuestionadas en el "Examen Voluntario entre Homólogos del Derecho de la Competencia y la Política de Competencia: Uruguay" de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo del año 2016.

En ese marco, resaltamos que Uruguay en virtud de la Ley 19833 de 2019, reformó entre otros, el artículo 4 de prácticas prohibidas, eliminado así, las palabras y expresiones: "de manera abusiva e injustificadamente", las cuales no se encuentran en la normativa comunitaria europea y tampoco dentro de las mejores prácticas internacionales del Derecho de la Competencia. Sin embargo, estas aún permanecen en la ley paraguaya.

dida que ello reducía la autonomía de las empresas y los incentivos para competir:

> A posteriori, la Sentencia del Tribunal Supremo establece así, como doctrina jurisprudencial, que "en materia de defensa de la competencia, cuando se concluya que nos encontramos ante "infracciones por objeto", no es necesario analizar la incidencia que dicha conducta infractora tiene sobre el mercado, ya que por su propia naturaleza son aptas para incidir en el comportamiento de las empresas en el mercado, ni es posible rebatir esta afirmación mediante observaciones basadas en que los acuerdos colusorios no tuvieron efectos relevantes en el mercado (Lozano Cutanda, 2019).

En cuanto al análisis de las ganancias de eficiencia, la norma paraguaya obliga a la CONACOM a realizar dicho análisis conforme el artículo 3 de la LDC –el cual es una copia parcial del artículo 2 de la ley uruguaya, con algunos cambios de fondo. Así, la Ley 4956 dicta, "el órgano de aplicación **tomará en cuenta** si esas prácticas […] generan ganancias de eficiencias" (2013, artículo 2 inciso 3) [el énfasis es nuestro], mientras que la norma uruguaya utilizó la expresión "**podrá tomar en cuenta**" (Ley 18.159, 2007, artículo 2) [el énfasis es nuestro]. De la lectura de estas normas, es evidente que la segunda opción es facultativa y la norma paraguaya recarga el trabajo de la autoridad al hacerla obligatoria.

De igual forma, el citado artículo 8 de los acuerdos restrictivos de la competencia repite los principios, forzando a la CONACOM a evaluar en todos los casos las ganancias de eficiencia. Esto se evidencia en la frase, "la Autoridad de Aplicación analizará las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos que incidan favorablemente en el proceso de competencia y libre concurrencia" (Ley 4956, 2013).

De acuerdo con la legislación paraguaya, la CONACOM tiene que demostrar y probar que la conducta anticompetitiva produjo un beneficio directo al infractor de la LDC. Por ejemplo, en el acto de conducta predatoria, si no se prueba el beneficio del infractor él no estaría infringiendo la ley. Ello va de la mano con la posible infracción de la libre concurrencia por el objeto o por el efecto, ya que en el ejemplo de precios predatorios el agente económico puede afectar a la competencia y no obtener *ipso facto* un beneficio, sino que la ganancia de la conducta será posterior.

Por consiguiente, esto es contrario a las mejores prácticas del Derecho de la Competencia y, asimismo, fue otro motivo de pugna durante la redacción del anteproyecto de la LDC. Por ello, los técnicos de la UNCTAD recomendaron que no sea obligatoria la valoración de las eficiencias en los acuerdos restrictivos y se emplee la expresión "podrá analizar". Si bien los abogados de los gremios rechazaron la recomendación e impusieron el artículo tipificado, consideramos que se debe reformar dicha obligatoriedad, la cual solo dificulta el empleo eficiente de la norma y el trabajo de la autoridad.

### B. Abuso de posición dominante

El artículo 9 de la LDC tipifica el abuso de posición dominante como "la explotación abusiva por una o varias de las personas físicas o jurídicas contenidas en el Artículo 3 de esta Ley, en su posición de dominio en todo o en parte del mercado relevante" (Ley 4956, 2013).

En ese mismo orden de ideas, la doctrina internacional clasifica la posición dominante en abuso explotativo y abuso exclusorio[9]. Al igual que otras legislaciones, el poseer posición de dominio no califica *per se* como una infracción a la norma, ya que es requisito indispensable que exista un abuso de ese poder de mercado.

El artículo 9 es copia parcial del artículo 102 del TFUE, con algunas modificaciones que nuevamente evidencian la inclusión de la palabra "injustificada" en algunos de sus incisos. Recalcando nuevamente que el término solo entorpece la aplicación de la ley, nos preguntamos ¿cómo se puede justificar el abuso de poder de mercado en las conductas tipificadas en el noveno artículo de la LDC?

Así pues, la LDC tipifica de forma no taxativa los siguientes actos unilaterales o en conjunto de abuso de una posición dominante en el mercado relevante:

1. La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales, o de servicios no equitativos;

2. La limitación de la producción, la distribución o el desarrollo técnico en perjuicio injustificado de los competidores o de los consumidores;

3. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios;

[9] Podría haber sido el caso mencionado en antecedentes de *Casa Grütter*, de haber existido la norma cuando se dio la situación de imposición precios referidos y condiciones comerciales de compra y venta o tambien el boicot.

4. La aplicación injustificada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

5. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos; y,

6. Obtener o intentar obtener, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en las condiciones generales de venta que se hayan pactado (Ley 4956, 2013, articulo 9).

Otra equivocación en la redacción de este artículo fue no determinar en el tercer numeral que la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios también era aplicable para las demandas de venta, por cuanto puede ocurrir en cualquiera de las dos vías.

Por su parte, la inclusión del artículo 10 sobre los precios predatorios es otra cuestión a considerar. En ese contexto, esta conducta solo puede ser penalizada si el operador económico goza de posición dominante en el mercado relevante. En la mayoría de las legislaciones los precios predatorios figuran como una conducta tipificada en el abuso de posición dominante. Por otro lado, el inciso a) del artículo 10 hace referencia al objeto de excluir competidores del mercado, consideramos que esta conducta no es únicamente el objeto sino también que puede ser el efecto el que debe ser analizado y sancionado.

En ese orden de ideas, como técnica legislativa el artículo 10 presenta otro defecto, ya que expone una mezcla de prohibiciones y definiciones. En la próxima reforma de la LDC ciertos incisos deberían formar parte del RLDC o bien incluir un glosario de definiciones en la misma Ley, para separar las conductas de sus definiciones.

### C. Licitaciones y ayudas públicas

Las licitaciones colusorias son conductas dañinas para todos los ciudadanos ya que afectan a las compras públicas adquiridas con dinero del erario público. Por ello, se consideran una conspiración que desvía recursos del contribuyente en un proceso de contratación o adquisición pública que debería ser competitiva. De este modo se afecta la competencia del mercado, ya que los precios son más altos a los que existirían en competencia. Por ende, estos acuerdos entre competidores están prohibidos y en algunos países son sancionados bajo la regla *per se*, en especial en agencias nuevas con poco *expertise*, a diferencia de autoridades con mayor experiencia que solo utilizan la regla de la razón.

El artículo 8 de la LDC incluye a las licitaciones colusorias como uno de los pactos prohibidos por ser restrictivos de la competencia. El RLDC profundiza más en ello, estableciendo que para la finalidad de determinar la existencia de una licitación colusoria, la CONACOM considerará, entre otras: (i) La frecuencia de los procesos de licitación o concurso; (ii) las restricciones a la competencia que pudiera existir en las bases y condiciones de las contrataciones; (iii) el comportamiento de los precios ofertados; (iv) los indicios de coordinación en la documentación presentada en las licitaciones o concursos; y, (v) el comportamiento de los postores durante la fase de ejecución de los contratos adjudicados (Decreto 1490, 2014, artículo 6).

Incluso manifiesta que las entidades encargadas de realizar las compras públicas deben tener en cuenta el principio de la libre competencia. Además, cuando dichas entidades identifiquen alguna conducta que pudiera constituir una licitación colusoria deberán comunicársela a la CONACOM. El RLDC estipula que el Poder Ejecutivo establecerá mediante decreto las reglas de coordinación entre la CONACOM y las entidades encargadas de las compras públicas, a fin de facilitar la aplicación de la Ley a las conductas colusorias en los procedimientos de licitación pública (Decreto 1490, 2014, art. 7).

Sin embargo, hasta la fecha no se han desarrollado las normas de coordinación entre la CONACOM y la Dirección Nacional de Contrataciones Públicas, institución encargada de las compras del Estado a nivel nacional, cuya gestión está enmarcada en la Ley 2051, Ley de Contrataciones Públicas (2003).

Si bien aún no existe ningún caso resuelto de esta conducta por la CONACOM, el 11 de junio de 2020 la CONACOM público en su portal que ha dispuesto la apertura de un expediente de investigación contra las empresas Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A., y Medical Pharma S.A. por posibles infracciones al artículo octavo de la LDC, en el marco de diversos procesos de licitaciones públicas para la adquisición de medicamentos de uso humano y bienes vinculados a los procesos de salud (CONACOM, 2020).

Sobre ello, el 21 de mayo de 2020 la Contraloría manifestó de manera pública que: se vulneró el principio de libre competencia –aludiendo a la disposición sobre igualdad y libre competencia de la Ley de Contrataciones Públicas (Ley 4956, 2013, artículo 4)– y que la adjudicación estuvo totalmente viciada (Diario ABC, 2020). Este sería el primer caso de investigación de prácticas prohibidas en licitaciones públicas en la historia de la CONACOM, por lo que nos encontramos expectantes de su resultado.

Por otra parte, en cuanto a las ayudas públicas, estas son apoyos, subsidios o ventajas de cualquier índole que el Estado otorga a determinados sectores tanto públicos como privados, las cuales pueden causar distorsiones en el mercado. Motivo por el cual algunas jurisdicciones deciden incluir las ayudas públicas dentro de sus leyes de competencia. Debido a que las ayudas estatales tienen en algunas ocasiones un carácter político, algunos gobiernos no desean que otras instituciones intervengan en sus decisiones político-económicas, incluso si estas pueden afectar o alterar la competencia en el mercado. La novel LDC del Paraguay no ha incluido el control de las ayudas públicas y consideramos que en su próxima reforma debe incluírsela por las razones mencionadas.

### D. Control de concentraciones económicas

La regulación económica del Derecho de la Competencia contempla el control de estructuras, en vista de que al crear y/o reforzar una posición dominante en el mercado podrían afectar a la concurrencia por suponer un obstáculo significativo para una competencia efectiva.

La LDC contempla un control de estructura *ex post*, ya que se debe notificar *a posteriori* de la concentración dentro de los 10 días hábiles después de la conclusión del acuerdo (Ley 4956, 2013, artículo 14.1), sin que sus efectos se suspendan ante la autorización previa de la CONACOM.

Cabe resaltar, que esta modalidad de notificación *ex post* ha demostrado ser en muchos casos negativa para la libre concurrencia, lo que en cierta forma quiso ser reparado a partir del artículo 14 del RLDC, al establecer la procedencia de la notificación previa[10]. Sin embargo, el RLDC no estipula la obligatoriedad de tal procedimiento *ex ante*, dejando a criterio de los agentes económicos si realizan o no la notificación previa, siempre que se cumplan los umbrales que expondremos a continuación.

Los requisitos no acumulativos para efectuar una notificación por una concentración económica conforme el artículo 14 de la LDC son dos en específico: (i) el operador económico deberá adquirir o incrementar una cuota igual o superior al 45% del mercado y (ii) la facturación bruta global del conjunto de los sujetos participantes de una concentración deberá superar la cantidad de 100.000 salarios mínimos mensuales en la República del Paraguay (Ley 4956, 2013).

Al respecto, el literal a) a nuestro parecer es un umbral alto y pocas operaciones serán objeto de control en el mercado paraguayo, dejando así fuera del control de concentraciones empresariales a operaciones de importancia que podrían tener un impacto nocivo en el mercado. En lo correspondiente a la legislación comparada, en Ecuador el umbral es del 30%, en Argentina es el 25% y en Uruguay es del 50%. Evidenciamos que con este umbral uruguayo se habría buscado intencionalmente no regular las concentraciones o hacerlo de manera excepcional, caso contrario tal condición no guardaría sentido alguno.

El literal a) debió ser más categórico y determinar el umbral del 45% para el mercado relevante, ya que si se considera en la mayoría de las situaciones solamente al producto o servicio sin considerar sus sustitutos (como lo reconoce la doctrina internacional), muchas concentraciones estarán sujetas a verificación aun cuando no afecten el 45% del mercado relevante.

Sobre el particular mencionamos que el establecimiento de cuotas de mercado como requisito para el control de concentraciones se encuentra en desuso debido a su complejidad, en especial para países que no poseen estadísticas y datos precisos sobre el mercado. La inclusión de esta condición dificulta el trabajo de la autoridad, ya que se verá obligada a destinar recursos humanos técnicos capacitados para identificar la cuota de mercado[11].

Al mismo tiempo, los anteriores anteproyectos de ley dispusieron siempre una cuota de mercado

[10] Dicho artículo establece lo siguiente:

> Las personas físicas o jurídicas podrán solicitar la autorización previa de la Operación de Concentración. En tal supuesto, serán de aplicación las normas sobre notificación, evaluación y decisión del Directorio sobre las Operaciones de Concentración establecidos por la Ley y por el presente Reglamento (Decreto 1490, 2015, artículo 14).

[11] Cabe destacar que el requisito de cuota de mercado ya no es aplicable en el Brasil en virtud de la última reforma a la Ley de Competencia, aprobada en noviembre del 2011 y puesta en vigor el 29 de mayo del 2012.

del 30%, lo cual también fue propuesto por el MIC durante el debate. Asimismo, se puede comprobar que durante el tratamiento del anteproyecto en las cámaras del Congreso de la Nación figuraba un porcentaje de cuota de mercado del 40%. No obstante, en la aprobación final de la ley el criterio modificado fue determinado por una cuota de mercado de 45%, que resulta ser poco útil.

Por otro lado, el segundo requisito para la notificación y registro de las operaciones de concentración se refiere a la facturación bruta global obtenida en el territorio paraguayo. En este sentido, se requerirá que el conjunto del último ejercicio contable supere los 100,000 salarios mínimos mensuales, equivalente –en junio del 2020– a USD 30,800,000 aproximadamente.

Los remedios establecidos por la normativa paraguaya son de comportamiento y de estructura, siendo el RLDC el que regulará las reparaciones si la transacción es aprobadaa con condiciones. Asimismo, regular el control de las concentraciones tiene una mejor efectividad cuando esta es *ex ante*, en vista de que en algunos casos una vez que la operación se encuentre finalizada, es complejo y costoso revertir dicha transacción y corregir la afectación al mercado.

Por tal motivo, los distintos organismos y autoridades internacionales que nos asistieron en calidad de técnicos durante la elaboración del anteproyecto de ley recomendaron que la notificación sea *ex ante* y obligatoria; sin embargo, el sector privado se rehusó a tal moción y exigió que se incluya la condición *ex post*[12]. En este orden de ideas, pese a que la posibilidad de notificación *ex ante* es brindada facultativamente en la normativa paraguaya, a junio de 2020 en la práctica todas las notificaciones han sido realizadas de forma *ex post*.

La evaluación de las operaciones de una concentración económica se desarrolla en dos etapas. La primera etapa es considerada como rápida o *fast track* (plazo de 30 días), durante la cual la CONACOM puede autorizar aquellas operaciones compatibles con el mercado que no supongan un obstáculo significativo para una competencia efectiva. Caso contrario, se iniciará la segunda etapa para un mayor análisis (plazo de 60 días). Así, la autoridad de aplicación tiene un plazo de 90 días desde la notificación para resolver la operación de concentración, ya sea autorizando, subordinando o denegando la misma. Inclusive, si trascurrido ese plazo la Autoridad no resuelve, la operación es autorizada de forma tácita debido al silencio administrativo positivo.

La LDC no establece prórroga para este plazo de 90 días. Empero, el RLDC establece en la segunda fase que si la CONACOM solicitare información adicional, para tal efecto otorgará un plazo de 15 días prorrogables por una única vez y por el mismo plazo (Decreto 1490, 2014, artículo 21). En ese sentido, si la autoridad solicita información adicional, la segunda fase pasa a ser de 90 días y podría extenderse el procedimiento hasta 120 días. Por ende y en virtud de la LDC los plazos corresponden a días hábiles.

En cuanto a las estadísticas, hemos recabado información de la página web de los casos analizados y resueltos:

- Año 2017.- 8 solicitudes de concentración: 1 condicionada, 1 rechazada[13] y 6 autorizadas.

- Año 2018.- 4 solicitudes de concentración: 1 condicionada y 3 autorizadas.

- Año 2019.- 2 solicitudes de concentración: 2 condicionadas.

Desde el inicio de operaciones de la CONACOM en el año 2015 hasta junio de 2020, se ha notificado a esta autoridad la realización de 14 concentraciones. De ese numero, 9 fueron autorizadas sin condiciones, 4 condicionadas y 1 rechazada; lo cual, en promedio en 5 años de gestión brinda un promedio de 2,8 notificaciones de concentraciones evaluadas por año. Ese número es muy bajo en comparación con otros países con economías de similar tamaño. Un ejemplo se puede apreciar en Ecuador, el cual tiene un promedio de 20 operaciones de concentración notificadas por año (desde el 2014 al 2019), según lo señalado en la página web de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado[14].

## IV. AUTORIDAD DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En este apartado analizaremos la estructura de la institución encargada de velar por el buen

[12] Véase también que todos los anteproyectos de la ley tratados en el Congreso habían previsto la notificación *ex ante*. No obstante, todos fueron rechazados y archivados.

[13] Fue rechazada porque al no cumplir con los umbrales, no debió ser notificada.

[14] Véase la página web de la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (https://www.scpm.gob.ec/sitio/resoluciones-de-operaciones-de-concentracion-economica/).

funcionamiento del mercado en el Paraguay, los estamentos que deben fiscalizar su desempeño y, finalmente, revisaremos su gestión durante los últimos años. Cabe resaltar que el grado de competencia del mercado depende, entre otros aspectos, del buen funcionamiento de las instituciones y autoridades que fueron elegidas para tal función.

### A. Comisión Nacional de la Competencia (CONACOM)

La LDC creó la CONACOM con jurisdicción a nivel nacional con el objeto de defender y promover la libre competencia. A su turno, la CONACOM puede sancionar las conductas que distorsionan la libre competencia, eliminando así las restricciones que impiden una competencia efectiva en el mercado.

Asimismo, la LDC estipula que la CONACOM goza de autonomía orgánica y funcional, patrimonio propio y plena independencia, siendo una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y capacidad para actuar en los ámbitos del derecho público y privado (Ley 4956, 2013, artículo 15). Igualmente, el RLDC establece que la CONACOM no se encuentra sujeta a mandato imperativo de ningún otro órgano o institución del Estado, siendo que su actuación se sujetará única y estrictamente a las normas legales aplicables. No obstante, la misma LDC dispone que la CONACOM se relacionará con el Poder Ejecutivo a través del MIC.

A ese respecto nos preguntamos ¿qué potestades tiene el MIC sobre la CONACOM? La relación principal que existe entre estas es que el MIC actúa como nexo entre la Junta de Calificaciones y el Poder Ejecutivo al momento de nombrar a los directores de esta institución (más adelante se detallará este aspecto), así como también a través del MIC se tramita la asignación presupuestaria para la CONACOM, entre otros aspectos.

La LDC dispone una configuración orgánica y administrativa con dos órganos principales y separados, a saber: (i) el Directorio, que es la máxima autoridad de resolución y sanción (órgano resolutor); y (ii) la Dirección de Investigación (órgano sustanciador).

Así pues, se destaca la correcta separación entre el órgano instructor y el órgano resolutor, "[l]a necesidad de que en el ejercicio de la potestad sancionadora se guarde una debida separación entre el órgano instructor y el órgano que resuelve" (Massaguer Fuentes, 2015, p. 823).

Respecto del primer órgano, el Directorio está integrado por tres (3) miembros que deberán ser necesariamente abogados, economistas, contadores o administradores de empresas. Estos serán designados por el Poder Ejecutivo, a partir de tres (3) propuestas presentadas por el MIC, previo concurso de méritos a propuesta de la Junta de Calificaciones. La duración del mandato de los Directores será de seis (6) años y podrían ser reelegidos en el cargo por un segundo periodo.

En cuanto a las facultades que detenta el Directorio mencionaremos las más relevantes. Este órgano posee atribuciones de carácter administrativo y funciones inherentes a su carácter de autoridad de aplicación, entre las que podemos resaltar cuatro principales: (i) conocer y resolver procedimientos de su competencia de oficio o a pedido de parte; (ii) ordenar la instrucción de sumario para la realización de conductas; (iii) sancionar a los agentes económicos que infrinjan la LDC; y, (iv) autorizar, condicionar o negar las operaciones de concentración económica sujetas a la LDC.

Las decisiones de la CONACOM son recurribles ante ella a través de la presentación de un recurso de reconsideración o reposición y ante la justicia contencioso-administrativa a través de un recurso ante el Tribunal de Cuentas.

El diseño institucional elegido por la norma paraguaya se encuentra de acuerdo con las mejores prácticas internacionales, en vista de que es un órgano cuasi independiente y no forma parte de ningún ministerio. Como señala la UNCTAD, "está comúnmente aceptado que los organismos de regulación independientes son básicos para una buena gestión reguladora en las economías liberalizadas y la económica mundial globalizada" (2010, p. 5).

Sin embargo, en la práctica la CONACOM, a pesar de dicha independencia, ha demostrado ser una autoridad ineficiente desde su constitución. Ello se evidencia en el hecho de que después de 5 años de gestión solo han despachado casos de concentraciones económicas, no han resuelto casos de oficio sobre conductas anticompetitivas ni de abuso, no poseen ningún estudio de mercado en su página web y solo poseen un proyecto de guía sobre concentraciones económicas. Es decir, tras 5 años de vida institucional la CONACOM no tiene guías e instructivos vigentes, hasta la fecha de redacción de esta investigación.

En comparación, veamos el caso de la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia de Uruguay, la cual se encuentra adscripta al Minis-

terio de Economía y Finanzas desde su creación en 2009. Pese a poseer limitaciones de independencia, presupuesto y recursos humanos, ha realizado una gestión activa desde su primer año, iniciando casos de oficio, resolviendo tanto investigaciones de conducta y abuso como concentraciones económicas, e inclusive realizando investigaciones de mercado, guías e instructivos varios.

**B. Dirección de Investigación (DI)**

La Dirección de Investigación es conducida por un director cuyo método de designación es el mismo que el de los miembros del Directorio, pese a lo cual la duración de su mandato es de cinco (5) años –pudiendo renovarse de forma indefinida–.

En concreto, las funciones de la Dirección de Investigación en virtud de la LDC son: (i) solicitar al Directorio la apertura de un procedimiento de investigación; (ii) realizar investigaciones, acusaciones y demás actos necesarios en el procedimiento para la aplicación de sanciones previstas en la ley; y, (iii) las demás atribuciones otorgadas por la ley y sus reglamentaciones.

Sin embargo, el RLDC desarrolla y amplia las atribuciones del director y entre las facultades investigativas de la CONACOM –como ya hemos indicado– se encuentran las que pueden ser ejercidas por el Directorio, la DI u otros, como las inspecciones sorpresa con o sin previa notificación en los establecimientos comerciales, aplicable solo para el caso de descerraje de algún establecimiento en las que será necesario contar con autorización judicial.

Asimismo, en el organigrama establecido llama la atención la estructura organizacional de la CONACOM, ya que el área de Coordinación General tiene a su cargo las áreas de Asesoría Jurídica, Económica y Estudios, al igual que el área de Comunicación, Abogacía y Capacitación. Se puede evidenciar, en primer lugar una mescolanza en la agrupación. En segundo lugar, debemos resaltar que algunas de esas áreas deberían estar bajo la coordinación y supervisión de la Dirección de Investigación, como lo tienen otros países de la región y por el vínculo de las labores que realizan.

**C. El presupuesto de la CONACOM**

El Ministerio de Hacienda, en virtud de las distintas leyes de presupuesto, ha otorgado a la CONACOM, los siguientes valores aproximados para el ejercicio de sus funciones en diversos años[15]: (i) USD 712,000 en el año 2015 (Ley 5386); (ii) USD 858,000 en el año 2016 (Ley 5554); (iii) USD 856,276 en el año 2017 (Ley 6258/2019, 2019); y, (iv) USD 750,000 en el año 2020 (Ley 6469/2020, 2020).

Presentamos a nivel comparado con otras autoridades de libre concurrencia el presupuesto correspondiente al año 2015: la autoridad uruguaya tuvo un presupuesto de USD 445,910; la autoridad nicaraguense tuvo un presupuesto de USD 471.353; la autoridad costarricense tuvo un presupuesto de USD 699,709; y, finalmente, la autoridad panameña tuvo un presupuesto de USD 833,894 (UNCTAD, 2016, p. 23). Los mencionados presupuestos son exiguos para una autoridad de competencia, pese a lo cual esas agencias han tenido una activa gestión como podrá apreciarse en el cuadro que presentamos *infra*. Igualmente, para que se le pueda aumentar los fondos a la CONACOM, sería menester el acertado uso de los mismos. Consideramos, por ejemplo, que este debe ser utilizado en la realización de estudios sectoriales indispensables y básicos en el Derecho de la Competencia.

**D. Los recursos humanos de la CONACOM**

Al analizar la gestión y el desempeño de cualquier ente público, es esencial evaluar su capacidad en lo que a recursos humanos se refiere. La CONACOM es una agencia joven y en desarrollo, pues si bien la LDC fue promulgada en el 2013, no fue hasta el 2015 que los directores fueron designados. Uno de los motivos del retraso de la designación fue que primero había que designar a los miembros de la Junta de Calificaciones, figura que analizaremos en el siguiente punto.

Durante el debate de la redacción del anteproyecto, se solicitó que se incluya en la LDC un plazo para la conformación de la Junta de Calificaciones, a efectos de que ese proceso no dilate la conformación de la CONACOM. Dicha solicitud no fue aceptada por el sector privado. Por lo tanto, se presentaron serias demoras en el establecimiento de la Junta de Calificaciones y, como consecuencia, en la constitución del plantel de la CONACOM.

En la sección de autoridades de la página web de la CONACOM figuran solo los nombres de los comisionados y del director, así como también en



[15] En 2015 3 947'411,100 guaraníes; en 2016 4 754'734,058 guaraníes; en 2019 5 433'073,364 guaraníes y en 2020 4 759'247,915 guaraníes. Los otros años han recibido valores similares.

el organigrama. No obstante, aun cuando la Ley 5282/2014, Ley de libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental, exige que las instituciones deben proveer información actualizada de todas las personas que cumplan una función pública o sean funcionarios públicos, con las tareas que realizan, los salarios que perciben, entre otros (2014, artículo 8), se puede evidenciar que dicha información no está actualizada y no es posible conocer en qué dependencia los empleados de la CONACOM cumplen funciones.

En ese sentido, en un documento público[16] la CONACOM figura con un total de 18 funcionarios; sin embargo, durante la audiencia de informe de gestión ante el Congreso, el Presidente de la CONACOM confirmó que hacia agosto de 2020 esta institución contaba con 25 funcionarios en total. Asimismo, llama la atención que la Dirección de Investigación cuente con 6 personas, mientras que en el área de administración y finanzas cuente con 4 personas (en su mayoría directores y jefes). Consideramos que se debe priorizar el área de investigaciones, pues es médula de la institución, la cual debe realizar los estudios sectoriales, investigaciones de oficio, entre otros[17].

Por otro lado, vemos que el desempeño de una autoridad de competencia no depende de forma directa del número de funcionarios con los que cuenta, sino más bien de la diligencia de sus directivos. La prueba de ello son los ejemplos de otros países de la región. Se evidencia que en el año 2015 Uruguay contaba con tan solo 10 funcionarios, Costa Rica con 23 funcionarios y Nicaragua con 15 funcionarios (UNCTAD, 2016, p. 23). Otro modelo de una agencia es Ecuador, el cual cuando inició su agencia de competencia en 2009 contaba en la Dirección de Competencia con solo 14 funcionarios y conoció 12 casos (UNCTAD, 2016).

### E. Casos Resueltos por la CONACOM y su gestión

Este apartado se examina el desempeño general de la CONACOM, los casos analizados, investigaciones de oficio, entre otros puntos importantes, a efectos de evaluar la implementación de LDC en Paraguay desde el 2013 hasta agosto de 2020. En ese orden de ideas, la primera resolución emitida por la CONACOM fue el Código de Ética de 2015, año en que también se posicionaron los miembros del Directorio. Recién en el siguiente año empezaron su gestión como Autoridad de Aplicación de la LDC. Empero, en 5 años de gestión sólo han resuelto casos de concentraciones, no han concluido ninguna investigación de oficio[18] y tampoco han realizado estudios sectoriales, ni poseen guías ni instructivos. Por lo tanto, ha sido una actuación pasiva cuando una labor como tal debe ser activa.

Lo más notorio es que solo hay un caso de oficio abierto en junio de 2020 con motivo de la emergencia sanitaria. Posteriormente, en julio, la CONACOM abrió una investigación de abuso por denuncia. Sin embargo, cabe cuestionarnos ¿por qué no hay más denuncias?[19] De igual modo, nos preguntamos ¿por qué la Autoridad no ha abierto en 5 años investigaciones de oficio? Sólo en medios de prensa respetables se han presentado cuestionamientos o indicios sobre conductas anticompetitivas, empero hasta la fecha hay dos investigaciones abiertas y en curso.

Por ejemplo, veremos en el estudio de casos que la Asociación Rural del Paraguay, ha denunciado –en julio de 2019– ante la CONACOM la presunta concentración, posición dominante y posibles prácticas abusivas de la mayor industria frigorífica instalada en Paraguay. Sobre el particular, la CONACOM apenas abrió consultas, pero no existe hasta hoy ninguna resolución de la investigación y/o un caso de oficio.

Por otro lado, en la legislación comparada se aprecia el desempeño de otras autoridades de competencia de la región. Para ello presentamos un cuadro comparativo a continuación[20] con la información del año 2015 para los otros países y para el Paraguay el año 2019, ya que en 2015 recién se posisionaron los Directores de la Comisión.

---

16 Véase la página web de la Comisión Nacional de la Competencia (https://www.conacom.gov.py/transparencia).

17 Según el organigrama cuentan con una Directora de la Dirección de Administración, Personal y Finanzas, una Jefa del Departamento de Contabilidad (más un funcionario), y una jefa del Departamento de Presupuesto. Se puede considerar un exceso en el personal administrativo para tan bajo presupuesto y una agencia pequeña.

18 Uruguay en su primer año de gestión (2009) realizó una investigación de oficio.

19 Cabe resaltar que los requisitos para presentar una denuncia según el Reglamento de la Ley de Defensa de la Competencia (en adelante, RLDC) son excesivos, se debe rectificar a efectos de hacer posible que cualquier persona pueda tener legitimación activa al momento de presentar una denuncia. Así como lo tiene Uruguay y la mayoría de los países.

20 Para mayor información ver el "Examen Voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Uruguay" (UNCTAD, 2016, p. 23).

| País | Presupuesto Aproximado (US dólares) | No. de Funcionarios dedicados a Competencia | % Presupuesto asignado a salarios | Casos | Año |
|---|---|---|---|---|---|
| Costa Rica | 699.706 | 23 | 96% | - 12 investigaciones por conductas anticompetitivas<br>- 23 investigaciones por concentraciones<br>- 5 investigaciones por omisión de notificar<br>- 22 casos de abogacía | 2015 |
| Nicaragua | 471.353 | 15 | 82% | - 6 investigaciones por prácticas<br>- 3 casos por concentraciones<br>- 6 casos de abogacía (consultas y opiniones) | 2015 |
| Panamá | 833.894 | 44 | 64% | - 10 investigaciones por conductas<br>- 7 casos por concentraciones<br>- 6 casos de abogacía | 2015 |
| Paraguay | 856.276 (año 2019) | 18 (año 2019) | 53% (año 2019) | - 0 estudios de mercado<br>- 1 casos por concentración<br>- 2 consultas formales<br>- 0 investigaciones por práctica | 2019 |
| Uruguay | 445.910 | 10 | 78% | - 10 investigaciones por prácticas anticompetitivas<br>- 4 estudios de mercado<br>- 4 casos por concentraciones<br>- 6 consultas formales | 2015 |

Fuente: UNCTAD (2016, p. 23).

### F. La Junta de Calificaciones de la Ley 4956

En la LDC encontramos una figura inusitada denominada Junta de Calificaciones, la cual surgió con motivo del debate entre el sector público y el sector privado. Este ultimo manifestó su rechazo ante cualquier tipo de regulación y control del mercado, siendo esta figura impuesta por el mismo a través de la Feprinco.

Asimismo, la LDC establece que funcionará *ad honorem* y estará compuesta por ocho (8) miembros, conformados por cuatro (4) representantes del sector privado provenientes de la producción, industria, comercio y servicios, los cuales serán designados por la Feprinco. Asimismo, cuatro (4) representantes serán del sector público: dos (2) miembros designados por el Poder Ejecutivo, uno designado por la Presidencia de la República y el segundo por el MIC (Dirección de Defensa del Consumidor); y, finalmente, los otros dos (2) miembros serán designados por el Congreso de la Nación, uno por la Cámara de Senadores y el otro por la Cámara de Diputados.

En ese sentido, los expertos internacionales que asistieron al MIC junto con los técnicos del ente manifestaron su disconformidad con la complejidad de incluir a tantos miembros de diferentes sectores, por lo que sugirieron que la Junta esté conformada por tres (3) miembros: uno del sector público, uno del sector privado y, finalmente, uno del académico. Sin embargo, dicha contrapropuesta de incluir al sector académico fue rechazada por la Feprinco, ya que solo contarían con un voto y no tendrían predominancia en la JC.

Sobre el particular, la ONG BASE Investigaciones Sociales haciendo referencia a ella manifestó que

> aun poniéndose de acuerdo todos los representantes del sector público, no podrían incluir a un solo candidato/a en las ternas sin el acuerdo de los representantes de la FEPRINCO, haciendo la salvedad que para la conformación de las ternas los candidatos deberán contar con los votos de la mayoría simple de la Junta. Se entiende por mayoría simple 5 (cinco) de 8 (ocho) votos (2011).

Por tanto, la Junta de Calificaciones debería eliminarse, ya que solo representa un obstáculo para la conformación del ente. Incluso, a la fecha, uno de los miembros del Directorio se encuentra con mandato fenecido y uno de los motivos de ello es que la Junta de Calificaciones no ha logrado establecerse para el proceso.

### G. Órgano fiscalizador de la CONACOM

*¿Qui custodies custodiat?* El artículo 28 de la LDC –en cuanto al control de la gestión– menciona que la CONACOM hará pública su memoria anual de actuación, enviando copia al Ministerio de Industria y Comercio, al Ministerio de Hacienda, al Congreso Nacional y a los Gremios de la Producción, Industria, Comercio y Servicios. Además, dicha autoridad realizará una exposición de su memoria en una audiencia pública especialmente convocada para dicho efecto. En ese sentido, el presidente de la CONACOM deberá comparecer al menos una vez al año, ante las Comisiones de Economía y Hacienda de las Cámaras de Senadores y Diputados

para exponer sobre sus actuaciones, sus planes y prioridades para el futuro.

En ese marco, como institución publica que se financia con el presupuesto general del Estado, la CONACOM debe rendir cuentas ante la Contraloría General de la República. Por lo tanto, en la página web de la Contraloría se pueden ver planillas de viáticos presentadas por esta institución[21].

En el año 2018 comparecieron los directivos de la CONACOM ante la Cámara de Senadores para exponer su memoria de gestión[22], sin mayores novedades. Igualmente, se puede encontrar dicha memoria en la página web de la CONACOM. Sin embargo, debemos mencionar que esta es escueta e insuficiente en cuanto a la labor del ente. Luego, el pasado 4 de agosto de 2020 los directores de la CONACOM fueron convocados por el Senado y rindieron cuentas de su gestión. En esa ocasión el senador Zavala les manifestó que están expuestos al mal desempeño de sus funciones. Al respecto podemos presumir que dicho mensaje fue por la pobre gestión de la institución.

Cabe destacar, entre otros aspectos, una inusual situación establecida en la LDC: la CONACOM debe remitir copia de su memoria anual al sector privado, a los gremios de la producción, industria, comercio y servicios. Ello es sorprendente considerando que dicho documento es de carácter público y justamente las asociaciones comerciales que aglomeran a los operadores económicos son sujetos directos de aplicación de las reglas antimonopólicas[23].

Otro aspecto que llama la atención de la ley promulgada es la finalización del mandato de los miembros de la CONACOM, ya que estos pueden ser cesados de su cargo por destitución a través de un decreto del Poder Ejecutivo por mal desempeño en sus funciones. Ello limita la separación de poderes y consideramos que una decisión de este calibre debería realizarse solo mediante juicio político ante el Congreso de la Nación y por causa demostrada.

## V. APLICACIÓN DE LA LEY 4956 DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Las normas de libre competencia se caracterizan por tener fuertes multas pecuniarias de acuerdo con la gravedad de la conducta, más la imposición de obligaciones de dar, hacer o de no hacer. Como veremos en este apartado, la LDC carece de la fuerza mínima necesaria disuasoria en comparación con otras normas presentes en otros países como Chile, Ecuador, entre otros. Si bien la LDC sí incorpora el compromiso de cese, el programa para su aplicación aún no se ha terminado de reglamentar. De ahí que en este apartado analizaremos el régimen sancionatorio y el programa de clemencia.

### A. Régimen sancionador

De acuerdo con la potestad sancionadora de la CONACOM, el artículo 63 de la LDC en el inciso c) establece que la aplicación de las multas será de (i) hasta el 150% de las ganancias obtenidas con la práctica infractora, o (ii) hasta el 20% de la facturación bruta obtenida por la práctica infractora en el mercado relevante afectado en los últimos 12 meses contados desde el inicio del sumario administrativo, excluidos los impuestos. Las multas no podrán ser inferiores a la ventaja obtenida cuando aquella sea cuantificable.

En relación con lo anterior podemos observar que determinar el lucro obtenido en ciertas conductas es complejo. Esto queda en envidencia desde el reconocimiento del legislador, quien añade la expresión "cuando sea cuantificable" al final de artículo (Ley 4956, 2013, artículo 63). Más aún: la alternativa de aplicar la multa sobre la facturación bruta de los productos objeto de la práctica, según la doctrina del Derecho de Competencia, no constituye en algunos casos sanción suficiente, ya que a través del apalancamiento los operadores económicos pueden realizar la infracción con un producto de menor importancia.

---

21 Véase la página de la Contraloría General de la República (https://www.contraloria.gov.py/index.php/actividades-de-control/rendicion-de-cuentas-de-viaticos/category/4472-comision-nacional-de-la-competencia-conacom).

22 Véase en el portal web de la Cámara de Senadores (https://www.senado.gov.py/index.php/noticias/noticias-comisiones/3690-conacom-presenta-informe-de-la-gestion-2018-2019-07-30-18-40-48).

23 Al respecto, la OCDE señala lo siguiente:

> La participación en las actividades de las asociaciones comerciales y profesionales ofrece una amplia gama de oportunidades para que las empresas en la misma línea de negocios se reúnan con regularidad y discutan temas empresariales de interés común. Estas reuniones y discusiones, incluso si tienen como finalidad fomentar el cumplimiento de los objetivos legítimos de la asociación, reúnen a competidores directos y les ofrece oportunidades periódicas para intercambiar puntos de vista sobre el mercado, lo que podría con facilidad convertirse en coordinación ilegal. La discusión casual de precios, cantidades y estrategias comerciales futuras puede llevar a alcanzar acuerdos o entendimientos informales que claramente violan las reglas antimonopolios. Por esta razón, las asociaciones comerciales y sus actividades se sujetan a un escrutinio cercano por parte de las autoridades encargadas de la competencia en todo el mundo (2011b, p. 3).

Además, enfatizamos que es el agente económico quien cometió la falta y no su producto. Por ende, el porcentaje debió ser calculado sobre la facturación bruta global de la empresa, como lo establecen la mayoría de las legislaciones (Decisión 608, 2005, artículo 34; Decreto Ejecutivo 1152, artículo 79). Se señala que fueron los abogados de la FEPRINCO quienes exigieron que la multa sea sobre el producto y no sobre la facturación bruta de la empresa.

En el caso de Paraguay, las multas y sanciones establecidas en la LDC carecen del carácter disuasorio necesario para que los operadores económicos no inicien prácticas anticompetitivas o vuelvan a incurrir en las mismas. En efecto, en la metodología de cálculo de las multas se ha omitido también el principio de proporcionalidad que se debe analizar ante cualquier infracción de la norma; por lo tanto, la aplicación de la ley sufre en su efectividad.

Cabe resaltar que se omitieron otros tipos de sanciones además de las multas pecuniarias como son:

(i) el incumplimiento del cese de la conducta;

(ii) las obligaciones de dar, hacer o no hacer;

(iii) la publicación de la sanción en medios masivos;

(iv) en casos de cárteles, las multas individuales a los participantes del cartel a título personal, es decir a los administradores (por ejemplo Brasil, Chile, Colombia, Comunidad Andina, Ecuador, entre otros)[24]; y,

(v) la categorización de multas leves, graves o muy graves.

La exclusión de los puntos citados es una falta grave que también contradice las buenas prácticas internacionales, *exempli gratia* de la norma uruguaya solo se incorporaron en la LDC algunos aspectos de esta, no así otros que son decisivos para contar con una normativa útil, eficaz y moderna acorde a las mejores normas del Derecho de la Competencia. Consideramos que se debió aprovechar todo aquello; sin embargo, quedó una ley *sui generis* inconclusa e insuficiente.

*Ad avizandum* en el segundo párrafo del artículo 77 del RLDC, del deber de colaboración de los particulares, establece como sanción la presentación de información falsa o el incumplimiento del requerimiento (Decreto 1490, 2014). Creemos que hubo un error, ya que las multas sólo pueden estar tipificadas en la Ley no en el RLDC, violándose así el principio de legalidad. Además, en los artículos 79 y 90 inciso c) del RLDC existe una contradicción, puesto que el primero establece multas por incumplimiento al requerimiento de información que no figuran en la LDC, mientras el segundo menciona el principio de tipicidad e indica que solo constituyen conductas sancionables las infracciones previstas en la LDC. Por ende, las multas que figuran en el RLDC serían nulas.

Igualmente, el artículo 95 sobre las medidas correctivas debió tipificarse en la LDC. Esta cuestión puede ser discutible, ya que algunos podrán opinar que son consecuencia lógica para el desarrollo de la LDC, mientras que otros señalamos que en aplicación de los principios de legalidad y tipicidad las referidas medidas correctivas podrían ser ilegales.

Por otro lado, otro aspecto a cuestionar es el destino de las multas impuestas por la CONACOM, ya que la Ley establece que el importe de las mismas se remitirá en un 50% al Tesoro Nacional y el otro 50% ingresará a la tesorería de la CONACOM. Con relación a este punto, la tendencia en la mayoría de las legislaciones es que las multas sean destinadas íntegramente al Tesoro Nacional y no a la Autoridad que las impone.

No obstante, la ley promulgada faculta a la CONACOM también a recaudar a través de las multas impuestas el 50%. Ello podría ser un incentivo perverso para la autoridad a efectos de imponer multas en aras de recaudar fondos para sus propios ingresos. Este punto fue propuesto por los abogados del sector privado, los cuales en un inicio destinaron el 100% de las multas para la CONACOM. Aquello generó también una discusión por la oposición de los técnicos del MIC y de los expertos internacionales que no recomendaban que la autoridad de aplicación de la ley se apropie de las multas[25].

[24] Véase el artículo 91 del RLDC (Decreto 1490, 2014). La multa a personas físicas no está determinada en la LDC (Ley 4956, 2013).

[25] Este tema no es nada nuevo y ya se ha debatido en la doctrina internacional. Sobre el asunto en las conclusiones del "Examen inter-pares del derecho y política de competencia en Colombia", publicado por la OECD en el año 2009, se expresó la problemática de las multas impuestas por la agencia vayan a la misma y formen parte de su presupuesto, ya que esto podría constituir un claro incentivo para el incremento de las multas por parte de la agencia. Asimismo, se recomendó que las multas sean destinadas al fondo general del Gobierno, es decir al Tesoro Nacional y que la agencia sea financiada por el presupuesto general del Estado.

**B. Programa de clemencia**

El programa de clemencia o programa de delación compensada constituye un premio al operador económico que delata su participación en un cártel al que pertenece castigando a los demás, ya que el **soplón** se exime del pago total de la multa y no es sancionado (Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, 2020)[26]. Esta figura logra desestabilizar los cárteles (Gutierrez Perdomo & Sperber Vilhelm, 2012) y juega un rol fundamental en el Derecho de la Competencia porque a través de la confesión de uno de sus miembros se fomenta la detección de un cártel y, de ese modo, se aumenta la disuasión de su existencia.

Por este motivo su inclusión en las normas de competencia constituye una de las mejores prácticas internacionales, en virtud de que la cooperación de uno o varios infractores miembros de los cárteles facilita el trabajo de la autoridad de competencia, en especial en las agencias jóvenes sin *expertise* y recursos humanos suficientes.

La legislación paraguaya no incluyó el programa de clemencia. A pesar de haber recibido asistencia técnica por parte de la UNCTAD y su recomendación de incorporar dicho programa a la legislación, ello no fue factible debido –una vez más– a la injerencia de los abogados de los gremios que redactaron la norma, quienes se opusieron a incorporarla a la LDC.

Sin embargo, sí se incluyó en la legislación la figura del compromiso de cese. Si bien este no es lo mismo que el programa de clemencia, algunos países lo utilizan como equivalente al adaptar y dotar de mayor precisión al programa, como es el caso de Uruguay. Por lo que, el artículo 53 de la LDC paraguaya prevé los parámetros para la aplicación de esta importante herramienta, en el cual se estipula:

> En cualquier etapa del procedimiento, el Directorio, previo dictamen de la Dirección de Investigación, podrá aprobar el compromiso de cese de la práctica sometida a investigación, el que no importará confesión, en cuanto al hecho ni reconocimiento de la ilicitud de la conducta analizada (Ley 4956, 2013).

Llama la atención de la frase tipificada *ut supra* "sobre el que no importará confesión", puesto que no hay aclaración en la LDC ni en su RLDC sobre lo que significa dicha locución, ya que uno de los requisitos principales es la confesión voluntaria del hecho por parte del operador económico que reconoce su participación en la conducta prohibida. Nuevamente observamos que este artículo es una copia parcial de la normativa uruguaya (Decreto 404/007, artículo 28). Sin embargo, aunque la norma uruguaya sí condiciona que el compromiso deberá implicar aceptación de la ilicitud de la conducta, dicho párrafo no fue incluido en el articulado paraguayo.

*A posteriori* figuran los requisitos que deberá contener el compromiso del cese. En este sentido, el artículo 89 del RLDC, el cual aborda el compromiso de cese, añade un poco más de detalle sobre el programa. Este programa es exánime, en vista de que carece de elementos esenciales. Si bien la LDC estipula que el compromiso deberá contener el valor de la multa diaria, no especifica cómo se calculará y tampoco el RLDC lo determina. Por su parte, no se establece por cuantos días se suspenderá el procedimiento mientras se analiza la aprobación del compromiso.

El RLDC debería desarrollar el compromiso de cese pero no lo hace, por lo tanto consideramos que es rudimentario e incompleto. Por ello, se recomienda la realización de una guía de aplicación para la implementación del mismo o reforma del RLDC por la CONACOM y también la inclusión en la normativa de un Programa de Clemencia. De todas formas, el compromiso de cese no ha sido utilizado aún, ya que la CONACOM no ha concluido investigaciones de conductas anticompetitivas y tampoco ha fomentado los beneficios de dicho programa.

**C. Abogacía de la competencia**

La abogacía de la competencia es la forma mediante la cual las autoridades de competencia fomentan la adecuada aplicación de la norma. Esto último se logra a través de distintas actividades que buscan promover y fortalecer en la sociedad las ventajas de la libre concurrencia. Por sobre todas las cosas, estas actividades permiten conocer dónde acudir cuando ocurren situaciones que perjudiquen su bienestar y que sean causados por conductas empresariales ilegales.

Dichas actividades de difusión son fundamentales para los consumidores, operadores económicos, otras instituciones del Estado y, por sobre todo, para la misma autoridad de competencia. Ello porque una de las actividades que se enmar-

[26] Véase el caso Navieras, donde la Compañía Sudamericana de Vapores se acogió a la delación, mientras se redujo la multa aplicable a Nippon Yusen Kaisha (Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, 2020).

ca dentro de esta sección es la elaboración de estudios de mercado que otorgan información relevante sobre la estructura de estos, que a su vez alertan a la autoridad de posibles prácticas anticompetitivas.

Asimismo, otra de las funciones que cumple la abogacía de la competencia es la de asesorar al gobierno y otras instituciones públicas y entes reguladores a través de recomendaciones sobre cualquier evento que pueda influir en el mercado.

En ese sentido, si bien la LDC no incluyó mandato para tal función, el RLDC reparó dicha omisión estableciendo un Área de Comunicación, Abogacía y Capacitación encargada de diseñar las estrategias de promoción y difusión de los mecanismos de defensa de la competencia, la cual depende de la coordinación general de la CONACOM.

A pesar de contar con un área prevista en el organigrama para tal efecto, en la página web de la CONACOM la abogacía de la competencia no figura entre sus ámbitos de actuación. Solo puede encontrarse información general de algunas disposiciones comunicativas, consultas recibidas, convenios suscritos, etc. Cabe resaltar, que tampoco se encuentra publicado ningún estudio de mercado ni guías en el portal, hasta la fecha.

A modo comparativo, Uruguay en su primer año de gestión realizó cuatro estudios de mercado y en el siguiente año realizaron otros cuatro (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay, 2009; Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay, 2011). Para el año 2011 también se realizaron varios estudios, uno de ellos sobre equipos para diálisis, el cual concluyó que un operador económico con poder de mercado incurrió en una práctica ilegal, lo que terminó en un compromiso de cese y multa (Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia del Uruguay, 2011). Igualmente, en Ecuador, según la página de su autoridad de competencia, Superintendencia de Control del Poder de Mercado, se realizó un estudio de mercado en el sector farmacéutico y otro en el aeronáutico en el primer año de creación de su autoridad de competencia. Posteriormente, en 2013 Ecuador efectuó trece estudios de mercado en diferentes sectores, luego doce en el 2014 y así sucesivamente.

Por otro lado, los artículos de prensa de medios masivos sobre la institución y los asuntos de esta son reducidos. Por todo ello, se deduce que en Paraguay no existe cultura de la competencia, más aún por el hecho de no tener una institución activa con casos relevantes.

## VI. ESTUDIO DE CASO

En esta sección analizaremos un caso en el sector pecuario paraguayo que a la fecha presenta dificultades en este mercado relevante, siendo una de las causas la operación de concentración económica del año 2018 que tendremos a bien evaluar en la primera parte. Por su parte, en la segunda examinaremos una nueva transacción que agrava la situación del sector productivo ganadero.

### A. FRIGOMERC S.A. y JBS PARAGUAY S.A. e IPFSA S.A. (Adquisición)

El 7 de agosto de 2017 se notificó la operación de concentración consistente en la adquisición de las empresas JBS PARAGUAY S.A e INDUSTRIA PARAGUAYA FRIGORIFICA S.A. por parte de FRIGOMERC S.A. El 25 de septiembre de 2017 el Directorio resolvió y dispuso la apertura de la segunda etapa de evaluación. Posteriormente a las diligencias llevadas a cabo por la Dirección de Investigación en la segunda fase, el 8 de febrero de 2018, la Dirección de Investigación recomendó al Directorio autorizar la presente operación de concentración sin condiciones.

De ese modo, el 9 de febrero de 2018, a través de la Resolución 06/2018, el Directorio de la CONACOM, luego de haber analizado el informe de la DI, dictaminó que "es posible concluir que la concentración no generará efectos unilaterales que supongan una restricción sustancial de la competencia y por ende resulta innecesario el análisis de los demás elementos para la determinación de efectos coordinados" (Resolución 06/2018, 2018). Además, concluyó que la solicitud de autorización de la operación de concentración no suponía (de manera evidente) un obstáculo significativo para una competencia efectiva en los mercados de referencia, por lo que decidieron unánimente aprobar la solicitud sin medidas (Resolución 06/2018, 2018).

Pues bien, procederemos a realizar el análisis con la información pública. En la resolución de aprobación el Directorio de la CONACOM, de forma adecuada, utilizó el Índice Herfindahl-Hirschman (en adelante, HHI) para determinar el grado de concentración del mercado. Sin embargo, el análisis económico está incompleto, ya que por lo menos se debió incluir el índice de dominancia obtenido con la misma información del HHI. Además, se debió utilizar el HHI normalizado –como el índice Stenbacka, el índice de Kwoka, el estudio del poder de compra, entre otros (Stenbacka *et al.*, 2008; Kwoka, 1997)– para determinar y verificar el poder de mercado de los agentes económicos.

La observación del caso denota que la CONACOM no realizó un estudio económico detallado que permita sustentar sus conclusiones debido a que solo se centraron en presentar un estudio del mercado relevante horizontal de la industria de la carne *in natura* y no realizaron un análisis vertical del impacto de dicha operación en todos los eslabones de la cadena. En ese contexto, debieron señalar las cuotas de mercado, aspecto que en otro caso sí presentaron (Resolución D/AL 29/2019, 2019).

Aun cuando no consta en la Resolución 06/2018 la cuota de mercado de FRIGOMERC, el Presidente de la CONACOM afirmó que su cuota era del 38%[27] (empero hay cálculos de que esta es mayor). Por regla general cualquier operador que tiene o adquiere 30% o más del mercado relevante es materia de preocupación y supervisión. Por lo tanto, la Autoridad debe efectuar un examen exhaustivo de los efectos futuros de una concentración. Así como también, de la cuota de mercado. A simple vista, se puede evidenciar que el HHI estuvo mal calculado (con base al 38% es HHI 1.444) y el otro índice que debió analizarse para el análisis y la resolución es el índice de dominancia que con base al 38% es de 4.404 puntos, lo cual prueba la dominancia del operador económico.

La resolución de autorización de la concentración únicamente presentó el mercado relevante a partir del producto de carne *in natura,* sin analizar el faenamiento local y el faenamiento de exportación. Como consecuencia de ello, las cuotas de mercado están equivocadas y el HHI señalado en la Resolución 06/2018 es menor a la realidad del mercado. Una vez más, las conclusiones económicas de la CONACOM son erróneas.

Por otro lado, el 4 de septiembre de 2017 el abogado patrocinante de la operación solicitó el tratamiento de confidencialidad a varios de los documentos presentados y el Directorio resolvió conceder dicha petición y disponer el resguardo de dicha información en un expediente separado y confidencial (Resolución 15/2017, 2017). Por lo tanto, en el expediente de la aprobación de la solicitud no es posible visualizar y analizar los datos de participación en el mercado de las partes involucradas, lo cual dificulta una correcta valoración del estudio del caso.

Ahora bien, a pesar de que la CONACOM aprobó el 9 de febrero de 2018 la operación de concentración sin condiciones, al haber considerado que la misma no crearía o reforzaría una posición dominante, el 27 de julio de 2019 la Asociación Rural del Paraguay envió una nota al titular de la CONACOM en la cual solicita un estudio e investigación "del nivel de concentración en el mercado de frigoríficos" (Última Hora, 2019). Ello en vista de que a partir de distintos procesos de fusiones y adquisiciones se habían empezado a notar variaciones significativas en el precio del ganado vacuno que está afectando seriamente la rentabilidad y sostenibilidad del sector[28].

A raíz de este efecto anticompetitivo, el 17 de abril de 2020, los senadores Fidel Zavala Serrati y Fernando Silva Facetti remitieron a la CONACOM un pedido de informe, el cual tenía por objeto fortalecer el análisis de la participación de los actores del sector ganadero y toda su cadena de valor en la economía nacional y su competitividad en el mercado nacional e internacional.

A su vez, la CONACOM contestó dicha solicitud el 8 de mayo de 2020; sin embargo, la respuesta fue parcial, ya que indicaron que se encontraban todavía analizando la información solicitada a distintos entes del sector público y privado. Se destaca que ese estudio del mercado de la carne fue iniciado por la CONACOM en noviembre del 2019 y hasta agosto del 2020 no alcanzó conclusión alguna. En resumidas cuentas, nueve meses después siguen analizando información.

La consecuencia luego de un año y medio de la adquisición de dos frigoríficos por FRIGOMERC S.A. (del Grupo Athena Foods), fue que se generó un efecto negativo en el mercado relevante, por cuanto –al parecer– este grupo económico estaría imponiendo condiciones abusivas de compra a los proveedores paraguayos. Según indican, los productores reciben por el kilo de novillo USD 2 en promedio, en cambio, el precio por kilo en el mercado internacional entre enero y mayo fue de aproximadamente USD 4,2.

Cabe destacar que pese a la denuncia de la Asociación Rural de Paraguay de julio del 2019, la autoridad de competencia no ha iniciado ninguna investigación sobre posible abuso de posición dominante. En ese contexto, a raíz de las presiones de diferentes sectores, el 19 de junio de 2020 la CONACOM inició actuaciones de averiguaciones por posible infracción a la LDC. A través de una nota en su portal web, se aclaró que las citadas actuaciones no implican el inicio formal de un proce-

[27] En la audiencia pública llevada a cabo en el Congreso de la Nación Paraguaya de 04 de agosto de 2020, con motivo de la entrega del Informe de Gestión de la CONACOM.

[28] Véase Última Hora (2019).

dimiento de investigación –esto es, que no existen expedientes ni se disponen plazos para analizar y resolver (CONACOM, 2020).

**B. FRIGOMERC S.A. y FRIGONORTE S.A. (Contrato de arrendamiento)**

Como continuación del conflicto establecido entre los frigoríficos y los productores por el precio pagado –el cual es el resultado de la aprobación de la concentración sin medidas del 2018, vista en la primera parte–se suma otra nueva pugna. En junio de 2020 la misma empresa en cuestión, FRIGOMERC S.A., arrendó otro frigorífico, FRIGONORTE S.A.

La empresa contratante, la cual –como se mencionó– forma parte de la multinacional brasileña Athena Foods, había concretado dicho alquiler por un año con renovación automática sin límite. Empero, FRIGOMERC S.A. no había notificado a la CONACOM de este acuerdo. Por ello, el 24 de junio de 2020 la CONACOM solicitó a FRIGOMERC S.A. la notificación de la mencionada transacción comercial.

Ante ello, el 26 de junio de 2020, FRIGOMERC S.A. presentó ante la CONACOM la notificación de la operación en virtud del Contrato de Prestación de Servicios con FRIGONORTE S.A. celebrado el 16 de junio de 2020. Según el régimen de concentraciones paraguayo, el cual es *ex post*, se debe notificar dentro de un plazo de 10 días tras de su celebración contados, a partir del día siguiente de la fecha de celebración del contrato.

Por lo anterior, el 1 de julio de 2020 la Dirección de Investigación solicitó al Directorio la apertura de sumario de instrucción en contra de las firmas FRIGOMERC S.A. y FRIGONORTE S.A. por la supuesta infracción del artículo 14 de la LDC. Según la Dirección de Investigación, las empresas contratantes habrían llevado a cabo actos de ejecución del contrato posterior a la firma sin la autorización de la operación por parte de la CONACOM.

Dicha solicitud fue resuelta el 20 de julio por el Directorio, el cual dictaminó no acatar el pedido de apertura de sumario de investigación. Uno de los directores manifestó que "consultado si es posible consumar o ejecutar una operación sujeta al control de concentraciones de la CONACOM en los términos de la LDC sin que esta haya emitido una autorización previa, **la respuesta es claramente que no pueden hacerlo**" (CONACOM, 2020, p. 8) [el énfasis es nuestro].

En cuanto, a los indicios de la ejecución del contrato indicado por la Dirección de Investigación, un miembro del Directorio manifestó que las publicaciones por medios de prensa no constituían por sí solas indicios suficientes de que la ejecución ocurría y por lo tanto no podían considerarse como pruebas. Ello, en contradicción con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, según la cual las publicaciones de prensa seria constituyen prueba (*Blake c. Guatemala*, 1998).

Llama la atención la fundamentación del Directorio en la Resolución D/AL 13 para no abrir el sumario en mención. De conformidad con la normativa paraguaya no existe prohibición expresa para no ejecutar el acto contractual, es decir no se prevé la suspensión del contrato hasta el dictamen de la CONACOM, como sí la poseen otras jurisdicciones como la ecuatoriana.

Con relación al Expediente 190/2020, referido a la notificación de operación de concentración por contrato de arrendamiento de FRIGOMERC S.A. y FRIGORIFICO NORTE S.A., el 31 de agosto de 2020 el Senador Fidel Zavala emitió un comunicado indicando que el dictamen de la DI de la CONACOM concluyó que

> la operación de concentración analizada crea o refuerza una posición dominante en el mercado de faena de ganado bovino a nivel nacional. Por tanto, la presente operación de concentración no es compatible con la LDC por encuadrarse en los presuntos del Artículo 13 de la LDC y no debe ser aprobada (El Nacional, 2020).

Cabe resaltar que el parecer de la DI no es vinculante para la resolución. Asimismo, en investigaciones anteriores, el Directorio ha resuelto aprobar otras concentraciones descartando el dictamen de la DI. A la fecha de realización de este artículo (agosto 2020), estamos a la espera de la resolución del Directorio del Expediente 190/2020. Consideramos que dicho contrato de arrendamiento indefinido –que al parecer es una venta solapada– debe ser rechazado, en vista de que no existen condicionamientos y remedios suficientes que puedan mitigar los efectos negativos de dicha operación.

Ello, debido a que el líder –solicitante de la nueva operación– estaría incurriendo en prácticas anticompetitivas. En este contexto, la concentración de frigoríficos ha generado controversia desde febrero del 2018 por el insuficiente análisis económico de la CONACOM. También la falta de actuación de esta autoridad ha sido objeto de críticas ante las denuncias de la Asociación Rural de Paraguay sobre un posible caso de posición dominante que hasta hoy no inicia un expediente formal (Agro-Meat, 2019) .

Caso contrario, si la CONACOM decide autorizar dicho contrato de arrendamiento perpetuo, conforme al artículo 25 del RLDC tiene la obligación de sustentar su decisión sobre las ganancias de eficiencia de la operación, aunque dudamos que haya alguna. Así como también deberá establecer los remedios mínimos, entre los cuales deberá prohibirse al Grupo Athena Foods usufructuar y adquirir activos y/o empresas competidoras por el plazo de 3 a 5 años y tendrá que someter a revisión contratos de prestación de servicios, entre otras medidas. Ello por cuanto en el sector de hidrocarburos solo en el 2019 la CONACOM llegó a aprobar dos operaciones de concentración para el mismo grupo económico, el cual –por supuesto– pasó a liderar el sector.

El control de estructuras está creado para predecir los potenciales efectos adversos en el mercado y actuar en base a ellos. En vista del gran tamaño y capacidad financiera del Grupo Athena Foods como comprador en la operación de concentración económica del 2017, era evidente el incremento que esta operación tendría en su dominancia y poder de compra en el mercado. Como consecuencia, esta operación ha perjudicado a los productores paraguayos, e inclusive ha obligado a los pequeños productores a vender todo su ganado ante la baja constante de los precios. Sin embargo, el presidente de la CONACOM afirmó que no existiría un efecto negativo en el mercado.

En conclusión, los fundamentos de la CONACOM para no condicionar la compra de FRIGOMERC S.A. y JBS PARAGUAY S.A y otros están incompletos. El silogismo es obvio: a premisas falsas, incompletas y erróneas, conclusión falsa. La mejor prueba de ello es la situación actual del sector que por una negligencia de la CONACOM sufre de actos anticompetitivos.

Finalmente, pese a la baja del precio pagado a los productores, eso no ha repercutido en la baja de los precios a los consumidores finales. Por lo cual, es obvio que los frigoríficos estarían reteniendo ese excedente de ganancia producto de un posible acto de abuso de posición dominante, práctica anticompetitiva sancionada en la LDC paraguaya. Incluso, un reciente dictamen de la Dirección de Investigación demuestra que los ingresos que tuvo el Grupo Athena Foods en Paraguay superó 14 veces su umbral de facturación del 2019 (PARECER/DI 03/2020, 2020).

## VII. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

El régimen de defensa de la competencia del Paraguay cumplió su septenio de vigencia, por lo cual en este artículo hemos analizado la ley y normativa secundaria, las cuales cuentan con elementos básicos, pero adolecen de aspectos sustantivos y fallas de técnica legislativa considerables. Vimos, además, que uno de los fines de las normas antimonopolio es la correcta asignación de recursos por parte de los consumidores. No obstante, cuando la ley es aplicada a medias dicha asignación eficiente no se produce.

Asimismo, en el estudio de la LDC notamos que los redactores de la misma se inspiraron en la normativa de competencia de Uruguay, reproduciendo parcialmente algunos de los artículos de su ley de competencia, con desprolijidad debido a que algunos apartados se encuentran incompletos. Además, el RLDC contradice en determinados temas a la LDC, e inclusive algunos elementos sustantivos que deberían estar tipificados en la LDC solo se encuentran en el RLDC, como lo son las sanciones, las inspecciones sorpresa, entre otros. En ese sentido, se tiene un régimen de regulación económica *sui generis*, ambiguo y confuso.

A pesar de que la CONACOM es independiente en sus decisiones y goza de presupuesto, en 5 años de gestión ha tenido un rol pasivo, ya que solo ha iniciado un caso por prácticas anticompetitivas de oficio en el 2020 y no ha realizado estudios de mercado disponibles al público. A su vez, no existe cultura de libre concurrencia en Paraguay, ya que las actividades de abogacía que ha llevado a cabo la autoridad son escasas y las últimas que han sido organizadas durante la emergencia sanitaria no han sido publicadas en su portal ni *a posteriori* para verlas en diferido.

A ello hay que agregar que es imperante la elaboración de guías de aplicación normativa a efectos de facilitar la comprensión por parte de los agentes económicos, consumidores y público en general. En ese punto, el Directorio de la CONACOM pretende justificar que no tienen recursos económicos para la realización de guías, lo que es una excusa zopenca, ya que algunos organismos internacionales, a través de la cooperación técnica, apoyan a autoridades jóvenes en esa y otras labores. La CONACOM a la fecha tiene un proyecto de "Instructivo para la notificación de operaciones de concentración" que se encuentra en consulta pública, es decir, no posee ni una guía o instructivo vigente en su página web, hasta la fecha.

Por otro lado, uno de los cuestionamientos a los anteproyectos de la LDC de los años 2003 y 2007, fue la creación de la agencia de competencia dentro del MIC, como lo tienen Colombia, Uruguay y otros países. Esto fue criticado por algunos gremios porque manifestaban que de esa forma la autoridad carecería de independencia y autonomía,

lo cual perjudicaría su misión. Con ello, se consiguió que la CONACOM sea un ente autónomo e independiente sin formar parte de ningún ministerio, lo cual incrementó su gasto administrativo. A pesar de dicha independencia, actualmente nos encontramos ante una institución improductiva sin un logro significativo, en especial en la detección y lucha de cárteles.

Por su parte, la información pública en la página web de la CONACOM es insuficiente y la memoria anual de gestión es somera y superficial. La institución debería establecer prioridades a efectos de una mejor utilización de sus recursos humanos y económicos mediante un plan estratégico de gestión y comunicación.

Una razón de la falta de reclamos formales constituye la dificultad de demostrar la legitimación activa para presentar una denuncia por violación a la LDC, ya que los requisitos para la presentación de reclamos son excesivos. Por lo tanto, es inconstitucional al infringir el *ius libellus* (derecho de petición) y poder acudir ante los organismos públicos competentes (Const., 1992, art. 40).

En cuanto al caso analizado del sector pecuario se infiere que los problemas actuales de libre competencia son consecuencia, entre otros aspectos, del hecho de que la CONACOM haya aprobado una concentración sin condiciones en el 2018, más la falta de supervisión de este mercado relevante. De ello se desprende la importancia en el Derecho de la Competencia de realizar estudios sectoriales para conocer el mercado, la segmentación y poder determinar si existe o no una competencia efectiva y en especial ver los efectos de aprobar operaciones de concentración económica.

En este contexto, el examen del caso y de la ley paraguaya nos demuestran que la injerencia de ciertos grupos del sector privado al redactar la LDC y el RLDC a su beneficio, pues no se incluyeron aspectos sustantivos recomendados sobre las mejores prácticas de la legislación comparada. A partir de esta deficiencia, ahora empresas multinacionales con mayor poder de mercado se benefician de las debilidades de la normativa de competencia afectando a las compañías y consumidores paraguayos.

Dos ejemplos de ello constituyen, en primer lugar, el análisis *ex post* de las concentraciones, el cual está causando dificultades de evaluación y control por la CONACOM; así como también, la carencia del Programa de Clemencia. Por lo tanto, la normativa, la aplicación de la misma, la mecánica de la selección de los funcionarios y todo lo relacionado a la gestión, son en gran medida fruto de la intervención de determinados gremios al redactar la legislación. El Derecho de la Competencia posee sus dogmas, muchos de los cuales fueron alterados, para satisfacer a unos pocos y con efectos lesivos a toda la nación.

En otras palabras, el MIC cedió a todos los planteamientos y exigencias del sector privado, caso contrario hubiesen realizado de nuevo el *lobby* del pasado, como sucedió con el rechazo de todos los anteproyectos que no fueron de su agrado. Ello es insólito para la doctrina en donde los que deben ser controlados redactan su regulación, que se acentúa cuando el legislador sanciona una norma sin cuestionar su contenido, que al final resultó ser un estropicio en su aplicación y efectividad, siendo todo esto un *absurdum legalis.*

Por otro lado, llama la atención que la CONACOM a través de sus resoluciones esté generando precedentes negativos para el futuro. Por ejemplo, en la Resolución 13/2020 uno de los miembros del Directorio manifestó que las publicaciones de la prensa no son indicios suficientes, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha afirmado lo contrario. Así, es equivocado que la CONACOM exija pruebas y no indicios conducentes y concordantes para abrir una investigación. Ello es muy grave, ya que debilita la protección y ejecución de la defensa de la competencia en Paraguay.

En efecto, el régimen de libre competencia estudiado, requiere de una profunda revisión y reforma. Prueba de ello es que todo el sector ganadero se encuentra en crisis desde el 2018. Cabe resaltar que el grupo económico en cuestión –Grupo Athena Foods– ha adquirido en los últimos años cinco empresas competidoras y dichas operaciones han alterado de forma negativa la estructura del mercado sin que el ente regulador actúe de *motu proprio,* pese a las denuncias recibidas desde julio del 2019.

Cabe resaltar, que si bien la LDC paraguaya tiene 7 años desde su promulgación, en realidad su empleo es de cinco años desde que se posicionaron los Directores de la CONACOM. Por ende y a juzgar por la débil aplicación actual de la normativa antimonopolio, esta sigue en una etapa inicial y está madurando de forma lenta. Por otro lado, consideramos la importancia de la academia que ha estado ausente en esta área.

*In fine*, consideramos pertinente abrir el debate en Paraguay para dos temas de gran importancia que son: (i) la inclusión de la sanción penal y (ii) el resarcimiento de daños causados a los consumidores, en vista de que ambos elementos han tenido

resultados positivos en las jurisdicciones que las han incluido como parte del régimen de libre competencia. Resulta poco coherente que una persona vaya a la cárcel por haber robado una gallina y no vaya a prisión por haber robado millones de dólares al haber realizado actos anticompetitivos en desmedro del mercado, de los consumidores y de la democracia.

Luego de nuestro análisis, consideramos que las fortalezas de la LDC son entre otras:

(i) Los dos órganos de instrucción y resolución están separados y son independientes entre sí.

(ii) El control de operaciones de concentración posee dos etapas, incluyendo el *fast track.*

(iii) El pago de una tasa por la notificación de operaciones de concentración, el cual si bien es bajo, existe.

(iv) La capacidad de dictar medidas cautelares.

Como resultado de este estudio se demuestra la necesidad inmediata de reformar la Ley 4956 Defensa de la Competencia, considerando que esta ley *sui generis* ha demostrado ser inoperativa, cuando debería ser una normativa que genere un impacto positivo en la eficiencia económica y en el bienestar de los consumidores. De ahí, presentamos algunas recomendaciones relevantes:

(i) Incluir la regla *per se* para los cárteles, ya que la doctrina internacional ha demostrado que los cárteles, en especial los que están ligados con precios son las conductas más nocivas para toda economía de mercado.

(ii) La LDC obliga de forma incorrecta a la CONACOM a analizar las ganancias de eficiencia para todos los casos, lo cual es excesivo y erróneo, debiendo ser excluído.

(iii) Modificar la actual definición de mercado relevante eliminando la subordinación a una restricción o abuso que tenga un aumento significativo en los precios.

(iv) En el listado de los acuerdos restrictivos de la competencia se deben eliminar las frases o palabras, como "de manera abusiva", "injustificadamente", entre otras.

(v) El control de concentraciones obligatorias debe ser *ex ante* y corregir los umbrales actuales reduciendo la cuota de mercado y actualizando el volumen de negocios.

(vi) Ampliar los plazos de investigación en materia de control de concentraciones, prácticas anticompetitivas y las conductas de abuso de posición de dominio, ya que son demasiado cortos para casos complejos.

(vii) Eliminar la Junta de Calificaciones. Asimismo, los directores de la CONACOM deben ser elegidos por el Presidente de la República y aprobados por el Senado.

(viii) Agregar conductas de competencia desleal (derogando las leyes vigentes en la materia tales como la Ley del Comerciante de 1983).

(ix) Incorporar el control de ayudas públicas por su importancia en la vida económica del país y las posibles distorsiones que podrían causar en la competencia.

(x) Mejorar el programa de compromiso de cese, el cual está incompleto.

(xi) Incluir la figura del programa de clemencia, ya que este elemento representa una de las herramientas más importantes y efectivas a la hora de combatir los cárteles.

(xii) Establecer actividades de difusión de la cultura de competencia a través de mayor abogacía de la competencia.

(xiii) Concluir el régimen sancionatorio incluyendo penas importantes disuasorias. De lo contrario el *status quo* del mercado oligopólico paraguayo seguirá perjudicial hacia competidores y consumidores.

(xiv) Restructurar el organigrama y dotar de mayor personal al área de investigaciones de la CONACOM así como designar un presupuesto para la realización de estudios sectoriales.

(xv) Solicitar la realización de un peer review o examen voluntario entre homólogos del Derecho y la Politíca de Competencia a la UNCTAD o la OCDE, a efectos de mejorar el sistema.

**REFERENCIAS**

Andino, C. (2020). Paraguay. En Burnier Da Silveira P. y Sittenfeld P. (Ed.). *Merger Control in Latin America* (pp. 205-218). Concurrences.

Andino, C. (2017). Chapter 3. New Competition Policy in Paraguay. En Burnier Da Silveira P. (Ed.). *Competition Law and Policy in Latin America* (pp.45-58). Wolters Kluwer.

AgroMeat (2 de agosto de 2019). ARP pide investigar posible oligopsonio en industria cárnica. *AgroMeat.* https://www.agromeat.com/275012/arp-pide-investigar-posible-oligopsonio-en-industria-carnica

BASE Investigaciones Sociales (2010). De cómo los proveedores cavan su propia tumba. http://www.baseis.org.py/de-como-los-proveedores-cavan-su-propia-tumba/

(2011). Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia en realidad defiende a las Corporaciones. http://www.baseis.org.py/proyecto-de-ley-de-defensa-de-la-competencia-en-realidad-defiende-a-las-corporaciones/

Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia (2009). Memoria de actividades. https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/memoria_2009_22032010.pdf

(2011) Memoria de actividades. https://www.gub.uy/ministerio-economia-finanzas/sites/ministerio-economia-finanzas/files/documentos/publicaciones/memoria_2011_16022012.pdf

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM]. (2012). III Conferencia Anual del Programa COMPAL, Lima, Perú.

(17 de junio de 2020). La CONACOM ha dispuesto la apertura de un expediente de investigación contra Insumos Médicos S.A., Eurotec S.A. y Medical Pharma S.A. https://www.conacom.gov.py/noticias/la-conacom-ha-dispuesto-la-apertura-de-un-expediente-de-investigacion-contra-insumos-medicos-s-eurotec-s-y-medical-pharma-s

(19 de junio de 2020). La Dirección de Investigación de la CONACOM inició actuaciones con el objeto de identificar posibles infracciones a la Ley de Competencia por parte del GRUPO ATHENA FOODS. https://www.conacom.gov.py/noticias/la-direccion-de-investigacion-de-la-conacom-inicio-actuaciones-con-el-objeto-de-identificar-posibles-infracciones-la-ley-de-comp

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD] (2008). *Independencia y rendición de cuentas de las autoridades encargadas de la competencia.* https://unctadcompal.org/documento/independencia-rendicion-cuentas-las-autoridades-encargadas-la-competencia/

(2010). *Contribución de la política de la competencia a la promoción del desarrollo económico: Formulación adecuada y aplicación efectiva del derecho y la política de la competencia*. https://unctad.org/es/system/files/official-document/tdrbpconf7d3_sp.pdf

(2016). *Examen Voluntario entre homólogos del derecho y la política de la competencia: Uruguay.* https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclp2016d1_es.pdf

Diario ABC (2010a, 5 de abril). Por presiones, 35 proveedores dan la espalda a Casa Grüter. https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/por-presiones-35-proveedores--dan-la-espalda-a-casa-grtter-90700.html

(2010b, 19 de abril). Aún no se presenta ley de competencia que garantice beneficios al consumidor. *Diario ABC*. https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/aun-no-se-presenta-ley--de-competencia-que-garantice-beneficios-al-consumidor-116336.html

(2010c, 19 de abril). Feprinco presentó propuesta sobre ley de competencia. *Diario ABC.* https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/feprinco-presento-propuesta-sobre-ley-de-competencia-92122.html

(18 de junio de 2011). Presentarán nuevo proyecto de ley de la competencia. *Diario ABC.* https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/presentaran-nuevo-proyecto-de-ley-de-la-competencia-272649.html

(06 de agosto de 2013). Reglamentarán ley de competencia. https://www.abc.com.py/edicion-impresa/economia/reglamentaran-ley-de-competencia-604126.html

(21 de mayo de 2020). Contraloría concluye que la ajudicación estuvo totalmente "viciada". *Diario ABC.* https://www.abc.com.py/nacionales/2020/05/21/contraloria-concluye-que-la-adjudicacion-estuvo-totalmente-viciada/

Diario El Nacional (2 de septiembre 2020). Frigoríficos versus Productores: Una disputa que nos afecta a todos. *Diario El Nacional.* https://www.elnacional.com.py/economia/2020/09/02/frigorificos-versus-productores-una-disputa-que-nos-afecta-a-todos/

Gutierrez Perdomo, G., & Sperber Vilhelm, D.A. (2012). *Manual de Competencia Económica para Empresarios*.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2011a). *Derecho y Política de la Competencia en Honduras- Examen inter-pares*

(2011b). *Temas de Competencia en las Asociaciones Comerciales.* Foro Latinoamericano de Competencia.

Kwoka, J. (1977). Large Firm Dominance and Price-Cost Margins in Manufacturing Industries. *Southern Economic Journal*, *44*(1), 183-189.

Lozano Cutanda, B. (21 de marzo de 2019). La infracción por objeto en materia de competencia no exige analizar la incidencia de la conducta infractora sobre el mercado. *Gómez-Acebo & Pombo.* https://www.ga-p.com/publicaciones/la-infraccion-por-objeto-en-materia-de-competencia-no-exige-analizar-la-incidencia-de-la-conducta-infractora-sobre-el-mercado/

Massaguer Fuentes, J. (2015). Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de la Comisión Nacional de la Competencia. En Massaguer Fuentes, J., Salda Arquer, J.M., Folguera Crespo, J., & Gutiérrez A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (pp. 779-834). Thompson Reuters.

Pereira Fukuoka, M. (2011). El rol ciudadano en la definición de una Ley de Defensa de la Competencia legal, leal y justa en el Paraguay. http://www.pojoaju.org.py/wp-content/uploads/downloads/2012/07/el_rol_ciudadano_en_la_definicin_de_una_ley_de_defensa_de_la_competencia_legal_leal_y_justa_en_el_paraguay.pdf

Stenbacka, R., Melnick, A. & Shy, O. (2008). Assesing Market Dominance. *Journal of Economic Behavior & Organization, 68*(1), 63-72.

Última Hora (25 de septiembre de 2008). Existe un total rechazo al texto actual del proyecto de ley de competencia. https://www.ultimahora.com/existe-un-total-rechazo-al-texto-actual-del-proyecto-ley-competencia-n156988.html

(2 de agosto de 2019). ARP pide investigar posible oligopsonio en industria cárnica. https://www.ultimahora.com/arp-pide-investigar-posible-oligopsonio-industria-carnica-n2835464.html

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Blake c. Guatemala, Fondo, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 36 (Ene. 24, 1998).

Comunidad Andina de Naciones, Decisión 608, 28 de marzo de 2005.

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 2 de agosto de 2017, Resolución 15/2017 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 9 de febrero de 2018, Resolución 06/2018, Expediente 97/2017 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 6 de diciembre de 2019, Resolución D/AL 29/2019, Expediente 060/2019 (Par.).

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 14 de enero de 2020, Resolución 13/2020 (Par.)

Comisión Nacional de la Competencia [CONACOM], 21 de septiembre de 2020, Resolución PARECER/DI 03/2020.

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], U.N. Doc. TD/RBP/CONF.7/8 (31 de julio de 2010), https://unctad.org/system/files/official-document/tdrbpconf7d8_sp.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], U.N. Doc. NCTAD/DITC/CLP/2013/2 (2 de julio de 2013), https://digitallibrary.un.org/record/751749/files/ditcclp2013d2_overview_es.pdf

Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo [UNCTAD], U.N. Doc. UNCTAD/DITC/CLP/2016/1 (12 de octubre de 2016), https://unctad.org/system/files/official-document/ditcclp2016d1_es.pdf

Constitución Nacional de la República del Paraguay [Const.], *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 20 de junio de 1992 (Par.).

Decreto 1490/14, Decreto por el cual se reglamenta la Ley 4956/2013 Defensa de la Competencia, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 14 de abril de 2014 (Par.).

Decreto 357-2005, Ley Para la Defensa y Promoción de la Competencia, Diario Oficial *La Gaceta,* 8 de noviembre de 2004 (Hond.).

Decreto 404/007, Reglamentación de la Ley 18.159 sobre defensa de la libre competencia en el comercio, Diario Oficial, 29 de octubre de 2007 (Uruguay).

Ley 2051, De Contrataciones Públicas, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 23 de enero de 2003 (Par.).

Ley 4956, Defensa de la Competencia, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 25 de junio de 2013 (Par.).

Ley 5282, Libre acceso ciudadano a la información pública y transparencia gubernamental, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 19 de noviembre de 2014.

Ley 5386, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2015, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 6 de enero de 2015 (Par.).

Ley 5554, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2016, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 5 de enero de 2015 (Par.).

Ley 6258/2019, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2019, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 7 de enero de 2019 (Par.).

Ley 6469/2020, Ley que aprueba el Presupuesto General de la Nación para el Ejercicio Fiscal 2020, *Gaceta Oficial* de la República de Paraguay, 6 de enero de 2020 (Par.).

Ley 18159, Promoción y Defensa de la Competencia, Diario Oficial, 30 de julio de 2007 (Uruguay).

Ley 19833, Ley que establece modificaciones a la Ley 18.159, Diario Oficial, 11 de septiembre de 2019 (Uruguay).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial del Ecuador, 18 de octubre de 2011 (Ecuador).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 30 de diciembre de 2020, Resolución 0171-2020/SDC-INDECOPI, Expediente 003-2017/CLC (Perú).

# #20 AÑOS CONTIGO

LIMA AIRPORT PARTNERS
EN EL JORGE CHÁVEZ

LAP
LIMA AIRPORT PARTNERS

## DOS DÉCADAS SIENDO LA PUERTA DEL PERÚ AL MUNDO

**+ US$ 576 millones**
en inversiones directas al Estado peruano durante estos 20 años.

**+ US$ 2,685 millones**
en transferencias directas al Estado peruano durante estos 20 años.

**90 mil empleos**
generados por el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez.

**23 millones de pasajeros**
durante el 2019 previo a la pandemia.

@aeropuertojorgechavez
@aeropuerto_jorgechavez
www.lima-airport.com

10.18800/themis.202002.002

# CUANDO EL REMEDIO RESULTA PEOR QUE LA ENFERMEDAD: RIESGOS DEL CONTROL ADMINISTRATIVO DE PRECIOS

## *WHEN THE REMEDY IS WORSE THAN THE DISEASE: RISKS OF ADMINISTRATIVE PRICE CONTROL*

**José Carlos Gonzáles Cucho***
**Diez Canseco – Competencia & PI**

**Samuel Yábar Palacios****
**Universidad Nacional Mayor de San Marcos**
**Diez Canseco – Competencia & PI**

*During the State of Emergency, the country has suffered from a shortage of certain essential products and services. To deal with this situation, the Legislative Branch and the Executive Branch have taken a series of measures. Price control is one of the alternatives that are usually proposed at the political and media level.*

*This article analyses the types of administrative price control, its possibility of implementation in the Peruvian legal system and its effects on the market. Moreover, alternatives to the use of this instrument are proposed.*

*Keywords: price control; regulatory activity; Legislative Decree 757; exploitative pricing; social market economy.*

*Durante el estado de emergencia, el país ha sufrido el desabastecimiento de ciertos productos y servicios esenciales. Para lidiar frente a dicha situación, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo han tomado una serie de medidas. El control de precio se presenta como una de las alternativas que a nivel político y mediático suelen ser propuestas.*

*En el presente artículo se analizan los tipos de control de precios a cargo de la Administración Pública, su posibilidad de implementación en el ordenamiento jurídico peruano y sus efectos en el mercado. Asimismo, se proponen alternativas al empleo de este instrumento.*

*Palabras clave: Control de precios; actividad regulatoria; Decreto Legislativo 757; precios abusivos; economía social de mercado.*

* Abogado. Magíster en Regulación de Servicios Públicos por la Pontificia Universidad Católica del Perú y magíster en Economía y Derecho de Consumo por la Universidad Castilla – La Mancha. Docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Socio en Diez Canseco – Competencia & PI (Lima, Perú). Contacto: jgonzales@dclegal.pe

** Bachiller en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Excoordinador General del Taller de Investigación en Derecho Administrativo - TIDA de la UNMSM. Asociado en Diez Canseco – Competencia & PI (Lima, Perú). Contacto: syabar@dclegal.pe

Los autores agradecen a Karla Montañez Curi por su invalorable esfuerzo en la investigación para la elaboración del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 26 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El estado de emergencia (en adelante, EE) y el COVID-19 han causado severos estragos en la economía a nivel mundial. El aislamiento ha impactado seriamente en el desarrollo de diversas actividades y a muchos agentes económicos los ha llevado incluso a salir del mercado.

Uno de los efectos tangibles de esta crisis es que se ha visto una seria reducción en la capacidad adquisitiva de los consumidores (un buen número de ciudadanos ha perdido su trabajo) (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2020a, p. 3)[1], estos han sido sometidos a suspensión perfecta[2] o han sufrido una reducción en sus ingresos (INEI, 2020b, p. 20)[3].

Adicionalmente, ciertos productos que han resultado importantes durante la pandemia han visto incrementada su demanda (pasó primero con el alcohol, luego las mascarillas, ahora ciertos medicamentos y el oxígeno), lo cual evidentemente en el Perú –y tal vez en otros países[4]– ha llamado la atención de diversas autoridades quienes han tratado de mitigar o solucionar esta situación a través de herramientas como el otorgamiento de subsidios, la provisión directa de bienes[5] o servicios o la regulación de precios.

Es en este punto crítico, donde el desencuentro entre oferta (elevada para el caso de ciertos productos) y demanda (golpeada por consumidores con ingresos y necesitados de productos de vida o muerte) se encuentra en una situación que genera un serio problema ante el cual la salida, muchas veces invocada por la población o por distintos gobiernos de turno, es la del control de precios.

En el presente artículo vamos a identificar este problema de escasez o especulación de productos (agravado por el COVID-19); evaluaremos el sustento legal de la herramienta de control de precios; los beneficios y perjuicios de su uso; y, finalmente plantearemos algunas alternativas desde la perspectiva del derecho de la competencia.

## II. IDENTIFICANDO EL PROBLEMA: CUANDO DEMANDA Y OFERTA BAILAN MELODÍAS DIFERENTES

En el Perú, en el contexto de la pandemia y del aislamiento social obligatorio a raíz del COVID-19, los precios de medicamentos y servicios de salud han sido los que mayor incremento han mostrado, aunque en los servicios de transporte y de algunos alimentos también se han advertido incrementos (INEI, 2020c, pp. 2-3). En paralelo, los ingresos de los consumidores se han visto reducidos de forma considerable durante el estado de emergencia, debido al incremento del desempleo y la imposibilidad de percibir ingresos por parte de los independientes (Ipsos, 2020, pp. 25-27; Vinelli Ruiz & Maurer Fossa, 2020)[6].

---

1 A nivel nacional, en el trimestre enero-febrero-marzo del año 2020, comparado con similar trimestre del año 2019, la población ocupada del país disminuyó en 2,1%, que equivale a 357 mil 900 personas que perdieron su empleo, según el Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de mercado laboral a Nivel Nacional (02) del Instituto Nacional de Estadística e Informática, emitido en junio de 2020 (2020).

2 Según el artículo 47 del Decreto Legislativo 728, la suspensión perfecta del contrato de trabajo implica el cese temporal de la obligación del trabajador de prestar sus servicios y la del empleador de pagarle su remuneración, sin que desaparezca el vínculo laboral (1991). Mediante Decreto de Urgencia 038-2020 se dispuso que durante el estado de emergencia nacional y emergencia sanitaria los empleadores podrán optar excepcionalmente por la suspensión perfecta en aquellas labores que no puedan ser desarrolladas mediante la modalidad de trabajo remoto (2020).

3 En el trimestre marzo-abril-mayo 2020, el ingreso promedio mensual proveniente del trabajo de la actividad principal en Lima Metropolitana se ubicó en 1584,4 soles, lo cual significó una disminución de 8,1% (139,3 soles) con respecto al mismo trimestre del año pasado, según el Informe Técnico: Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana del Instituto Nacional de Estadística e Informática, emitido en junio de 2020 (2020).

4 Según Ayvar Ayvar,

> [e]n el caso de Sudáfrica, el Departamento de Industria y Comercio implementó el control de precios de determinados productos de higiene como desinfectante de manos, mascarillas, guantes quirúrgicos y papel higiénico; y de productos de primera necesidad como arroz, pasta, azúcar y agua embotellada. […], el incremento excesivo de los precios del alcohol en gel, Francia decidió establecer un control de precios sobre dicho producto. […] en El Salvador, en donde la Defensoría del Consumidor acordó fijar los precios máximos de venta del alcohol en gel y las mascarillas. […] Argentina intervino en la determinación de precios, en tanto el Ministerio de Desarrollo Productivo emitió la Resolución 100/2020 que establece el congelamiento de los precios registrados dentro del Sistema Electrónico de Publicidad de Precios Argentinos - SEPA (2020).

5 El Decreto de Urgencia 066-2020, autoriza al Ministerio de Salud para que, a través del Centro Nacional de abastecimiento Nacional de Abastecimiento de Recursos Estratégicos en Salud - Cenares y durante el Año Fiscal 2020, efectúe las contrataciones que garanticen la provisión de oxígeno medicinal a todos los centros de salud e instalaciones de ampliación de la oferta hospitalaria a nivel nacional (2020).

6 Según las encuestas y estudios consultados, el 41% de peruanos estaría desempleado o no percibiría ingresos a raíz de la cuarentena obligatoria (Ipsos, 2020, p. 25). Los principales afectados habrían sido: el sector de hoteles y restaurantes con una reducción del empleo en un 60%, el sector construcción con una reducción del 30%, y el sector comercio, con una reducción del empleo de 30% (Vinelli Ruiz & Maurer Fossa, 2020).

En este escenario convergen, por un lado, los precios elevados debido al incremento de la demanda de ciertos productos y; por el otro, la considerable reducción de ingresos de los consumidores, quienes se ven impedidos de acceder a ciertos bienes y servicios. Cuando estos bienes y servicios resultan indispensables para la conservación de la vida de las personas, hay una pregunta que se ha estado planteando: ¿esperar a la regulación autónoma y espontánea del mercado es la mejor opción?

Uno de los principales medicamentos empleados para el tratamiento y manejo clínico de las personas hospitalizadas por COVID-19 es el oxígeno medicinal. Según el Informe Especial 17-2020-DP de la Defensoría del Pueblo, antes de la pandemia un balón de 10 $m^3$ costaba S/ 600, mientras que a mediados de junio su precio oscilaba entre los S/ 5000 y S/ 6000 soles a nivel nacional (2020, pp. 12-13). Dicho informe exigía intervención estatal para atender la escasez del medicamento y su poca asequibilidad para la población (2020, pp. 23-24).

Otro medicamento con un incremento sustantivo en los precios a raíz de la actual coyuntura es la azitromicina. Según información recopilada del Observatorio de Productos Farmacéuticos del Ministerio de Salud[7] (a modo de muestra, debido a la inexistencia de información sistematizada de precios a la fecha), tres tabletas de dicho medicamento costaban en una farmacia de Junín en junio de 2019 S/ 4,8; en la misma farmacia, en mayo de 2020 su precio era de S/ 162. En una botica de Ica, en su presentación denominada **Zitromicim**, tres tabletas del medicamento costaban en junio de 2019 S/ 16,1; en la misma botica, en mayo de 2020 su precio era de S/ 199,29. En una botica limeña, el precio de tres tabletas de la variante **Zitrogal** era S/ 11,2 en junio de 2019; mientras que en mayo de 2020 costaba S/ 150. El mismo resultado se obtiene, en mayor o menor medida, en la mayoría de farmacias y boticas a nivel nacional (2020).

Los precios que cobran las clínicas privadas para la atención médica de pacientes también han mostrado incrementos considerables. Esta situación ha sido advertida por el Congreso de la República en el Proyecto de Ley 5211-2020-CR. A su vez, la propia Asociación de Clínicas Particulares ha declarado que por un día en una Unidad de Cuidados Intensivos (en adelante, UCI), el paciente debe pagar entre S/ 8000 y S/ 10000 (Diario Gestión, 2020b).

Esta divergencia entre oferta y demanda también se ha verificado en otros sectores de interés general, como es el caso de los servicios públicos. A través del Decreto de Urgencia 035-2020, el Gobierno dispuso la continuidad de la prestación de los servicios de energía eléctrica, gas natural y telecomunicaciones, permitiendo la reprogramación y fraccionamiento del pago de recibos y facturas. En el caso de las telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel) tomó la decisión de mantener el acceso al servicio para la población, pese a que ello en los hechos implicara una seria afectación a la cadena de pago entre las empresas operadoras y sus usuarios. De esta forma, el organismo regulador impuso a las operadoras la obligación de no suspender o dar de baja el servicio por falta de pago durante el estado de emergencia[8].

### A. Medidas drásticas: el garrote frente a los precios altos

La medida normativa más drástica frente a esta situación adversa la adoptó el Congreso de la República. A través de la aprobación de la Ley 31040, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, se reincorporó al Código Penal el delito de abuso de poder económico y el de acaparamiento, modificando también el artículo del delito de especulación.

En cuanto al delito de abuso de poder económico, la nueva ley pretende sancionar penalmente las conductas de abuso de posición de dominio y prácticas colusorias (actualmente solo sancionadas en vía administrativa como infracciones a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas)[9].

---

7 A través de esta plataforma se pueden observar los precios de venta que declaran las farmacias, de forma individual: http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe/

8 Sobre el particular, véase la Resolución 035-2020-PD/OSIPTEL.

9 Ley 31040, Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración. En esta misma, se especifica lo siguiente:

> Artículo 1. Incorporación de los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635
>
> Incorpórese los artículos 232 y 233 al Código Penal, aprobado por Decreto Legislativo 635, en los siguientes términos:
>
> Artículo 232.- Abuso del poder económico
>
> El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competen-

La sanción consistiría en una pena privativa de la libertad de entre 2 y 6 años y con 180 a 365 días multa, con la posibilidad de ser inhabilitado para ejercer la función pública y determinadas actividades económicas.

El acaparamiento volvería a estar incorporado al Código Penal para sancionar a quien "provoque escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores" (2020, art. 233). Su sanción será la pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años.

La modificación al delito de especulación[10] (art. 234 del Código Penal) busca reactivar su aplicación práctica. El nuevo tipo penal ya no requiere la venta "a precios superiores a los fijados por la autoridad administrativa" (2020) (supuesto de hecho improbable pues ninguna autoridad tiene competencias para regular precios, excepto en los servicios públicos económicos), sino que ahora sancionará a quien incremente precios sin sustentarse en una "estructura real de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública" (2020, art. 234). Su sanción será la prisión por no menos de dos ni mayor de seis años.

Esta nueva ley fue observada por el Poder Ejecutivo a través del Oficio 103-2020-PR. Respecto al delito de abuso de poder económico, se observó la falta de evidencia de que la tutela administrativa de la competencia hubiera fallado y que, por tal razón, se requiera la intervención del Derecho Penal. En lo concerniente al delito de acaparamiento, a razón de que la tipificación propuesta vulneraría el principio de tipicidad por ser poco precisa. Y sobre el delito de especulación, se observó que la tipificación sería demasiado amplia y de difícil delimitación. Pese a estas observaciones, el Congreso de la República decidió promulgar esta ley.

Más allá de los motivos expuestos por el Ejecutivo, resulta cuestionable que a través de la tipificación del delito de "abuso de poder económico" se implemente la sanción penal a las infracciones de abuso de posición de dominio o prácticas colusorias verticales. Ambas infracciones están sometidas a la prohibición relativa (o regla de la razón) según la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), justamente porque la realización de la conducta tipificada no siempre es idónea para afectar la competencia (Falla Jara & Bullard González, 2002, p. 220-221). Por tal motivo, se debe probar si esta tiene o podría tener efectos negativos para la misma[11]. Bajo esta lógica, carece de sentido que una conducta que en vía administrativa no está generalmente prohibida, pueda constituir un delito penal. Por esta razón, en la experiencia internacional es casi nula la sanción penal de las conductas de abuso de posición dominante o prácticas colusorias verticales.

Sumado a ello, la sanción penal de las prácticas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta (*hardcore cartels*) podría afectar la labor que viene realizando el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) mediante su Programa de Clemencia y su Programa de Recompensas. Esto debido a que se generaría un desincentivo a los agentes económicos de colaborar con la autoridad para librarse del pago de una multa administrativa, cuando por dicha colaboración existe el riesgo de ser sancionado penalmente. En consecuencia, con esta medida la autoridad de competencia podría detectar menos cárteles, la duración de estos posiblemente sería mayor (por los menores incentivos para incumplir con los acuerdos y delatarlos) y la competencia en los mercados se vería aún más afectada.

---

cia, será reprimido con una pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa en inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4 (2020).

10 Según el artículo 234, referente a especulación y alteración de pesos y medidas:

> [e]l productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de la persona utilizando prácticas ilícitas que no se sustente en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.
>
> Si la especulación se comete durante un estado de emergencia, declarado por el Presidente de la República, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa […] (2020).

11 Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Dicha norma dicta lo siguiente:

> Artículo 9.- Prohibición relativa
>
> En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores (2019).

Como no es objeto del presente trabajo analizar las propuestas legislativas sobre la materia, nos limitaremos a señalar que –además de las contingencias antes mencionadas– estas técnicas ya han sido empleadas con anterioridad de forma poco satisfactoria[12]. Así, aunque uno de sus fines principales consista en prevenir el alza de precios para que estos no resulten inalcanzables para los consumidores y, de esta forma, la oferta y la demanda puedan reconciliarse, en realidad es muy poco probable que cumplan con su objetivo. Por el contrario, estas medidas pueden resultar contraproducentes y nocivas para el orden económico, agravando así la situación de los consumidores.

### B. Un panorama similar en Latinoamérica

Al ser una pandemia global, no solo el mercado peruano se ha visto afectado, sino también los mercados de muchos otros países. En cuanto a nuestros vecinos latinoamericanos, países como Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador y México presentarán una caída de entre el 4 y 8% de su PBI, según las estimaciones del Banco Mundial (2020). En algunos de sus mercados, también se ha presentado incremento de precios y problemas de escasez de productos. Según la Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura (en adelante, FAO), los siguientes productos presentaron en junio precios anormalmente altos: el arroz en Colombia, los cereales en Haití y Brasil, y varios alimentos en Argentina (Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura [FAO], 2020).

Algunos Estados vecinos han tomado cartas en el asunto. En Argentina, el Ministerio de Desarrollo Productivo (a través de la Resolución 100/2020) congeló los precios de más de 2000 productos de la canasta básica familiar al 6 de marzo de 2020[13]. En Chile, se establecieron los precios máximos de las pruebas para el descarte de COVID-19, para el arrendamiento de ciertos inmuebles y para determinadas prestaciones de clínicas privadas (Irarrázabal Philippi & Muñoz Rojas, 2020). Por otra parte, la autoridad de competencia colombiana inició una investigación (mediante la Resolución 19922 de 2020) en el mercado de equipos de protección personal (máscaras de respiración, gafas protectoras y filtros de protección), debido a que se habrían impuesto "precios inequitativos" durante la emergencia por COVID-19 (el incremento de precios habría sido entre el 8 y el 12%) (Superintendencia de Industria y Comercio, 2020).

Como podemos apreciar, a raíz de la pandemia por COVID-19, existe una clara falla en el funcionamiento del mercado. En efecto, la oferta no satisface a la demanda; esta última no alcanza a la primera. Los precios de bienes y servicios esenciales se han incrementado y los ingresos de los consumidores se han reducido. Esperar a que el mercado encuentre su equilibrio natural podría costar muchas vidas, pero establecer medidas que alteren, aún más, el funcionamiento de los mercados sin conseguir las finalidades públicas perseguidas puede traer consecuencias aún más nefastas.

## III. EL CONTROL DE PRECIOS Y SU VIABILIDAD DE ACUERDO AL MARCO NORMATIVO VIGENTE

La Administración Pública (en adelante, la Administración) posee diversas técnicas y potestades para determinar los precios en el mercado. Es común referirse a todas estas medidas de forma conjunta y generalizada como **control de precios** o **regulación de precios**. Sin embargo, es importante precisar que la naturaleza jurídica de cada una de ellas no es la misma y, por tanto, poseen distintas características y requisitos para su aplicación.

En la experiencia comparada se han identificado tres potestades de la Administración para intervenir en la determinación de los precios de la actividad económica privada: (i) la potestad de ordenación de precios (política de precios); (ii) la potestad tarifaria; y, (iii) la actividad regulatoria de precios (Tornos Mas, 2009, pp. 538-541). Además, existen otros tipos de intervención que permiten controlar o influenciar los precios en el mercado indirectamente, dentro de las cuales la que más destaca es la sanción de las prácticas explotativas a través de las normas de libre competencia. De forma breve, pasaremos a delimitarlas conceptualmente y las analizaremos a la luz del ordenamiento jurídico peruano.

### A. La potestad de ordenación de precios (política de precios)

Es una potestad administrativa, utilizada durante la década de los 70's y 80's en España y varios países latinoamericanos, cuya función es intervenir en los precios para controlar el proceso de inflación o por razones de política económica. Las razones de la



[12] En la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, mediante el cual se aprueba la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se indica que, debido a su poca operatividad y eficacia, las normas penales que regulaban los delitos en materia de libre competencia fueron derogados (2008).

[13] Precios registrados en el Sistema Electrónico de Publicidad de Precios argentinos.

intervención eran usualmente políticas, pues los bienes y servicios intervenidos podían variar en el tiempo dependiendo de su repercusión en las políticas del gobierno (Tornos Mas, 1982, pp. 98-99). Esta ordenación de precios empleaba fundamentalmente técnicas de la actividad de policía administrativa, pues limitaba derechos particulares; no obstante, también podía apoyarse de técnicas de fomento a través de subsidios a ciertos sectores.

Un ejemplo de esta potestad puede apreciarse en el derogado Decreto Ley 21782, publicado en el año 1977, donde se estableció lo siguiente:

> Artículo 1.- Los bienes y servicios cuyos **precios de venta, tarifas y márgenes de comercialización a ser fijados** o reajustados por los Ministerios, **se sujetarán a los mecanismos de Control o Regulación que señala el presente Decreto Ley**.
>
> Artículo 2.- **Para determinar los bienes y servicios** a incluirse en los mecanismos de Control o Regulación, se tomará en consideración los criterios siguientes:
>
> - Incidencia significativa en **el gasto familiar**
> - Carácter básico para la **economía nacional**
> - Concesión de subsidios al producto o a sus insumos (1977) [el énfasis es nuestro].

En dicha norma se advierte que para determinar los bienes y servicios cuyos precios serán controlados, en lugar de emplear criterios de eficiencia económica se emplean criterios políticos. Toda vez que los conceptos de **incidencia significativa en el gasto familiar** o **carácter básico para la economía nacional** eran determinados según las políticas de gobierno.

Una característica que debe ser mencionada es que la potestad de ordenación de precios era realizada de forma genérica, no sobre relaciones jurídicas concretas. Los bienes y servicios cuyos precios debían ser controlados se establecían en abstracto mediante reglamentos emitidos por los ministerios[14]. Bajo este entendimiento, la doctrina incluso consideraba que esto no significaba una injerencia en las relaciones contractuales entre privados, pues la Administración fijaba normas imperativas que los privados debían respetar al momento de contratar (Tornos Mas, 1982, pp. 235-236).

Debido a los procesos de privatización y desregulación que han marcado las últimas décadas, el uso de esta potestad se ha visto bastante reducida. En el Perú, sobre la base de las actuales reglas en materia económica de la Constitución Política de 1993, esta potestad de ordenación de precios se encuentra prohibida. Los artículos 58, 60 y 61 del texto constitucional establecen nuestro régimen económico como una economía social de mercado, donde la iniciativa privada libre, bajo las reglas del mercado, es la premisa base y solo de forma excepcional (y fundamentada en la tutela de otros derechos fundamentales, principios constitucionales o fallas de mercado) se admite la intervención pública en ella (Kresalja Rosselló & Ochoa Cardich, 2009, pp. 458 – 462).

En esta línea se ha pronunciado también el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Expediente 008-2003-AI, al señalar que el mercado no puede ser intervenido por razones políticas. En efecto, se ha mencionado que

> [t]al como ha quedado dicho, uno de los principios rectores que informan al régimen económico de la Constitución es la **función reguladora supletoria del Estado**. Ello porque la economía social de mercado no puede ser confundida con los regímenes de economía mixta, planificada o interventora.
>
> **La labor del cuerpo político, en el contexto de un Estado social y democrático de derecho, no puede ser asociada a la idea de que tenga por regla incidir en la esfera de libertad de los agentes económicos. Su intervención, en lo que al funcionamiento de regular del mercado se refiere, debe configurarse como excepcional** […] (2003, fundamento 49) [el énfasis es nuestro].

El máximo intérprete de nuestra constitución ha precisado en reiterada jurisprudencia (por ejemplo, en la sentencia recaída sobre el Expediente 001-2005-AI) que la libre determinación de los

[14] Decreto Ley 21782, que modifica mecanismo de control y regulación de precios de venta de bienes y servicios. Dicha norma dicta lo siguiente:

> **Artículo 3.- Cada Ministerio normativo de la producción de bienes y/o servicios formulará o modificará las listas de aquellos a ser controlados o regulados**, las cuales serán aprobadas por Resolución Ministerial coordinando en su caso, con el Ministerio normativo de su comercialización y/o utilización o con aquel bajo cuyo ámbito se produzcan bienes o servicios similares.
>
> Los precios de venta, tarifas y márgenes de comercialización de aquellos bienes y servicios no incluidos dentro de los mecanismos de control o regulación a que se refiere el presente Decreto Ley, se regirán por las condiciones del mercado (1977) [el énfasis es nuestro].

precios por parte de los particulares forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa:

> 46. Asimismo, este Colegiado ha establecido que **el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho**.
>
> (i) En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
>
> (ii) En segundo término, **la libertad de organización** contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, **políticas de precios**, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).
>
> (iii) En tercer lugar, está la libertad de competencia.
>
> (iv) En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno […] (2005, fundamento 46) [el énfasis es nuestro].

De esta forma, se reafirma que el control de precios por razones políticas no está permitido según nuestra Constitución, pues forma parte del contenido esencial de la libertad de empresa, cuya limitación debe ser excepcional, por los motivos antes mencionados. Finalmente, resulta imprescindible mencionar que el control político de los precios también está prohibido por una norma con rango de ley, pues el Decreto Legislativo 757, en su artículo 4, señala que "[l]a libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes […]" (1991).

### B. La potestad tarifaria

Es aquella que se reconoce a la Administración exclusivamente para fijar los precios de los servicios públicos. Su desarrollo se gestó el siglo pasado, bajo la concepción tradicional del servicio público, donde esta actividad estaba situada fuera del mercado y bajo titularidad del Estado (régimen de *publicatio*), quien se encargaba de gestionarlos (de forma directa o indirecta) y, por tanto, contaba con una amplia potestad para fijar el precio de la prestación de los mismos (Tornos Mas, 1982, p. 340; 2009, pp. 538-539). De esta forma, cuando el Estado concedía a los privados la gestión indirecta de los servicios públicos, contaba con la potestad de fijar el precio que estos podían cobrar. Este precio recibe el nombre de tarifa.

Sin profundizar sobre la existencia o no del régimen de *publicatio* en los servicios públicos o de la nueva concepción de servicios públicos económicos liberalizados (sobre la cual haremos referencia en el siguiente apartado), lo importante es mencionar que en el Perú está ampliamente aceptada la intervención de precios sobre estas actividades económicas. Esto se debe a la propia naturaleza de estas actividades que requieren de una intensa intervención pública para poder funcionar de forma adecuada (Huapaya Tapia, 2015, pp. 381-382).

Las tarifas de los servicios públicos deben cubrir el costo real de la prestación de servicio y la utilidad para el inversionista (Quintana Sánchez, 2012, p. 77). Pueden manifestarse de formas y grados muy diversos, desde la fijación de precios exactos (en el caso de peajes) hasta la fijación de precios máximos (usualmente en el mercado de telecomunicaciones).

### C. La actividad regulatoria de precios

La actividad regulatoria de precios es muy similar a la potestad tarifaria (se podría decir que en muchos escenarios la ha reemplazado, manteniendo la misma denominación), solo que no se limita a los servicios públicos. Esta constituye una de las técnicas de regulación económica, la cual –bajo una concepción estricta– es aquella que se encuentra presente en sectores donde la operatividad del mercado presenta serias limitaciones o en sectores donde pese a la existencia del mercado, el bien o servicio en cuestión posee un elevado interés público (Esteve Pardo, 2009, pp. 402-404).

De esta forma, la actividad regulatoria se encuentra presente en la intervención pública de la nueva concepción de los servicios públicos económicos[15] (Zegarra Valdivia, 2012, p. 38-42), también deno-

[15] La diferencia con la potestad tarifaria mencionada en el apartado anterior versa sobre la naturaleza de la actividad. Bajo la concepción tradicional de los servicios públicos, estos estaban fuera del mercado y eran de titularidad del Estado, razón por la cual se entendía que era el Estado el encargado de gestionarlo de forma directa (actividad prestacional o empresa pública) o indirecta (a través de concesión a privados), para lo cual se le reconocía la potestad de determinar los precios y tarifas de los servicios públicos. Bajo la nueva concepción de los servicios públicos, estos se han liberalizado y ya no son de titularidad pública, el Estado ya no ejerce la gestión de los mismos, sino los privados. El rol del Estado ahora

minados servicios económicos de interés general, ahora privatizados y sujetos, ahí donde resulte posible, a la libre competencia en el mercado[16] (Esteve Pardo, 2012, pp. 460-482). Sin embargo, es importante reiterar que esta actividad no se limita a los servicios públicos, sino que también podría estar justificada en otros sectores de alta relevancia como, por ejemplo, los productos farmacéuticos.

Sobre el particular, se ha identificado que en sectores con integración vertical y sujetos a altas restricciones (como los derechos de propiedad intelectual de los productos farmacéuticos) también podría estar justificada la actividad regulatoria de precios (Laguna de Paz, 2016, pp. 257-259). Esto debido a que, por su propia configuración, las reglas del mercado no garantizarían el acceso universal a determinados productos, y al ser estos productos esenciales para la satisfacción de ciertos derechos fundamentales (como los medicamentos para el derecho a la salud) justificarían una intervención estatal más intensa. En la situación de emergencia en la que nos encontramos, una medida regulatoria temporal de este tipo no se encontraría carente de sustento.

Esta intervención regulatoria de los precios se encuentra permitida por nuestra Constitución Política. Sus artículos 58 y 59 establecen que la actuación preponderante del Estado en la economía, además de los servicios públicos, se encontrará en los sectores de salud, educación, seguridad e infraestructura (1993). Con la precisión adicional que el ejercicio de la libertad de empresa no puede vulnerar el derecho a la salud de las personas.

En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional al reconocer que el derecho a la libertad de empresa, en términos de libertad de organización (a través de la cual una empresa privada puede establecer sus precios), puede ser limitado para proteger otros derechos fundamentales o principios constitucionales como la salud:

> [s]e pueden extraer conclusiones bastante más categóricas si se procede a determinar la necesidad de la medida adoptada [fijación de precios mínimos]. En efecto, una de las condiciones imprescindibles que debe comportar toda medida limitativa de la libre competencia, es aquella referida al 'mínimo costo'. **Corresponde, pues, determinar si no existían medidas que, siendo igualmente adecuadas a efectos de conseguir los objetivos constitucionalmente legítimos, no resultaban siendo menos restrictivas de los derechos fundamentales de contenido económico**.
>
> Al respecto, es evidente que un programa de empadronamiento de vehículos, una intensificación en las acciones de fiscalización tributaria, una definición clara de estándares de calidad mínimos, un programa de revisión técnica de unidades, así como una severa política sancionadora de la informalidad y el incumplimiento de los requisitos mínimos de calidad en el servicio de transporte, **son medidas menos limitativas de las libertades económicas, e incluso más adecuadas, a efectos de proteger la salud y la seguridad ciudadana** y defender la libre competencia (Expediente 008-2003-AI, 2003, fundamento 53) [el énfasis es nuestro].

El texto citado corresponde a una conocida sentencia sobre un caso de fijación de precios mínimos en el transporte de pasajeros y mercancías, con la finalidad de preservar la salud y la seguridad de los usuarios y de corregir la distorsión en la competencia del mercado formal ocasionada por el mercado informal. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional señaló que la medida no superaba el test de proporcionalidad al existir medidas menos gravosas para la libertad de empresa y más idóneas para realizar los fines que se perseguían.

No obstante, reconoce que, en abstracto, es posible el establecimiento de una regulación de precios, siempre y cuando sea una medida necesaria e idónea para la garantía de ciertos derechos fundamentales o principios constitucionales (en particular servicios públicos, como en el caso de los sectores de salud, educación, seguridad e infraestructura, señalados por el propio texto de la norma fundamental). Por tanto, una actividad regulatoria de precios no constituye una vulneración abstracta a la Constitución.

Sin perjuicio de esto, sí podemos afirmar que la actividad regulatoria de precios se encuentra prohibida por una norma de rango legal, cuando es realizada en sectores que no son servicios públicos. El ya citado artículo 4 del Decreto Legislativo 757 establece en su segundo párrafo que "[l]os únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a

es el de garantizar que su prestación sea efectiva. No obstante, **ya no tiene la potestad implícita y genérica de controlar los precios de los servicios públicos, ahora esta prerrogativa ahora solo puede ser otorgada por ley en situaciones específicas**, solo si es que una intervención de dicha magnitud se considera necesaria.

16 A modo de ejemplo, una técnica de regulación para fomentar la competencia es el mandato de compartición de la infraestructura. En esta situación, la actividad regulatoria de precios permite que la Administración establezca los precios de un acuerdo de acceso a determinada infraestructura de red.

lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República" (1991). En virtud de lo cual, la norma legal que atribuya una potestad regulatoria de precios, deberá además derogar o modificar esta disposición legal.

### D. Las prácticas explotativas en materia de libre competencia (precios abusivos)

Los **precios abusivos** fueron concebidos por la jurisprudencia europea. Entre los casos más famosos se encuentran los siguientes: Asuntos Sirena/EDA[17], General Motors[18] y United Brands Company[19]. La conducta sancionada se realiza cuando un precio establecido por una firma con posición de dominio en el mercado difiere **en exceso** del precio que existiría en un mercado con mayor competencia. Para esta evaluación se consideran los costos de producción del bien o servicio y los cobrados por el mismo concepto en otros mercados.

De esta forma, si bien el Estado no está determinando, ni influenciando la formación del precio, sí puede intervenir al considerar que determinado precio resulta **excesivo** y sancionar al agente económico responsable de la imposición de dicho precio. Así, se ejerce un control indirecto sobre los precios del mercado en aras de proteger al consumidor de precios elevados por parte de un agente dominante en el mercado.

La LRCA peruana no sanciona este tipo de conductas. El artículo 10 (numerales 2 y 5) de nuestra norma es bastante preciso en señalar que solo serán sancionadas las conductas con efecto exclusorio. Es decir, solo se sancionan aquellas que afecten a los competidores reales o potenciales, quedando sin tipificación alguna aquellas que consistan en aprovechar la posición de dominio para incrementar los precios. Por esta razón, nuestra agencia de competencia, Indecopi, no tiene competencias para actuar frente a los incrementos de precios unilaterales.

## IV. EFECTOS NEGATIVOS Y POSITIVOS DEL CONTROL DE PRECIOS MÁXIMOS

Después de haber identificado los diversos mecanismos para el empleo del control de precios por parte del Estado, pasaremos al análisis de los beneficios y desventajas de esta herramienta. Pese a que las técnicas jurídicas para ejercer el control de precios son distintas, los efectos suelen ser similares, pues **se reemplaza el funcionamiento espontáneo del mercado (donde los precios son señales que influyen en las decisiones de los agentes económicos) por una decisión preestablecida**. Por esta razón, en adelante, nos referiremos a las diversas categorías jurídicas de forma genérica como **control de precios**. El contenido del control de precios puede ser variados: precios mínimos, precios máximos, precios determinados, entre otros.

El establecimiento de precios mínimos, por ejemplo, suele utilizarse para la protección de la industria frente a una competencia intensa (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2011, p. 16). Así, los proveedores que incurran en menores costos (por ejemplo, al haber desarrollado economías de escala) no podrán ganar mayor participación de mercado frente a sus competidores (agentes económicos de menor envergadura que no han desarrollado este tipo de economías). Este tipo de regulación, evidentemente, no permitiría que los consumidores accedan a bienes y servicios esenciales, pero su implementación podría ser utilizada dentro de las políticas de reactivación económica después de la pandemia.

Por su parte, el establecimiento de precios máximos busca atender las situaciones donde existe un exceso en la demanda de un bien o servicio que conlleve al incremento significativo en los precios (OCDE, 2011, p. 54). Delimitaremos nuestro análisis a este supuesto, pues es en el que sí se busca la protección de los consumidores frente a los precios elevados. Aunque usualmente es empleada en mercados donde existen importantes restricciones a la entrada de nuevos competidores, por la situación de emergencia en la que nos encontramos, la situación es bastante similar.

A continuación, detallaremos los efectos negativos y los positivos de esta herramienta.

### A. Efectos negativos

Evidentemente, el principal efecto negativo es la pérdida de los beneficios del funcionamiento del mercado. Es decir, el dinamismo de que sean los precios del mercado quienes guíen las decisiones económicas (quién, cuánto, cómo producir) para

[17] Asunto 40/70, Sirena S.R.L. c. EDA S.R.L., Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 18 de junio de 1975.

[18] Asunto 26/75, General Motors Continental NV, Decisión de la Comisión Europea del 19 de diciembre de 1974 y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de noviembre de 1975

[19] Asunto 27/76 United Brands. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 14 de febrero de 1978.

la distribución de recursos, determinando los incentivos para que estos puedan proveer bienes y servicios de la forma más eficiente posible (Mankiw, 2012, p. 85). Al reemplazar al mercado, por una decisión preestablecida de tiempo, se corre el riesgo de alterar el funcionamiento de mercados que por sí mismos hubieran encontrado su equilibrio, incluso en un corto o mediano plazo. Por esta razón, resulta fundamental escoger bien en qué mercados se establecerá el control de precios.

Esto nos lleva al segundo efecto negativo. Como la decisión sobre qué mercados intervenir es muy difícil de determinar (muchas veces las razones detrás de ella incluso pueden ser de índole más política que técnica), es muy probable que se establezcan precios en mercados que hubieran alcanzado un equilibrio de forma autónoma y en un plazo no muy prolongado. Ello genera en una limitación a derechos fundamentales sin lograr los fines buscados, es decir, con más problemas que antes.

Otra razón que se debe señalar es que el establecimiento de un precio máximo puede constituir una enorme barrera de entrada cuando los agentes económicos no están en la capacidad de producir o comercializar el bien o servicio al precio establecido. Es decir, cuando el precio máximo no cubre los costos y márgenes de ganancia de la empresa, esta se verá obligada a retirarse del mercado o a no entrar en él (si es que tenía esa intención). Esta situación ha sido advertida en España, cuando muchos proveedores de mascarillas decidieron no seguir comercializándolas debido a que el precio fijado por el Estado (0,96 euros) no cubría sus costos (El Economista, 2020).

Otro aspecto relevante es la determinación del precio máximo. Como fue mencionado, el precio debe cubrir los costos y asegurar márgenes de inversiones, tanto para no significar una especie de **expropiación regulatoria**, como para no quitar los incentivos de los agentes económicos de participar en el mercado. Esta determinación del precio máximo puede ser sumamente difícil. En primer lugar, porque los costos de los agentes participantes en un mercado son muy diversos, al igual que las expectativas de ganancia al momento de ejercer una actividad económica pueden ser muy variadas.

En una economía como la nuestra, la situación anterior posiblemente degenere en un incremento de la actividad en el mercado negro. En el mercado negro no existen garantías para los consumidores, ni en términos de calidad, ni de precio. Además de las enormes externalidades que este genera, desde la precariedad laboral hasta el incumplimiento de evasiones tributarias y a la debilidad misma de la institucionalidad.

Mas allá de esta situación, aunque la fijación de precios máximos sí posibilita que los agentes compitan ofreciendo precios más bajos, también existen mayores incentivos para vender siempre al precio máximo, incluso a través de concertaciones, principalmente en mercados oligopólicos. De esta manera, los precios máximos restringen de forma intensa la competencia en el mercado.

En el escenario más positivo, incluso si los agentes económicos continúan con la realización de sus actividades de manera formal, al estar los precios controlados, no tienen incentivos para invertir en innovación o mejoras de la calidad. En la medida que, de ese modo, evitarían incurrir en inversiones que posiblemente no podrían recuperar, por lo que la competencia en estos aspectos también se vería afectada de forma considerable.

### B. Efectos positivos

Pese a las razones que acabamos de mencionar, no todos los efectos del empleo de precios máximos son negativos. Como fue mencionado líneas arriba, los precios máximos buscan evitar que los consumidores se vean perjudicados ante el exceso de demanda o la escasa oferta. En el corto plazo pueden traer el equilibrio entre oferta y demanda, permitiendo que no haya desabastecimiento de bienes y servicios esenciales, principalmente medicamentos.

Para evitar los efectos negativos, el control de precios máximos debería contar un margen temporal de corto plazo establecido por ley. De esta forma, los agentes participantes en el mercado (o los potenciales entrantes) no tendrán los incentivos para retirarse de él. Con el objetivo de conservar su posicionamiento en dicho mercado, es posible que cumplan con la regulación de precios máximos sabiendo que, en un mediano plazo, dicho mercado funcionará de forma libre.

Los efectos más positivos de la regulación de precios máximos en el corto plazo pueden apreciarse en empresas con posición de dominio en el mercado. Al ser empresas bien posicionadas, usualmente con espaldas financieras amplias y grandes inversiones en el rubro, sus incentivos para retirarse del mercado son aún menores y están en la capacidad de seguir abasteciendo a precios regulados (siempre que se aseguren sus costos y sus márgenes de ganancia).

El punto central para lograr estos efectos positivos y evitar los efectos negativos de la regulación de precios, es la temporalidad. Esta debería limitarse, por ejemplo, al periodo que dure la epidemia, para que los mercados no se vean distorsionados de

forma grave, pero permitiendo que los consumidores puedan acceder a bienes y servicios esenciales.

## V. ALTERNATIVAS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL PERÚ

Como nos advierte la experiencia nacional y comparada, el control de precios no suele ser la herramienta más beneficiosa. Por dicha razón, frente a los graves problemas por los que atraviesa el país, tenemos las siguientes alternativas: una empresa pública temporal o el subsidio a la industria. Ambas herramientas también poseen diversos riesgos y dificultades, no obstante, su grado afectación a la actividad económica es menor.

### A. La creación de una empresa pública

En cuento a la creación de una empresa pública, esta es una técnica regulatoria ampliamente aceptada en la experiencia comparada, en particular, en Europa. Sin embargo, no debemos ignorar que su empleo genera una considerable afectación al mercado y una importante limitación a la iniciativa privada (Patrón Salinas, 2006, p. 83). Por ello, para la creación de una empresa pública debe existir suficiente justificación, siendo la más sólida de ellas el mal funcionamiento del mercado derivado de una insuficiente oferta privada (Laguna de Paz, 2016, pp. 409-411).

En nuestro ordenamiento jurídico esta técnica regulatoria se encuentra bastante restringida, pues el principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado cuenta con rango constitucional. De tal forma, el artículo 60 de la Constitución Política establece tres requisitos para la creación y funcionamiento de una empresa pública: (i) la autorización por ley expresa del Congreso de la República; (ii) su sustento sobre la base de razones de interés público o la conveniencia nacional; y, (iii) la insuficiente oferta por parte del sector privado (Ruíz Díaz, Martínez Licetti & Quintana Sánchez, 2004, pp. 113-123).

La situación de desabastecimiento ocasionada por la insuficiente oferta y a la imposibilidad de un sector considerable de la demanda de acceder a bienes y servicios esenciales permiten que dos de los requisitos antes mencionados encuentren sustento (evidentemente con data concreta y sistematizada), por lo que solo haría falta una habilitación legal, emitida por el Congreso de la República. Sin embargo, esta no es una decisión que deba ser tomada a la ligera. Por el contrario, hay ciertos aspectos que el legislador y el Poder Ejecutivo deben tomar en cuenta, el primero al momento de permitir la creación de una empresa pública y el segundo al momento de gestionarla:

a) **Focalización**. Los productos o servicios sobre los cuales se ejercerá la actividad empresarial deben estar identificados de forma precisa. No resultaría conveniente el empleo de cláusulas abiertas que permitan a la empresa pública trasladarse de un mercado a otro o ampliar su actividad. Debe determinarse con detalle sobre en qué productos existe en verdad un desabastecimiento que el mercado no podrá solucionar en el corto plazo.

b) **Temporalidad**. La finalidad pública a ser atendida es el desabastecimiento ocasionado por la pandemia, no el reemplazo permanente del privado. Por tanto, la actividad de la empresa pública debería contar con un plazo determinado de operación. La empresa pública tendría como objetivo disciplinar temporalmente las condiciones de mercado y ayudar a equiparar el desbalance entre oferta y demanda.

c) **Promoción de la inversión privada**. Como la actividad de la empresa pública no cuenta con vocación de permanencia, la gestión de la empresa pública no debe descuidar u obstaculizar la reducción de las barreras de entrada. Por el contrario, el objetivo es que paulatinamente la actividad empresarial pública sea suplida por la actividad privada, lo cual requiere el ingreso de nuevos actores al mercado.

   Dentro de este aspecto, se debe considerar el respeto de la disposición constitucional que establece que tanto la inversión pública como la privada se encuentran sometidas a las mismas reglas (1993, art. 60). Esta norma, bajo la línea del principio de paridad de trato, busca evitar que se concedan privilegios a las empresas públicas, las cuales deben competir en igualdad de trato con los agentes privados.

d) **Transparencia**. A fin de evitar el despilfarro de fondos públicos, si se opta por la creación de una empresa pública, debe existir información abierta sobre los fondos públicos que son inyectados a dicha empresa. Esto en línea con el principio de paridad de trato, pues además permite evitar que la empresa pública tenga mayores ventajas para competir con los privados.

### B. Financiamiento y subsidios a la industria

La otra alternativa que tenemos frente a la coyuntura actual es el otorgamiento de subvenciones a las empresas que ofertan servicios o productos

esenciales. Aunque pareciera que el otorgamiento de subvenciones no es una actividad que limite los derechos de los particulares o que deba levantar muchas preocupaciones, en realidad su ejercicio sí conlleva riesgos importantes a ser tomados en cuenta (Bueno Armijo, 2017, pp. 271-273). Por dicha razón, al optarse por esta alternativa, conviene tomar en cuenta los siguientes criterios:

a) **La existencia de filtros objetivos y claros para obtener la subvención o tener acceso al financiamiento**. Es importante que se determinen con precisión los bienes y servicios que requerirán del otorgamiento de estos beneficios, por encontrarse considerablemente afectados o por tratarse de bienes o servicios con alto interés público para la sociedad.

b) **Transparencia**. Esta debe existir tanto en los procedimientos de otorgamiento del financiamiento o subvención, así como en el momento de que estos recursos son manejados.

c) **Competencia por el acceso al financiamiento o la subvención**. Si bien se busca que los privados puedan satisfacer la demanda a un precio más bajo, no se busca distorsionar al mercado de forma tal que se permita la permanencia de agentes ineficientes. Por esta razón, se deben establecer procedimientos para la selección de beneficiarios que promuevan la competencia entre los mismos. El reto de esto es que se cuenta con poco tiempo para su realización.

d) **Seguimiento a las inversiones y al comportamiento de los precios ofrecidos por los privados**. Una vez otorgada la subvención o el financiamiento, debe existir una rigurosa fiscalización para verificar el cumplimiento de los objetivos por los cuales fueron otorgados los beneficios, es decir, para incrementar la oferta a un precio más accesible.

## VI. CONCLUSIONES

Frente a la complicada situación de los mercados debido a la pandemia ocasionada por el brote del COVID-19, se han tomado y se tomarán diversas medidas. Una de estas podría ser el control de precios, especialmente de los bienes y servicios esenciales para la población. Ante esto, es importante considerar las técnicas jurídicas para su aplicación, así como los efectos de la misma.

En cuanto a las diversas técnicas jurídicas empleadas para la aplicación del control de precios, nuestro ordenamiento jurídico vigente solo permite el empleo de la potestad tarifaria y de la actividad regulatoria de precios, ambas exclusivamente en los servicios públicos. No obstante, no es la Constitución Política la que limita la aplicación del control de precios a los servicios públicos, sino el Decreto Legislativo 757. De esta forma, para que en otros mercados de alto interés público (así no sean servicios públicos) se pueda establecer una actividad regulatoria de precios, solo sería necesitaría la modificación o derogación del Decreto Legislativo 757.

Los efectos negativos del control de precios son diversos y riesgosos. En efecto, generan barreras de entrada, reducción de la oferta, menos incentivos para innovar y competir, desviación de las actividades formales al mercado negro, entre otros. Para mitigarlos y lograr la finalidad pública que busca su aplicación (que la mayoría de la población acceda a bienes y servicios esenciales), es de gran importancia determinar lo siguente: (i) los mercados necesiten de dicha intervención; (ii) el precio máximo a ser establecido cubra los costos y otorgue márgenes de ganancia; y, (iii) solo se aplique en un margen temporal de tiempo.

En escenarios críticos los dogmas deben ser dejados de lado. Los remedios extremos pueden resultar útiles. Sin embargo, su empleo requiere del análisis más objetivo e integral posible, debido a la magnitud de sus efectos. Optar por el control de precios implica una restricción considerable de derechos fundamentales y de las reglas de la economía social mercado. Su empleo solo debería ser aceptado si es la única opción de tutelar –en mayor medida– otros derechos fundamentales. Estamos ante un remedio peligroso, cuya aplicación innecesaria o desproporcional puede traer consecuencias peores para la población que la propagación de cualquier enfermedad.

## REFERENCIAS

Ayvar Ayvar, R. (10 de abril de 2020). Los precios y el coronavirus: ¿Intervención o empatía? *Enfoque Derecho.* https://www.enfoquederecho.com/2020/04/10/los-precios-y-el-coronavirus-intervencion-o-empatia/

Banco Mundial (2020). *Global Economic Prospects. June 2020*. https://www.bancomundial.org/es/publication/global-economic-prospects

Bueno Armijo, A. (2017). La concesión directa de subvenciones. *Revista de Administración Pública*, (204), 269-312. https://doi.org/10.18042/cepc/rap.204.10

Defensoría del Pueblo (2020). *Informe Especial 17-2020-DP, Crisis de Oxígeno para pacientes de COVID-19: Alternativas de solución*.

https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2020/06/Serie-Informes-Especiales-N%c2%ba-017-2020-DP.pdf

Diario El Economista (22 de abril de 2020). *Órdago de los proveedores de mascarillas: las retiran de la venta tras la intervención del precio*. *El Economista.* https://www.eleconomista.es/sanidad/noticias/10498759/04/20/Ordago-de-los-proveedores-de-mascarillas-las-retiran-de-la-venta-tras-la-intervencion-del-precio.html

Diario Gestión (2020a, 22 de abril). Más de 7,000 empresas se acogieron a la suspensión perfecta: 75% son mypes, según el MTPE. *Gestión.* https://gestion.pe/economia/management-empleo/mtpe-suspension-perfecta-mas-de-7000-empresas-se-acogieron-a-la-suspension-perfecta-75-son-mypes-segun-el-mtpe-noticia/#:~:text=%E2%80%9CLos%20sectores%20que%20m%C3%A1s%20est%C3%A1n,3.8%20millones%20de%20trabajadores%20formales.

(2020b, 23 de junio). Clínicas privadas: No hay consenso hasta el momento sobre precios para la atención a pacientes COVID-19. *Gestión.* https://gestion.pe/peru/sis-clinica-privadas-clinicas-privadas-no-hay-consenso-hasta-el-momento-sobre-precios-para-la-atencion-a-pacientes-covid-19-noticia/?ref=gesr

Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas – DIGEMID (s.f.). *Observatorio de Productos Farmacéuticos del Ministerio de Salud*. http://observatorio.digemid.minsa.gob.pe/

Esteve Pardo, J. (2009). El encuadre de la regulación de la economía en el Derecho público. En S. Muñoz Machado & J. Esteve Pardo (Dir.). *Derecho de la Regulación. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (pp. 387-405). Iustel.

(2012). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Marcial Pons.

Falla Jara, A., & Bullard González, A. (2002). ¡Prohibido Prohibir!: el fantasma de los precios sugeridos y la fijación de precios de reventa en el derecho de la competencia. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (45), 215-227. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11881

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del Servicio Público en el ordenamiento público peruano. *Ius Et Veritas*, *24* (50), 368-397. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2020). *Comunicado: El Indecopi no tiene facultades para controlar o regular los precios de los productos o servicios*. https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-no-tiene-facultades-para-controlar-o-regular-los-precios-de-los-productos-o-servicios-pero-si-para-que-se-respeten-precios-informados-y-sa#:~:text=El%20Indecopi%20es%20una%20entidad,energ%C3%ADa%20(Osinergmin)%2C%20agua%20y

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2020a). *Informe Técnico: Comportamiento de los indicadores de Mercado laboral a Nivel Nacional*, (2). https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/infome_empleo_nacional.pdf

(2020b). *Informe Técnico: Situación del Mercado Laboral en Lima Metropolitana*, (6). https://www.inei.gob.pe/media/principales_indicadores/informe-tecnico-empleo_marzo-abril-mayo-2020.pdf

(2020c). *Informe Técnico: Variación de los Indicadores de Precios de la Economía*, (6). https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/boletines/informe_precios_mayo2020.pdf

Instituto Peruano de Economía (2020). *Informe IPE VII – Impacto del COVID-19 en la economía peruana*. https://www.ipe.org.pe/portal/informe-ipe-vii-impacto-del-covid-19-en-la-economia-peruana/

Ipsos (2020). *Encuesta Nacional Urbana*. https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2020-06/6980620inf_v2_18jun20_op_integrado.pdf

Irarrázabal Philippi, F., & Muñoz Rojas, F (8 de junio de 2020). Fijación de Precios bajo el Covid-19. *Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez*. https://centrocompetencia.com/fijacion-de-precios-bajo-el-covid-19/

Kresalja Rosselló, B., & Ochoa Cardich, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Laguna de Paz, J. C. (2016). *Derecho Administrativo Económico.* Thomson Reuters.

Organización de las Naciones Unidas para Alimentación y la Agricultura (2020). *Seguimiento y análisis de los precios alimentarios*. http://

www.fao.org/giews/food-prices/price-warnings/es/?page=2&ipp=10&no_cache=1&tx_dynalist_pi1[par]=YToxOntzOjE6IkwiO3M6MToiMiI7fQ==

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2011). *Herramientas para la Evaluación de la Competencia.* Vol. I: Principios. http://www.oecd.org/daf/competition/98765432.pdf

Patrón Salinas, C. (2006). El perro del hortelano: definiendo el rol empresarial del Estado en Latinoamérica. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (52), 75-91. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8825

Quintana Sánchez, E. (2012). Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Púbicos. *Revista de Derecho Administrativo*, 12*(I)*, 75-83. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13491/14118

Ruíz Díaz, G., Martínez Licetti, M., & Quintana Sánchez, E. (2006). El carácter subsidiario de la actividad empresarial del Estado desde una perspectiva de políticas de competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, (22), 107-125.

Tornos Mas, J. (1982). *Régimen jurídico de la intervención de los poderes públicos en relación con los precios y las tarifas*. Publicaciones del Real Colegio de España.

(2009). Regulación de Precios y Tarifas. En: S. Muñoz Machado & J. Esteve Pardo (Dir.), *Derecho de la Regulación. I. Fundamentos e instituciones de la regulación* (538-575). Iustel.

Vinelli Ruiz, M., & Maurer Fossa, A. (24 de abril de 2020). Impacto del COVID-19 en el empleo en el Perú. *Conexión ESAN* [Entrada de blog]. https://www.esan.edu.pe/conexion/actualidad/2020/04/24/impacto-del-covid-19-en-el-empleo-en-el-peru/

Zegarra Valdivia, D. (2012). Del Servicio Público a los servicios de interés general: la evolución del service public en el sistema jurídico. *Revista de Derecho Administrativo*, 12*(I)*, 13-43. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13487/14114

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Código Penal [CP], Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).

Decreto de Urgencia 035-2020, Decreto De Urgencia que establece medidas complementarias para reducir el impacto en la economía nacional, del aislamiento e inmovilización social obligatorio dispuesto en la Declaratoria de Estado de Emergencia Nacional, así como para reforzar sistemas de prevención y respuesta sanitaria, como consecuencia del Covid-19, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de abril de 2020 (Perú).

Decreto de Urgencia 038-2020, Decreto De Urgencia que establece medidas complementarias para mitigar los efectos económicos causados a los trabajadores y empleadores ante el Covid-19 y otras medidas, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de abril de 2020 (Perú).

Decreto de Urgencia 066-2020, Decreto de Urgencia que dicta medidas extraordinarias para incrementar la producción y el acceso a sistemas de oxígeno medicinal para el tratamiento del Coronavirus y reforzar la respuesta sanitaria, en el marco del Estado de Emergencia Nacional por el Covid-19, Diario Oficial *El Peruano,* 4 de junio de 2020 (Perú).

Decreto Legislativo 728, Ley de Fomento del Empleo, Diario Oficial *El Peruano*, 12 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, Diario Oficial *El Peruano*, 13 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM. Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Ley 21782, Modifican mecanismo de control y regulación de precios de venta de bienes y servicios, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 1977 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, 25 de junio de 2008 (Perú).

Ley 31040. Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de agosto de 2020 (Perú).

Oficio 103-2020-PR, mediante el cual el Presidente de la República formuló observaciones a la Autógrafa de ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, 2 de julio de 2020.

Resolución de presidencia del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones 00035-2020-PD, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de marzo de 2020 (Perú).

Resolución 100/2020 del Ministerio de Desarrollo Productivo Secretaría de Comercio Interior. Boletín Oficial de la República de Argentina, 3 de julio de 2020 (Arg.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 4 de mayo de 2020, Resolución 19922 de 2020 (Colom.).

Tribunal Constitucional [T.C.], 06 de junio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 001-2005-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de septiembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 003-2006-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal de Justica de la Comunidades Europeas, 13 de noviembre de 1975, sentencia del Caso 26/75, General Motors Continental NV contra la Comisión de la Comunidades Europeas.

Tribunal de Justica de la Comunidades Europeas, 18 de junio de 1975, sentencia del Caso 40/70, Sirena S.R.L. contra Eda S.R.L. y otros.

10.18800/themis.202002.003

# COMPETENCIA EN TIEMPOS DE CRISIS: REFLEXIONES A PARTIR DEL COVID-19

## *COMPETITION IN TIMES OF CRISIS: REFLECTIONS FROM COVID 19*

**Carlos Mena Labarthe***
**Instituto Tecnológico Autónomo de México**
**Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez**

**Jessica González González****
**Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez**

*Competition agencies are facing an unprecedented scenario as a result of the COVID-19 pandemic. Different from other economic crises, the COVID-19 health crisis has also brought new conditions of social organization with a direct impact on competition policy enforcement.*

*These extraordinary circumstances have brought important considerations for competition law and policy. In Mexico, among other issues, these circumstances have confirmed the need to strengthen the interaction between the competition agency and other regulators, and to have more visibility the treatment of collaborations among competitors. This experience, certainly, represents an opportunity to reconsider key issues that will have an impact on the development of competition policy and competition law.*

*Keywords: crisis; pandemic; COVID-19; competition policy; Mexico.*

*Las agencias de competencia se han enfrentado a un escenario inédito como consecuencia de la pandemia por COVID-19. A diferencia de otras crisis económicas, la emergencia sanitaria ha planteado también nuevas condiciones de organización social con un impacto directo en la aplicación de la política de competencia.*

*Estas circunstancias extraordinarias han traído importantes consideraciones para el derecho y la política de competencia económica. En México, entre otras cuestiones, se ha confirmado la necesidad de fortalecer la interacción entre la autoridad de competencia y otros reguladores, así como de contar con mayor visibilidad sobre el tratamiento a los acuerdos de colaboración entre competidores. Esta experiencia, sin duda, representa una oportunidad para replantear cuestiones que tendrán un impacto en el crecimiento y desarrollo de la política de competencia y su aplicación.*

*Palabras clave: crisis; pandemia; COVID-19; política de competencia; México.*

* Abogado. Máster en Derecho de los Negocios por el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Máster en Regulación Económica (M.Sc.) por la London School of Economics and Political Science (LSE). Ex Titular de la Autoridad Investigadora de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). Profesor en el Instituto Tecnológico Autónomo de México. Socio de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Cuidad de México, México). Contacto: carlos.mena@creel.mx

** Abogada. Master of Laws (LL.M.) por el King's College de Londres. Ex directora de Estudios de Competencia de la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece). Asociada de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Cuidad de México, México). Contacto: jessica.gonzalez@creel.mx

Los autores contaron con la colaboración de Sofía Martínez Godínez, pasante en Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 10 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 2 de noviembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia Económica es una disciplina joven. Su existencia presupone un sistema de economía de mercado protegido por el Estado, que es inherente a un Estado de Derecho moderno. El desarrollo de esta área de práctica jurídica varía en función de cada país, pero si algo podemos aprender del año 2020 es que, en ninguno de ellos, el Derecho de Competencia Económica o las agencias encargadas de su aplicación anticipaban enfrentarse a una pandemia con graves consecuencias económicas a nivel mundial.

A diferencia de otras crisis económicas, la pandemia del COVID-19 resultó también en nuevas condiciones de aislamiento y organización social, las cuales han tenido consecuencias drásticas en el funcionamiento de los mercados. Al cambiar las condiciones de vida de las personas, los mercados han tenido que ajustarse a nuevos equilibrios entre oferta, y demanda de bienes y servicios, que van desde el papel higiénico para uso doméstico (el cual ha enfrentado un exceso de demanda que parece atender al pánico de los consumidores) hasta los ventiladores de uso médico (cuya demanda creció por el aumento de pacientes en los que su vida depende de la disponibilidad del producto). Otros productos y servicios como los ofrecidos por las aerolíneas y los hoteleros han tenido el efecto contrario.

**Figura 1: Cambio en la demanda por categorías de producto en la pandemia**

Fuente: Lozano Meade, G. (2020, p. 5)

Estas alteraciones en la dinámica entre los integrantes de las cadenas de producción y de consumo han traído interesantes consideraciones en materia de competencia económica, y evidencian que el *status quo* cambia rápidamente en los mercados. Las agencias de competencia han implementado acciones y medidas específicas para hacer frente a estos cambios, de acorde a su diseño institucional y la flexibilidad de cada sistema normativo. No obstante, al mismo tiempo, han enfrentado muchos retos. El sistema normativo se ve afectado por un *shock* externo que altera la materia regulada, lo que requiere un ajuste sin precedentes.

En el caso de México, por ejemplo, la crisis derivada de la pandemia confirmó una limitación a la que se enfrenta la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece) en la aplicación de la política de competencia, consistente en lograr una adecuada interacción con otros reguladores y autoridades para alinear la intervención estatal con los principios de competencia. Además, esta situación permitió replantear la necesidad de contar con mayor claridad sobre el tratamiento de acuerdos colaboración entre competidores bajo los principios de competencia.

El presente trabajo se enfoca en estas dos problemáticas en el derecho de la competencia en México, como un ejemplo regional importante, proponiendo para cada uno de los casos alternativas concretas para atenderlas que podrían ser aplicables a otras jurisdicciones.

## II. INTERACCIÓN CON REGULADORES PARA ALINEAR LA INTERVENCIÓN ESTATAL

Uno de los principales retos que ha planteado la pandemia del COVID-19 en la aplicación de la política de competencia (como ha sucedido con otras crisis económicas) es su alineación con la intervención estatal. En efecto, la experiencia ha demostrado que esta puede generar importantes disrupciones en los mercados cuando no se encuentra alineada a los fines perseguidos por la política de competencia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] 2009). Los gobiernos al dictar sus medidas no necesariamente visualizan o valoran los alcances, y repercusiones que pueden tener en la competencia a mediano y largo plazo. En efecto, las crisis resaltan lo urgente y esconden lo importante.

Por ello, las agencias de competencia juegan un papel esencial al asegurar un debido balance para que las acciones tendientes a la recuperación no deriven en afectaciones a la competencia y libre concurrencia que, a largo plazo, afectarán tanto a los mercados como a los consumidores. En este contexto, la OECD recomendó a los gobiernos ser receptivos a las opiniones de las autoridades de competencia en el momento de la planeación de intervenciones estatales en estas coyunturas (2020).

No obstante, desde nuestro punto de vista, resulta importante dotar a las autoridades de competencia de herramientas que les permitan interactuar de manera adecuada con los reguladores y otras autoridades encargadas de emitir decisiones gu-

bernamentales que pudieran incidir en el proceso de competencia. Este aspecto resulta especialmente relevante para el caso de medidas adoptadas en contextos de situaciones extraordinarias.

Por ejemplo, en México, las atribuciones de Cofece para intervenir en este contexto parecieran ser limitadas. Por un lado, Cofece, según lo establecido en la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE), se encuentra facultada para emitir opiniones sobre los posibles efectos en materia de competencia y libre concurrencia que puedan tener los ajustes a programas y políticas públicas, así como reglas, disposiciones, o actos administrativos de carácter general que emitan otras autoridades (LFCE, 2014, art. 12). Sin embargo, estas opiniones no son vinculantes, ni tampoco existe un mecanismo para asegurar una justificación por parte del regulador cuando éste se niegue a aceptar o cumplir con las recomendaciones formuladas, lo cual podría debilitar la atribución[1].

Un ejemplo claro de lo anterior fue una medida de gobierno dictada por México, la cual no tardó en ser altamente cuestionada desde su emisión por parte del Centro Nacional de Control de Energía (Cenace) (Cenace, 2020), así como la posterior Política en el Sistema Eléctrico de la Secretaria de Energía (Secretaría de Energía, 2020). Esta medida dicta la suspensión de pruebas de plantas de energía solar y eólica, utilizando como justificación y soporte la urgencia derivada de la pandemia del COVID-19. Cofece emitió recomendaciones al referido acuerdo (Cofece, 2020c), instando a Cenace a que las medidas que realice sean conforme a estrictos criterios técnicos. Asimismo, se instaba a que no otorgue trato discriminatorio indebido a las centrales eólicas y fotovoltaicas, que determine los alcances de temporalidad de las medidas que tome y que sean realizadas a corto plazo para no generar un desplazamiento indebido a las energías limpias.

Ante la falta de respuesta (y de algún mecanismo para solicitarla) Cofece interpuso una controversia constitucional ante los órganos jurisdiccionales solicitando a la Suprema Corte de Justicia de la Nación que se pronuncie sobre los límites que tiene un regulador sectorial frente a los principios constitucionales de competencia cuando sus acciones afectan las dinámicas competitivas de los mercados (Cofece, 2020a). La controversia fue admitida por la Suprema Corte y se decretó una suspensión de la política en una actuación sin precedentes de parte de la autoridad y el Tribunal Supremo.

Aunque la resolución de este asunto podría sentar bases importantes para la coordinación entre las agencias de competencia y los reguladores, en nuestra opinión, no debería descartarse la idea de implementar algún mecanismo desde la legislación para garantizar una adecuada interacción y contrapeso, y que no dependa de un criterio judicial.

Una alternativa podría ser prever en la legislación de competencia que, una vez recibida una opinión de Cofece en la que se emitan recomendaciones, la autoridad correspondiente informe si acepta dicha recomendación, o bien funde y motive su negativa, la misma que tendría que hacer pública. Si bien este aspecto no garantizaría la remoción de obstáculos regulatorios identificados por la autoridad de competencia, sí podría contribuir a ejercer mayor presión sobre las autoridades para tomar en consideración su opinión y recomendaciones.

Un referente claro de este mecanismo en el sistema mexicano es la normativa aplicable a las recomendaciones que emite la Comisión Nacional de Derechos Humanos (en adelante, CNDH). En efecto, el artículo 46 de la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos señala lo siguiente:

> Artículo 46.
> La recomendación será pública y no tendrá carácter imperativo para la autoridad o servidor público a los cuales se dirigirá y, en consecuencia, no podrá por sí misma anular, modificar o dejar sin efecto las resoluciones o actos contra los cuales se hubiese presentado la queja o denuncia.
>
> En todo caso, una vez recibida, la autoridad o servidor público de que se trate informará, dentro de los quince días hábiles siguientes a su notificación, si acepta dicha Recomendación. Entregará, en su caso, en otros quince días adicionales, las pruebas correspondientes de que ha cumplido con la Recomendación. Dicho plazo podrá ser ampliado cuando la naturaleza de la Recomendación así lo amerite.
>
> Cuando las recomendaciones emitidas no sean aceptadas o cumplidas, se procederá conforme a lo siguiente: a) La autoridad o servidor público de que se trate deberá fundar, motivar y hacer



[1] Es importante mencionar que la LFCE también prevé un procedimiento que permite a Cofece determinar la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia. Este término comprende tanto (i) características estructurales de los mercados, (ii) hechos o actos de agentes económicos en particular; o, (iii) disposiciones jurídicas emitidas por otras autoridades que indebidamente impidan, o distorsionen el proceso de competencia y libre concurrencia. Sin embargo, este procedimiento se utiliza como un mecanismo *ex post,* el cual puede tomar varios años y que, en última instancia, podría culminar en una recomendación que tampoco es vinculante para las autoridades que han emitido la normativa en cuestión.

> pública su negativa, y atender los llamados de la Cámara de Senadores o en sus recesos la Comisión Permanente, a comparecer ante dichos órganos legislativos, a efecto de que expliquen el motivo de su negativa [...] (2014, art. 46).

Como se observa, la CNDH cuenta, además, con la facultad de solicitar al Congreso de la Unión la comparecencia de aquellos titulares de las autoridades responsables cuando estas se nieguen a cumplir con las recomendaciones emitidas por dicho órgano, lo cual ciertamente fortalecería los incentivos para cumplir con las recomendaciones que emite[2].

Esta última cuestión es también relevante si pensamos en el papel que deben jugar las autoridades en la reactivación de la economía en México, y la incidencia que las acciones y decisiones de política pública generen en los mercados. En efecto, Cofece publicó recientemente un documento denominado Propuestas en materia de competencia económica para contribuir a la reactivación de la economía mexicana (2020e). Este documento contiene propuestas concretas para fomentar la competencia en distintos sectores relevantes para la economía nacional tales como farmacéutico, financiero, energético, transporte, entre otros.

Desde nuestro punto de vista, las medidas relacionadas con reformas a regulación, flexibilización en el otorgamiento de permisos, autorizaciones y en procedimientos, entre otras valiosas propuestas podrían resultar más efectivas si existiera un mecanismo similar a aquel con el que cuenta la CNDH, cuando menos para exigir una justificación por parte de los reguladores que no acepten las propuestas o recomendaciones formuladas por la autoridad de competencia.

En adición al anterior punto, se destaca, del listado de propuestas, una modificación a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la Constitución) con la finalidad de facultar a Cofece para iniciar acciones de inconstitucionalidad sobre normas generales que sean incompatibles con los principios de competencia tutelados en la Carta Magna. Esta atribución ciertamente podría contribuir a fortalecer sus atribuciones para eliminar obstáculos regulatorios a la competencia en la normativa estatal y federal que se emita en el futuro.

Contar con una autoridad de competencia que pueda iniciar actuaciones y procedimientos constitucionales directamente ante los tribunales puede ser una excelente medida para el control de obstáculos regulatorios. Además, podría servir como un desincentivo para que las autoridades establezcan este tipo de medidas en primer lugar.

## III. ACUERDOS DE COLABORACIÓN ENTRE COMPETIDORES

### A. Contexto en México

Existe coincidencia entre las agencias de competencia en que cierto tipo de colaboraciones pueden generar eficiencias y beneficios económicos importantes para los consumidores. No obstante, dado que también pueden tener efectos anticompetitivos, en ciertas jurisdicciones, tales como los Estados Unidos o la Unión Europea, existen guías que permiten a las empresas evaluar la compatibilidad de este tipo de colaboraciones con la normativa de competencia (Federal Trade Commission, 2000a).

En México, el tema de las colaboraciones entre agentes económicos competidores ha sido uno en el que tradicionalmente no ha habido gran claridad. Aunque la legislación de competencia no lo señale expresamente, Cofece ha reconocido en distintas ocasiones que las colaboraciones entre competidores podrían lograr efectos positivos en los mercados. De hecho, en el año 2017, la autoridad trabajó en un anteproyecto de guías sobre criterios de análisis de colaboraciones entre competidores (Cofece, 2017) similar al emitido por las autoridades de competencia en Estados Unidos; sin embargo, este fue eventualmente abandonado.

No obstante, en los términos actuales de la LFCE, no existe suficiente claridad para evaluar una colaboración de este tipo. En específico, se identifica la necesidad de contar con mayor certidumbre jurídica de los criterios que la autoridad de competencia utilizaría para determinar cuándo un acuerdo entre competidores podría dar lugar a una práctica monopólica absoluta (en cuyo caso serían ilícitas) o una concentración que tendría que ser autorizada previo a su implementación, si rebasa ciertos umbrales monetarios comprendidos en dicha Ley.

En efecto, la LFCE considera como práctica monopólica absoluta todo acuerdo, arreglo o combi-

[2] Al respecto, la Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, artículo 15, dispone como facultad de la CNDH:

> Solicitar, en los términos del artículo 46 de esta Ley, a la Cámara de Senadores o en sus recesos, a la Comisión Permanente, o a las legislaturas de las entidades federativas, según corresponda se llame a comparecer a las autoridades o servidores públicos responsables, para explicar el motivo de su negativa a aceptar o cumplir las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2017, art. 15).

nación entre competidores que tenga por objeto o efecto (i) la fijación o manipulación de precios; (ii) la restricción de la oferta; (iii) la segmentación de mercados; (iv) la coordinación de posturas para licitaciones; y (v) el intercambio de información que tenga por objeto o efecto cualquiera de los anteriores (LFCE, art. 53, fracciones I a V). Las prácticas monopólicas absolutas son ilícitas *per se* y conllevan importantes sanciones administrativas para las personas físicas o morales que participen en las mismas. Además, para el caso de las personas físicas, estas conductas podrían resultar también en sanciones penales.

En este contexto, los agentes económicos deben determinar si las colaboraciones que pretendan implementar podrían tener como objeto o efecto alguna de las conductas señaladas en el párrafo anterior, en cuyo caso sería considerado como una práctica ilegal *per se*, esto es, que no admite justificación ni defensa en términos de eficiencia. Esta evaluación no resulta sencilla en la práctica, particularmente considerando que no existe un instrumento que contemple los criterios de análisis de la autoridad, ni tampoco un mecanismo claro para obtener orientación sobre este tipo de acuerdos (en adición a aquél implementado en el contexto de COVID-19, cuyo sustento resulta cuestionable, como se explica más adelante).

Por otro lado, los acuerdos de colaboración también pueden constituir "concentraciones" que deben someterse al procedimiento de revisión *ex ante* si superan alguno de los umbrales monetarios previstos en la LFCE. De acuerdo con dicha Ley, el término concentraciones comprende "la fusión, adquisición del control o **cualquier acto por virtud del cual se unan** sociedades, asociaciones, acciones, partes sociales, fideicomisos o activos en general que se realice entre competidores, proveedores, clientes o cualesquiera otros agentes económicos" [el énfasis es nuestro] (LFCE, 2014, art. 61).

En el anteproyecto de guías sobre acuerdos de colaboración, Cofece señaló que podría considerarse que, en el caso de uniones, los acuerdos de colaboración podrían configurar como concentraciones cuando fueran permanentes o de largo plazo si se disminuye considerablemente la competencia entre los participantes o, si existe una transferencia de control o se ejerce una influencia entre ellos con motivo del acuerdo. Estos criterios se desarrollan de manera más exhaustiva en la última propuesta de modificación a las Guías para la Notificación de Concentraciones, la cual se encuentra sujeta a consulta pública, en donde se señala lo siguiente:

> Duración. En la práctica, las concentraciones son diseñadas para ser permanentes o de larga duración, es decir, cuando implique la integración a largo plazo de las sociedades que en ella participan. La Comisión considerará también como un acuerdo de colaboración entre Agentes Económicos aquellos que no cuenten con una duración predeterminada. Es importante señalar que la duración de un acuerdo de colaboración entre Agentes Económicos no deberá considerarse de forma aislada, sino que deberá considerar también la independencia y el alcance.
>
> Independencia. Un elemento importante para identificar si un acuerdo entre competidores constituye una concentración es la creación de un nuevo Agente Económico con autonomía funcional y operacional, entendida como la determinación independiente de estrategias de mercadotecnia, precios, distribución y ventas; así como autonomía financiera.
>
> Alcance. Cuando se celebre un acuerdo de colaboración entre Agentes Económicos, las partes deberán mantener la presión competitiva que se ejercen en los mercados fuera del acuerdo de colaboración. Es decir, un acuerdo de colaboración entre agentes económicos no debe interferir en los activos, precios, producción o cualquier otra variable sensible que pudiera reducir la capacidad o el incentivo de los participantes para competir de manera independiente en mercados o actividades distintos a la materia del acuerdo de colaboración. Asimismo, el intercambio de información entre agentes económicos, especialmente cuando se trate de competidores, deberá limitarse al objeto del acuerdo de colaboración (Cofece, 2020g).

En la práctica, los acuerdos de colaboración generalmente han sido notificados de manera voluntaria, incluso cuando no es claro si constituyen una concentración para efectos de la LFCE, o bien, si actualizan alguno de los umbrales monetarios establecidas en la misma. Este mecanismo ha permitido a Cofece evaluar a través de un procedimiento exhaustivo diversas colaboraciones, incluyendo *joint ventures,* acuerdos para la consolidación de compras (*i.e.,* clubes de compras), así como actividades conjuntas de investigación y desarrollo, entre otros. La problemática consiste en que muchas veces se tiene que convencer a la autoridad de que dicha colaboración encaja en la definición de concentración y que debe ser analizada por esta vía. Además, el procedimiento podría estar imponiendo costos excesivos a colaboraciones que en realidad no necesitan ser reportadas y no tienen ningún efecto anticompetitivo.

De lo anteriormente expuesto, es posible concluir que, en México, no existe suficiente claridad para determinar si un acuerdo de colaboración entre competidores podría configurar dentro de la amplia figura de prácticas monopólicas absolutas, en cuyo caso sería ilícito *per se*, o bien una concentración que tendría que ser revisada por la autoridad de competencia previo a su implementación.

No obstante, de la transcripción anterior y de la postura adoptada por Cofece a raíz de la emergencia sanitaria (como se explica en los siguientes apartados), parecería que existen ciertos acuerdos que no necesariamente se interpretarían como prácticas monopólicas absolutas, pero tampoco serían considerados como concentraciones y, en consecuencia, no podrían ser analizados. Esta situación genera un importante grado de incertidumbre jurídica entre los particulares.

### B. Colaboración entre competidores en tiempos de COVID-19

La importancia de contar con mayor claridad sobre el tratamiento de los acuerdos de colaboración entre competidores se acentuó a partir de las medidas implementadas en México para hacer frente a la crisis derivada de la pandemia por el COVID-19. En efecto, como señalamos al inicio del presente trabajo, a diferencia de otras crisis económicas, la pandemia obligó a las autoridades y particulares a implementar medidas de aislamiento o distanciamiento para evitar la propagación del virus, generando *shocks* en la dinámica de oferta y demanda en los mercados.

En diversas jurisdicciones, se reconoció que estas circunstancias extraordinarias podrían requerir la cooperación temporal entre competidores para asegurar el suministro y distribución de productos, y, en consecuencia, sería necesario flexibilizar el tratamiento de estos acuerdos. Por ejemplo, en los comunicados emitidos por la European Competition Network (ECN) (European Competition Network, 2020) y la International Competition Network (ICN), respectivamente, se señaló que este tipo de acuerdos, limitados en su duración y alcance, podrían ser necesarios para proteger las cadenas de suministro.

Este aspecto es consistente con la sugerencia de la OCDE a las agencias de competencia del mundo de mantener la vigilancia y cumplimiento de las leyes, pero considerando las condiciones de adaptación y priorización en el nuevo entorno económico. Estas condiciones incluyen, entre otras cosas, los siguientes puntos: (i) rapidez y flexibilidad en sus procedimientos, (ii) monitoreo de precios excesivos, y (iii) análisis eficiente de acuerdos de colaboración temporales (OECD, 2020).

Algunos ejemplos relevantes de las posturas adoptadas por autoridades de competencia en relación con este tipo de acuerdos en esta coyuntura son los siguientes a desarrollar.

1. Unión Europea

La Comisión Europea implementó un marco temporal de análisis para este tipo de colaboraciones, en el cual se comprometió a orientar a las empresas sobre posibles formas de cooperación entre empresas para asegurar la oferta y una adecuada distribución de productos o servicios durante la pandemia (Comisión Europea, 2020). Asimismo, para aquellos casos específicos en los que exista incertidumbre sobre la compatibilidad de posibles acuerdos con la normativa de competencia, se implementó un procedimiento específico para proporcionar orientación *ad hoc*, el cual podría incluso terminar con una autorización o carta de compatibilidad (*ad hoc comfort letter*).

2. Estados Unidos

De manera similar, la Federal Trade Commission (FTC) y el Departamento de Justicia (en adelante, DOJ) en Estados Unidos señalaron que, si bien ya existen instrumentos de autoevaluación de acuerdos de colaboración, instaurarían un procedimiento expedito, con duración de siete días calendario, para el análisis y autorización de cooperaciones entre competidores sobre las cuales aún existieran dudas sobre su compatibilidad con la normativa de competencia (Federal Trade Commission, 2020b).

3. Reino Unido

Por su parte, la Competition and Markets Authority (en adelante, CMA) en el Reino Unido emitió una guía explicando a los particulares cómo interpretar los criterios de excepción ya existentes en la normatividad aplicable en el contexto particular de la crisis económica derivada del COVID-19 (CMA, 2020). Cabe resaltar que la CMA no implementó un mecanismo de revisión y/o autorización de este tipo de colaboraciones.

4. México

En México, Cofece también adoptó una postura sobre la aplicación de la legislación en materia de competencia ante la emergencia sanitaria, incluyendo el tema de acuerdos de colaboración entre competidores. Esta postura se determinó a través de un comunicado (Cofece, 2020d), que fue complementado con algunas aclaraciones en un comunicado posterior (Cofece, 2020f) y algunas exposiciones relacionadas realizadas por la Comisionada

Presidenta y el Titular de la Autoridad Investigadora (Palacios Prieto & López Rodríguez, 2020).

De acuerdo con este comunicado, Cofece coincidió en no perseguir acuerdos de colaboración temporales que, en el contexto de la crisis sanitaria, resultaran necesarios para mantener o incrementar la oferta, satisfacer la demanda, proteger cadenas de suministro, evitar escasez o acaparamiento de mercancías, siempre y cuando no tuvieran por objeto principal fijar o manipular precios, reducir la oferta o segmentar el mercado en detrimento de los consumidores. A manera de ejemplo, Cofece hizo referencia a acuerdos de colaboración para (i) compartir activos para generar economías de red y/o alcance que permitieran reducir costos de insumos necesarios, (ii) consolidar actividades de producción y/o licenciar patentes o derechos de propiedad intelectual para la producción de bienes, o (iii) compartir canales de distribución o comercialización.

Sin embargo, a diferencia de otras jurisdicciones, Cofece estableció la obligación por parte de las empresas de informarle sobre este tipo de colaboraciones previo a su implementación, a fin de que se hiciera el análisis correspondiente y, en su caso, los participantes tendrían la seguridad de que no serán investigados. Además, los agentes económicos tendrían la obligación de avisar la conclusión de dichas colaboraciones una vez que concluyera la contingencia o, de lo contrario, podrían ser investigados.

En línea con lo expuesto, para estos casos, los agentes económicos también tendrían la obligación de evaluar si las colaboraciones que se pretenden implementar constituyen una concentración para efectos de la legislación de competencia que, en caso de rebasar los umbrales monetarios en ella establecidos, estaría sujeta a obtener la autorización dentro del procedimiento ordinario de revisión de concentraciones. Es cuestionable que la implementación de esta medida tenga bases legales, colocándola en riesgo de ser invalidada en instancias judiciales. En particular, la imposición a cargo de los regulados de someterse a un procedimiento obligatorio (implementado a través de un comunicado) resulta debatible. Por otro lado, el comunicado no fue claro en señalar cómo se tramitaría este procedimiento expedito, la información que podría ser requerida, o las condiciones o salvaguardas que, en su caso, podrían imponerse.

Este escenario de incertidumbre jurídica pudo haber desincentivado a las empresas para llevar a cabo este tipo de colaboraciones que pudieran resultar útiles en el contexto de la crisis sanitaria, tanto por el riesgo de ser investigados en un futuro en caso de que la colaboración no se autorice (por consideraciones de objeto), o bien que un tercero cuestione este tipo de acuerdos ante los órganos jurisdiccionales competentes. De hecho, a la fecha, no se ha hecho público ningún acuerdo de colaboración aprobado por Cofece, aunque tampoco es claro si este tipo de acuerdos serían públicos como lo son en otras jurisdicciones.

Es importante aclarar que estas observaciones no pretenden desconocer la proactividad y esfuerzo de la autoridad de competencia en México para reaccionar ante una situación extraordinaria. Por el contrario, el objetivo es replantearnos la necesidad de contar con mayor claridad sobre el tratamiento de acuerdos de colaboración entre competidores que ha resultado incluso aún más evidente durante la emergencia sanitaria.

### C. Propuestas de alternativas

En el presente apartado exponemos algunas propuestas que consideramos podrían atender la problemática identificada, consistente en contar con mayor claridad sobre el tratamiento de acuerdos de colaboración entre competidores en México para evitar desincentivar este tipo de prácticas que podrían tener efectos procompetitivos.

1. Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores

En primer lugar, consideramos como punto de partida importante retomar la iniciativa de emitir un instrumento con lineamientos claros y objetivos que permitan minimizar posibles anticompetitivos en el diseño e implementación de colaboraciones entre competidores, pero que al mismo tiempo permitan e incentiven la generación de estos acuerdos que puedan traer beneficios para los consumidores. Como se señaló, en años anteriores la autoridad de competencia en México sometió a consulta pública un anteproyecto de Guía sobre Acuerdos de Colaboración entre Competidores, el cual posteriormente fue abandonado.

Algunos de los elementos que hemos analizado en esta sección y que sugeriríamos fueran reflejados en este instrumento (como se propuso en el anteproyecto) son los siguientes:

a) Objetivo y alcance de los acuerdos de colaboración.

b) Explicación de elementos para analizar si un acuerdo de colaboración puede configurar como una concentración que deba ser autorizada previo a su implementación.

c) Explicación detallada tanto de los posibles efectos procompetitivos y anticompetitivos de este tipo de colaboraciones.

d) Marco analítico aplicable a los acuerdos de colaboración (*i.e*. criterios que serían considerados por la autoridad en el análisis de estos acuerdos).

e) Ejemplos de colaboraciones detallando posibles riesgos anticompetitivos que contribuyan a mejorar su diseño; entre otros.

Un punto importante es que este tipo de instrumentos se someten a consulta pública, lo cual permitiría a los agentes económicos y demás instituciones del sector privado exponer su perspectiva y sus propuestas con la finalidad de enriquecer el contenido de esta guía.

2. Mecanismos existentes en la legislación de competencia: orientaciones generales

En el apartado anterior señalamos que el procedimiento expedito de revisión de acuerdos de colaboración implementado por la autoridad de competencia con motivo de la pandemia por COVID-19 podría ser cuestionado, pues su soporte legal no quedaba del todo claro. Una alternativa podría ser utilizar mecanismos que ya están previstos en el ordenamiento jurídico, de manera que exista mayor certeza sobre su validez y tramitación.

En ese sentido, de manera complementaria al punto anterior, se destaca que la legislación en materia de competencia en México actualmente prevé la posibilidad de que los agentes económicos regulados, e incluso otras autoridades, soliciten a la autoridad orientación general en relación con la aplicación de dicha Ley. Este procedimiento inicia con una solicitud (cuyo contenido mínimo está detallado en las Disposiciones Regulatorias de la LFCE) (Cofece, 2020b) y concluye con una orientación general que no tiene carácter vinculante.

Desde nuestro punto de vista, este procedimiento podría utilizarse como el mecanismo expedito[3] que se pretendió implementar durante la contingencia por COVID-19, no solamente durante este contexto sino también en adelante. En efecto, si bien las orientaciones generales no constituyen una autorización (como lo sería el caso, por ejemplo, del procedimiento de concentraciones) sí permitiría a los particulares contar con mayor certeza jurídica sobre la viabilidad de los acuerdos de colaboración que pretendan implementar desde el punto de vista de competencia, lo cual podría incentivar su realización.

Si esta alternativa se implementa en conjunto con el instrumento de orientación expuesto en el apartado anterior, se esperaría que este mecanismo se utilice en aquellos casos complejos en los cuales continúan existiendo dudas sobre la compatibilidad de los acuerdos con los principios de competencia.

Finalmente, este procedimiento actúa como un mecanismo de comunicación entre la autoridad y el regulado, que permitiría una mayor interacción bajo reglas claras y previamente establecidas. Desde nuestro punto de vista, esta alternativa permitiría incentivar la implementación de este tipo de acuerdos que podrían generar efectos procompetitivos en los mercados.

## IV. CONCLUSIONES

Parte del crecimiento y desarrollo de una rama jurídica implica experimentar con situaciones de crisis que la transformen y fortalezcan. En el caso de México, la crisis económica mundial que ha traído la pandemia por COVID-19 nos ha permitido reflexionar sobre diversas necesidades en el derecho de la competencia que, si bien existían previo a esta situación, se acentuaron con motivo de esta. Por ello, consideramos que la coyuntura representa una oportunidad para replantear y reforzar diversas cuestiones, en particular, la interacción con otros reguladores y el tratamiento de acuerdos de colaboración entre competidores.

Como se explica en este trabajo, las autoridades de competencia necesitan demostrar su relevancia y la importancia de seguir las reglas del juego para que el mercado funcione adecuadamente. Existe un alto riesgo de sobre intervención estatal que deje daños permanentes en los mercados. Esta situación reforzó la necesidad de contar con un mecanismo adecuado que permita fortalecer las atribuciones de la autoridad de competencia para reducir riesgos de intervenciones estatales que incluyan obstáculos regulatorios. Por ello, se propone adicionar a la legislación de competencia un mecanismo que permita exigir a la autoridad de competencia una justificación por parte de los reguladores que decidan no acatar sus recomendaciones.

[3] El plazo previsto para que la autoridad emita una orientación general es de hasta 30 días hábiles (prorrogables hasta por una ocasión en situaciones complejas) contados a partir de que se considere recibida la información necesaria para dicho propósito.

Por otro lado, un tema que también se acentuó durante la crisis por COVID-19 fue el tratamiento de los acuerdos de colaboración entre competidores. En respuesta a la emergencia sanitaria, la autoridad de competencia en México propuso un mecanismo de notificación obligatoria de colaboraciones entre competidores; no obstante, el sustento legal de esta medida es debatible, lo cual podría haber desincentivado su uso.

Desde nuestra perspectiva, es crítico contar con un instrumento que permita a los agentes económicos realizar una autoevaluación de colaboraciones que pretendan poner en marcha y que podrían generar eficiencias importantes para los consumidores, como se observó en esta coyuntura. Por ello, se propone retomar el proyecto de emitir una guía sobre el tratamiento a acuerdos de colaboración, así como promover el uso de un procedimiento ya existente en la legislación mexicana para orientar a los particulares cuando existan dudas específicas sobre su compatibilidad con los principios de competencia. Esto permitiría minimizar posibles riesgos anticompetitivos y, simultáneamente, incentivar la generación de acuerdos que sean deseables para los mercados.

La coyuntura actual presenta la necesidad de contar con autoridades creativas que vean alternativas para el logro de los objetivos regulatorios y la aplicación de la legislación de competencia en beneficio del proceso de competencia.

**REFERENCIAS**


Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2020a). *COFECE interpone controversia constitucional contra la emisión de la Política de confiabilidad, seguridad, continuidad y calidad en el Sistema Eléctrico Nacional.* https://www.cofece.mx/cofece-interpone-controversia-constitucional-contra-la-emision-de-la-politica-de-confiabilidad-seguridad-continuidad-y-calidad-en-el-sistema-electrico-nacional/

(2020b). *Competencia Económica en tiempos de Covid-19.* https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf

(2020c). *Emite COFECE recomendaciones referentes al Acuerdo del CENACE. Comisión Federal de Competencia Económica*. https://www.cofece.mx/emite-cofece-recomendaciones-referentes-al-acuerdo-del-cenace/

(2020d). *Postura de la COFECE en términos de la aplicación de la Ley de Federal de Competencia Económica ante la emergencia sanitaria*. https://www.cofece.mx/postura-cofece-ante-emergencia-sanitaria/

(2020e). *Propuestas en materia de competencia económica para contribuir a la reactivación de la economía mexicana.* https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/10/reactivacion.pdf

(2020f). *Respuesta a preguntas relacionadas con el comunicado COFECE-012-2020.* https://www.cofece.mx/respuesta-a-preguntas-relacionadas-con-el-comunicado-cofece-012-2020/

Comisión Europea (2020). *Temporary Framework for assessing antitrust issues related to business cooperation in response to situations of urgency stemming from the current COVID-19 outbreak*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020XC0408(04)&from=en

Competition and Markets Authority [CMA] (2020). *CMA approach to business cooperation in response to COVID-19*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/875468/COVID-19_guidance_-.pdf

European Competition Network [ECN] (2020). *Antitrust: Joint Statement by the European Competition Network (ECN) on application of competition law during the Corona crisis*. https://ec.europa.eu/competition/ecn/202003_joint-statement_ecn_corona-crisis.pdf.

International Competition Network [ICN] (2020). *ICN Steering Group Statement: Competition during and after the COVID-19 Pandemic.* https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2020/04/SG-Covid19Statement-April2020.pdf

Lozano Meade, G (2020). Los hábitos del consumidor no volverán a ser los mismos después del COVID-19. *EY.* https://www.ey.com/es_mx/covid-19/habitos-del-consumidor

Organización para la Cooperación y Desarrollo económicos [OECD] (2009). *Competition and the Financial Crisis.* https://www.oecd.org/competition/sectors/42538399.pdf

(2020). *Competition policy actions for governments and competition authorities.* https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf.

Palacios Prieto, A., & López Rodríguez, S. (2020). *Competencia económica en tiempos de COVID-19* [presentación]. Cofece. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/04/ANADE-COVID.-VF.pdf

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Acuerdo para garantizar la eficiencia, Calidad, Confiabilidad, Continuidad y seguridad del Sistema Eléctrico Nacional, con motivo del reconocimiento de la epidemia del Covid-19 del Centro Nacional de Control de la Energía, de 29 de abril de 2020.

Acuerdo por el que se emite la Política de Confiabilidad, Seguridad, Continuidad y Calidad en el Sistema Eléctrico Nacional de la Secretaría Nacional, de 15 de mayo de 2020.

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2017). *Anteproyecto de la guía sobre acuerdos de colaboración entre competidores,* noviembre de 2017. https://www.cofece.mx/conocenos/secretaria-tecnica-2/consultas-publicas/

(2020g). *Anteproyecto de Modificación a la Guía para la Notificación de Concentraciones*. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/10/ANTEPROYECTO-DE-MODIFICACION-A-LA-GUIA-PARA-LA-NOTIFICACION-DE-CNTs.pdf

Comunicación de la Comisión. Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 2011 O.J. (C 11) 1.

Disposiciones Regulatorias de la Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación [DOF], 10-11-2014, últimas reformas DOF 01-08-2019 (Méx.).

Federal Trade Commission (2020a). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf.

(2020b). *Joint Antitrust Statement Regarding COVID-19.* https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/1569593/statement_on_coronavirus_ftc-doj-3-24-20.pdf.

Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], Diario Oficial de la Federación [DOF], 10-11-2014, últimas reformas DOF 04-03-2020 (Méx.).

10.18800/themis.202002.004

# LA INDEPENDENCIA DEL INDECOPI EN TIEMPOS DE CRISIS: A PROPÓSITO DEL RIESGO DE PRESIÓN POLÍTICA EN LA AGENCIA DE COMPETENCIA PERUANA

## *INDECOPI'S INDEPENDENCE IN TIMES OF CRISIS: REGARDING THE RISK OF POLITICAL PRESSURE ON THE PERUVIAN COMPETITON AGENCY*

**Jeysson Sandoval Valer***
**Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería**

**Boris Saldaña Solari****
**Latam Airlines Perú**

**Carlos Martinez Álvarez*****
**Tribunal Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental**

*The independence of competition agencies is vital to guarantee that they operate in an objective and technical manner. Multiple papers have been written about the importance of stablishing a solid institutional framework that protects these entities from foreign influences, referring mostly to pressure from economic actors. However, they are not the only ones interested in interfering with the decisions made by competition agencies, political actors are too.*

*In this article, the authors evaluate the institutional framework of Indecopi, the Peruvian competition agency, and determine whether or not it guarantees the institution's independence against political pressures. For this, they utilize historical, comparative and case based analysis. Additionally, the authors evidence how crisis situations increase the risks associated with a lack of independence. Finally, they propose possible solutions that can be employed to reduce said risks.*

*Keywords: Indecopi; competition agency; independence; political pressure; COVID-19.*

*La independencia de las agencias de competencia es vital para garantizar que estas operen de forma objetiva y técnica. Múltiples trabajos se han escrito respecto de la importancia de establecer un marco institucional sólido que proteja a estas entidades de influencias externas, refiriéndose mayormente a presiones por agentes económicos. Sin embargo, estos últimos no son los únicos interesados en intervenir en las agencias de competencia, puesto que también lo están los actores políticos.*

*En este trabajo, los autores analizan el marco institucional del Indecopi, la agencia de competencia peruana, y evalúan si este garantiza su independencia frente a presiones políticas. Para ello, desarrollan un análisis histórico, comparado y casuístico del funcionamiento reciente de esta entidad. Asimismo, evidencian cómo las situaciones de crisis incrementan los riesgos asociados a la falta de independencia. Finalmente, proponen recomendaciones para reducir dichos riesgos.*

*Palabras clave: Indecopi; agencia de competencia; independencia; presiones políticas; COVID-19.*

* Abogado. Especialista legal en Hidrocarburos en el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Lima, Perú). Contacto: jsandovaler@hotmail.com

** Abogado. Estudios concluidos en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico. Especialista en temas de regulación, competencia y derecho aeronáutico. Sub Gerente Legal en Latam Airlines Perú (Lima, Perú). Contacto: boris.saldana@hotmail.com

*** Abogado. Abogado en materia de energía y minería en el Tribunal Ambiental del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (Lima, Perú). Contacto: cmartinezalvarez17@gmail.com

Algunas ideas del presente trabajo forman parte de la tesis de investigación que se encuentran realizando los autores para optar por el grado de magíster en la Maestría de Derecho Administrativo Económico de la Universidad del Pacífico.

El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 9 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Las crisis, como la que vivimos actualmente producto del COVID-19, sacan a relucir nuestros peores problemas. Muestran aquél lado que buscamos esconder como sociedad y como individuos. Quizá por ello sea entendible que en momentos como este se exija mayor intervención del Estado en la economía frente a situaciones que, para la gran mayoría, resultan injustas.

Sin embargo, una cosa es sostener que en determinadas circunstancias se necesita la intervención estatal, y otra muy distinta es aceptar cualquier tipo de intervención. Así como el mercado presenta fallas, el Estado también las tiene y es bueno no olvidarlo, pues muchas veces una intervención estatal puede resultar contraproducente.

Pero, **¿qué tiene que ver todo esto con la independencia del** In**stituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi)?** Mucho. El Estado aglomera una serie de entidades que se desenvuelven en un escenario en el que participan distintos agentes, entre ellos, los políticos. Como parte del proceso democrático, los agentes políticos delimitan el camino que deben recorrer las entidades públicas para concretar los lineamientos de gobierno, lo cual no necesariamente es algo negativo. No obstante, algunas veces, la intensidad de esta relación resulta perjudicial para determinadas entidades por los temas que abordan, como sucede con un organismo como el Indecopi, la agencia de competencia peruana[1].

Las agencias de competencia surgen dentro de la búsqueda de un Estado neutral (Torre, 2005, pp. 479-480; Bilbao, 1999, p. 164; Sala Arquer, 1984, p. 402). Es decir, un Estado que, si bien interviene en la economía, lo hace bajo fuertes dosis de objetividad y desprovisto de presiones políticas, que siguen otras reglas. La neutralización política aparece como una respuesta frente al riesgo de intervenciones arbitrarias en temas sensibles para la ciudadanía por su trascendencia económica y social (Salvador Martínez, 2002, p. 30; Sala Arquer, 1984, p. 409).

La presión política se muestra así como un riesgo constante para la independencia de una entidad como el Indecopi, que marca las reglas de juego[2] en el mercado y, con ello, el ejercicio de muchas de nuestras libertades económicas. Un riesgo que se agudiza en momentos como el que vivimos por el COVID-19 o el que se avecina producto de la crisis económica que nos dejará la pandemia, donde es previsible asumir que muchos políticos exigirán mayor intervención estatal en la economía con la justificación de atender las demandas ciudadanas.

Por estos motivos, pese a que pocos se atreverían a poner en tela de juicio la independencia de la agencia de competencia peruana, consideramos necesario preguntarnos: **¿acaso el marco legal actual protege la independencia del Indecopi frente al riesgo de influencia o presión política?** De no ser así, ¿qué medidas se pueden tomar para disminuir dicho riesgo?

## II. SOBRE LA INDEPENDENCIA DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA

### A. ¿Por qué es importante garantizar la independencia de la agencia de competencia?

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), la independencia de las agencias de competencia debe garantizarse, pues se necesita un marco regulatorio sólido en donde exista claridad sobre la determinación de las conductas permitidas y sancionadas en el mercado, ya que de ello depende que un agente económico decida ingresar a un mercado, mantenerse en él o, en todo caso, elegir otro en donde la aplicación de las reglas se encuentre libre de presiones externas (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2014, p. 31).

No olvidemos que la regulación se ha convertido en una de las principales figuras para promover la competencia entre países y hacer más atractivos a sus mercados. Por este motivo, a través de diversos trabajos, la OCDE recomienda la creación de comisiones o agencias independientes con la finalidad de garantizar la autonomía y transparencia

[1] A efectos de facilitar la lectura del presente trabajo, se emplea el término agencia de competencia peruana para hacer mención al Indecopi. No obstante, se precisa que el término agencia de competencia está circunscrito a aquellas entidades que tienen funciones en materia de libre competencia y competencia desleal; mientras que en el caso del Indecopi, además de estas funciones, esta agencia aborda temas de protección al consumidor, restructuración de empresas, eliminación de barreras burocráticas ilegales o irrazonables, control de dumping y subsidios, entre otros.

[2] Estas reglas de juego las plantea la agencia de competencia peruana a través de su normativa, así como con el ejercicio de sus funciones de fiscalización y la emisión de jurisprudencia. Al respecto, el concepto de regulación implica el establecimiento de una regla de conducta, por lo que estas no están limitadas a la emisión de leyes, sino también abarcan toda actuación del Estado que implique la adopción de un determinado comportamiento (Grabosky, 1995, p. 347).

de sus acciones y la aplicación objetiva del marco regulatorio (Cuadrado & Carrillo, 2015, p. 85).

La falta de independencia de la agencia de competencia afecta la política de competitividad de un país y, de ese modo, puede incluso inhibir su capacidad de innovación (De León, 2004, p. 5; Urbano & Sánchez, 2014, p. 84). Además, la inversión extranjera en el Perú tiene una relación directa con los estudios de Riesgo País (Sarmiento, 2011, pp. 4-5), en donde se analizan elementos de "institucionalidad" como la independencia de la agencia de competencia. Una agencia de competencia sólida y protegida de injerencias externas genera confianza e incentiva la inversión de capital nacional y extranjero, lo que constituye el primer paso para el desarrollo económico.

La independencia de la agencia de competencia es, pues, un medio indispensable para lograr que esta funcione como un árbitro neutral en el mercado, que emita decisiones sobre la base de consideraciones objetivas y sustentadas. Solo así se podrá generar confianza y predictibilidad frente a los agentes que interactúan en el mercado, ya sean empresas o consumidores.

### B. De la independencia formal a la independencia real

¿Cómo se mide la independencia de una agencia de competencia? Esta es, sin duda, una pregunta clave, pues implica distinguir entre independencia formal e independencia real o de facto. Para estos efectos, siguiendo el índice de independencia formal desarrollado por Gilardi (2010, p. 4), este tipo de independencia se consolida en cuatro dimensiones:

- **Primera dimensión:** se analiza el periodo de mandato del presidente de la agencia o la junta directiva, pero también se analiza si los funcionarios de la agencia son nombrados por un solo actor o por un procedimiento más amplio, si pueden ser despedidos, si resulta posible la renovación del nombramiento, la compatibilidad con otras oficinas y si la independencia de un funcionario es un requisito explícito (Gilardi & Maggetti, 2010, p. 5).

- **Segunda dimensión:** está referida a la relación entre la agencia y los políticos. Por ejemplo, si la independencia de la agencia se declara formalmente. Esta dimensión exige preguntarnos cuáles son sus obligaciones formales y bajo qué condiciones se pueden revocar sus decisiones.

- **Tercera dimensión:** aquí se encuentra la independencia financiera y organizativa de la agencia. Por lo habitual, implica verificar si su fuente de financiamiento proviene de ingresos públicos generales o si es autofinanciada por las multas que impone a las empresas, entre otros. Por ello, el presupuesto resulta un punto crítico para la influencia indebida (OCDE, 2016a, p. 5). Asimismo, se analiza si la agencia es libre de organizar su estructura interna y política de personal[3].

- **Cuarta dimensión:** finalmente, se analizan las competencias regulatorias, como son la elaboración de normas, la supervisión que realiza la agencia de competencia y la imposición de sanciones.

Sin embargo, la independencia formal no asegura que exista una independencia de facto o real. Esta última implica que, por encima de la independencia formal, la agencia puede tomar sus decisiones en función al interés general y en cumplimiento de su mandato (Tellez Cañas, 2016, p. 105).

Para Maggetti, la independencia de facto cuenta con dos componentes: por un lado, la autodeterminación de las preferencias de la agencia, y por el otro, que cuente con autonomía para cumplir con sus actividades tanto respecto de los gobernantes como de los supervisados (2007, p. 272).

Resulta importante señalar que la independencia de facto depende de varios factores. Uno de los más importantes es el contexto en el que opera la agencia de competencia, pues como parte del sistema administrativo se ve afectada inevitablemente por condiciones políticas y económicas. De este modo, las reglas o tradiciones no escritas pueden aumentar o disminuir el nivel de independencia (OCDE, 2016a, p. 18).

Cuando hablamos de la independencia de facto no solo debemos pensar en la influencia externa, sino también en aspectos presupuestales, la organización interna y otros (Gilardi & Maggetti, 2010, p. 278). No resulta suficiente que la independencia de la agencia de competencia se asegure únicamente

[3] Por su parte, el Banco Mundial ha resaltado la independencia de las agencias de competencia para los bloques de construcción institucional, que comprende la independencia organizativa, separada de ministerios o departamentos; financiera, adecuada y segura fuente de financiamiento; y de gestión, autonomía sobre la administración interna (2006, p. 50).

a través de instrumentos legales (independencia formal), cuando en la práctica dichos candados no salvaguardan el desempeño de sus funciones libre de cualquier tipo de interferencia. Por lo expuesto, cobra vital importancia asegurar también la independencia de facto, que en la práctica resulta aún más importante que la formal, sobre todo frente a presiones externas.

## III. LA INDEPENDENCIA DE LA AGENCIA DE COMPETENCIA FRENTE AL RIESGO DE PRESIÓN O INFLUENCIA POLÍTICA

### A. De la influencia económica a la influencia política

La imagen del mercado perfecto ha quedado superada, toda vez que la realidad nos ha demostrado que los mercados tienen fallas. Son estas fallas las que suelen justificar la intervención del Estado en la economía (Breyer, 2006, pp. 10-13; Ogus, 2006, pp. 274-275)[4], la cual puede darse a través de diversas entidades, siendo la agencia de competencia una de las más importantes.

Sin embargo, el Estado, así como el mercado, también tiene defectos (Stiglitz, 1995, pp. 15-16) ¿Por qué debemos tener clara esta idea? Porque pone en evidencia que, muchas veces, la intervención estatal, sea para regular o fiscalizar, puede estar motivada por cuestiones distintas a los fines que formalmente dice perseguir. Así como el mercado se sustenta en las decisiones adoptadas por nosotros, los privados[5], el Estado también está conformado por personas de carne y hueso que tienen sus propias motivaciones o pueden verse limitadas por el complejo entramado de relaciones que configura a la organización estatal.

De este modo, la intervención de la agencia de competencia, como entidad del Estado, puede estar condicionada a cuestiones que se encuentran fuera de los muros legales, pero que transitan muy cerca de ellos superándolos en algunas ocasiones, como sucede con la influencia de los agentes económicos y políticos.

Como mencionamos al inicio, una agencia como el Indecopi trata temas que son sensibles para la sociedad. Por ejemplo, muchas empresas prestan atención a las agencias de competencia debido a que mediante la decisión sobre un caso pueden establecerse determinadas pautas sobre libre competencia o competencia desleal, como permitir acuerdos entre dos competidores o las reglas comerciales aplicables entre los ofertantes en un mercado.

La relevancia de estas materias motiva a que los **agentes económicos** busquen influir en el proceso de toma de decisiones de dicha entidad, ya sea de forma directa o indirecta. La dinámica entre ambos actores, en la cual las empresas buscan influir en la agencia de competencia para tener un escenario más amigable, ha llevado a señalar que existe **un riesgo de captura** (Baldwin, Cave & Lodge, 2013, p. 83), el cual puede darse por diferentes medios que no son necesariamente ilícitos[6].

Pero ello no queda ahí en el caso de la agencia de competencia peruana, que también aborda temas que tienen una connotación más mediática de cara a la ciudadanía, como sucede, por ejemplo, en materia de consumidor, control de barreras burocráticas, entrada de productos con precios menores al marginal (control de *dumping* y subsidios) o incluso la reestructuración o liquidación de una empresa (procedimientos concursales). En estos casos se generarían incentivos para que los **agentes políticos** presionen a dicha agencia a adoptar medidas populistas sin valorar su impacto a mediano o largo plazo.

De esta manera, **si bien la idea de la captura del Estado por parte de las empresas es lo que más se escucha, no deja de ser incompleta. También es posible que concurran otras figuras, como es el caso de la influencia que pueden ejercer otros grupos de interés, como los agentes políticos.** Como señala Stigler, cuando el Estado busca intervenir en los mercados puede generar consecuencias que no necesariamente maximizan el bienestar general de la sociedad, ya que se enfrenta a la presión de los agentes políticos o a la captura por los agentes económicos (1971, p.10).

Entonces, podemos concluir que la agencia de competencia, como parte del Estado, puede en-

[4] Otras justificaciones a la intervención estatal suelen ser la protección a los derechos humanos y promoción de la solidaridad social (Baldwin, Cave & Lodge, 2013, pp. 15-25).

[5] El mercado, según definen los economistas, no es otra cosa que la sumatoria de decisiones que adoptan los compradores y vendedores, quienes, por medio de sus interacciones reales o potenciales, determinan el precio de un producto o servicio, o de un conjunto de éstos. Al respecto, véase Pyndick & Rubinfeld (2009, p. 707).

[6] Por ejemplo, la capacidad de las empresas reguladas para dominar la interpretación de las obligaciones reglamentarias está vinculada a los recursos de las empresas, tanto en términos de organización como de información. Puede pensarse que los profesionales de la regulación forman comunidades epistémicas que cruzan oficinas gubernamentales y reguladoras, y empresas reguladas (Scott, 2001, p. 11).

frentar dos tipos de captura: la económica, por parte de las empresas que supervisa, pero también, la política.

### B. Un riesgo latente: sobre la influencia o presión política como riesgo a la independencia del Indecopi

Muchas veces, los políticos presionan a las entidades públicas en un esfuerzo por asegurar el respaldo de la ciudadanía. Asumen posiciones que a su juicio son correctas, pero que no siempre tienen los efectos esperados, ya que no se parte de un análisis objetivo del problema que se busca abordar.

Por esta razón, las decisiones de una agencia de competencia no deben estar sujetas a criterios políticos (Escolan & Schatan, 2017, p. 40), ya que suelen sustentarse en una lógica de "aceptación popular", por la cual se prioriza la adopción de decisiones que quizá resultan políticamente rentables (Stigler, 1971, p. 3). Sin embargo, a la larga, pueden terminar afectando a los propios consumidores o, incluso, beneficiando a determinados grupos de interés (Cuadrado & Carrillo, 2015, p. 82).

El populismo alcanza resultados en el corto plazo, pero a menudo sus efectos son decepcionantes en el mediano y largo plazo. **Existen diferencias entre el enfoque técnico y el populista. Es importante resaltar ello, ya que en países con poca institucionalidad como el nuestro, la mayoría de agentes políticos buscan réditos a través de medidas populares, sacrificando el análisis técnico, la evaluación de opciones y el buen diseño de las políticas públicas. Un actuar como este supone anteponer la acción antes que la reflexión, lo que va en contra de los principios elementales de planificación de los entes públicos** (Moncayo, 2010, p. 133).

La influencia de los agentes políticos debe limitarse para evitar injerencias en decisiones de carácter técnico; de lo contrario, las entidades públicas como el Indecopi podrían emitir decisiones cargadas de sesgos, lo cual termina siendo perjudicial bajo una mirada a largo plazo.

La influencia política en la agencia de competencia no solo socava su imparcialidad, sino también, junto con ella, afecta la competencia y eficiencia del mercado, pues muchas veces se busca restringir el ingreso de nuevos operadores que dinamicen la competencia, sin importar el perjuicio a los consumidores (Esteve Pardo, 2008, p. 322).

Esto es peligroso para el mercado, porque la economía capturada prefiere a las conexiones por sobre la libre competencia, y a la influencia más que la innovación. **La captura se alimenta de la inversión privada en la política, lo que debilita al Estado y atenta contra las reglas propias del mercado.** Al mismo tiempo, puede ocasionar una reducción en la inversión privada, extranjera y nacional, y obstaculizar el ingreso de empresas pequeñas y medianas al mercado (Hellman & Kaufmann, 2001, p. 34).

Según vemos, existe un riesgo latente de interferencia o presión política en las agencias de competencia. Sin embargo, para comprender mejor este riesgo en el caso del Indecopi es necesario conocer su historia y comparar su marco legal actual con el de las agencias de competencia de otros países.

## IV. EL INDECOPI Y SU POSICIÓN DENTRO DEL APARATO ESTATAL: ANÁLISIS HISTÓRICO, COMPARADO Y CASUÍSTICO

### A. Un breve repaso histórico

En 1993 se emitió la nueva Constitución Política del Perú, la cual estableció una serie de principios económicos, entre ellos el rol subsidiario del Estado, la iniciativa privada, la libre competencia, la igualdad de las inversiones y la protección del consumidor. Estos principios permitieron que se promueva un mercado de libre entrada y salida, se brinde un trato igualitario a la inversión extranjera, se establezca una protección a los consumidores y, sobre todo, se modifique el rol del Estado, quien se convirtió en el principal vigilante de la libre competencia.

Para tutelar estos principios se creó el Indecopi, que desde sus inicios estuvo vinculado con entidades de orden político. La agencia de competencia peruana entró en operación en 1993 y dependía del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales de aquél entonces, aunque gozaba de cierta autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Posteriormente, en 1998, con la entrada en vigencia de la Ley 26923, este organismo quedó adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM)[7], lo que se mantiene hasta la fecha.

Después de más de una década en funcionamiento, en el año 2008, se consideró conveniente

[7] Existen normas posteriores que confirman la adscripción del Indecopi a la PCM, como el Decreto Legislativo 1033.

generar una reforma institucional en el Indecopi[8] con miras a diseñar procedimientos administrativos más garantistas y mejorar la protección de los consumidores, la competencia y la propiedad intelectual. Para estos fines, se emitió el Decreto Legislativo 1033, el cual aprobó la Ley de organización y funciones del Indecopi.

Estos cambios hicieron necesario adecuar la organización y estructura interna de la agencia de competencia peruana, razón por la cual, el Poder Ejecutivo emitió el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi[9]. De acuerdo a este reglamento, el órgano de máxima jerarquía institucional en dicha entidad es el Consejo Directivo, el cual se encuentra integrado por cinco miembros, uno de los cuales lo preside. Asimismo, el presidente del Consejo Directivo es designado directamente por el Presidente de la República, entre los candidatos propuestos por la PCM. Por su parte, los miembros del Consejo Directivo son designados mediante resolución suprema refrendada por la PCM, quedando su composición como el gráfico mostrado.

Lo antes expuesto evidenciaría, pues, que la agencia de competencia peruana mantiene un fuerte acercamiento con agentes de corte político para la designación de sus altos funcionarios, quienes son nombrados exclusivamente por el Poder Ejecutivo, es decir, por el Presidente de la República y la PCM. Desde ya, esta situación debería preocuparnos debido a que no se cumpliría con la primera condición para señalar que el Indecopi cuenta, al menos, con independencia formal[10]. Sobre este punto, la OCDE ha sido clara en manifestar lo siguiente (ver gráfico adjunto).

> [S]ería fácil que los agentes políticos que designan directamente a los miembros a su criterio eligieran a personas sobre las que pudieran ejercer alguna influencia. En resumen, se considera que el mecanismo de frenos y contrapesos de estas designaciones es poco apropiado y que puede plantear problemas en el futuro. Parece pues necesario instaurar un mayor número de controles formales (2018, p. 35).

Retomando el tema de la organización interna del Indecopi, cada una de sus áreas cuenta con una comisión conformada por cinco miembros, en calidad de primera instancia. En segunda instancia cuenta con varias salas especializadas, conformadas por cinco vocales (Decreto Legislativo 1033, 2008, artículos 13 y 22). El conjunto de las salas especializadas forma al denominado Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, cuyas principales funciones son dictar directivas de orden procesal, solucionar conflictos y resolver contiendas de competencia interna (Decreto Legislativo 1033, 2018, artículos 12-17). Los candidatos a vocales de las salas son propuestos por el Consejo Directivo del Indecopi a la Presidencia del Consejo de Ministros[11] y en el caso de los miembros de las comisiones son nombrados directamente por el Consejo Directivo del Indecopi, quienes, como señalamos, son elegidos directamente por el Poder Ejecutivo.

Volviendo a nuestro recuento histórico, en el año 2015, se establecieron nuevos mecanismos para mejorar la política de competencia en el país. De esta manera, para fortalecer la transparencia y objetividad de la agencia de competencia se dio mayor publicidad a los informes técnicos y resoluciones finales emitidas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (OCDE, 2018, p. 21).

Finalmente, la historia reciente del Indecopi nos lleva a las últimas facultades que se le otorgaron

Fuente: Elaboración propia

[8] Esta reforma se dio en el marco del proceso de fortalecimiento institucional y modernización del Estado peruano por parte del Poder Ejecutivo con el fin de implementar el Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos.

[9] Aprobado por Decreto Supremo 009-2009-PCM, publicado en Diario Oficial *El Peruano* el 17 de febrero de 2009.

[10] Véase el apartado II, sección B.

[11] La designación de los vocales se realiza a través de una resolución suprema refrendada por la Presidencia del Consejo de Ministros

en el 2019, en materia de control previo de fusiones y concentraciones empresariales, toda vez que, desde su gestación, dicho tema ha revestido de un particular interés político (Diez Canseco *et al*., 2012, p. 427).

Pese a todas estas consideraciones, el Indecopi sigue siendo una de las instituciones más respetadas en el Perú. No solo por la calidad de los profesionales que se encuentran en ella, sino porque ha estado alejada de acusaciones ligadas a delitos de corrupción. Esto último es un factor de suma importancia si tomamos en consideración que en años recientes este tipo de problemas han penetrado a todos los niveles de gobierno de nuestro país. Sin embargo, ello no evita que exista un riesgo de presión política que socave su independencia y, frente a tal situación, es necesario proponer mejoras para mantener la confianza que se ha depositado en el Indecopi.

**B. ¿Cómo funciona en otros países?**

En el apartado anterior mencionamos que la designación de los funcionarios del Indecopi puede traer riesgos para su independencia formal. Por este motivo, consideramos necesario comparar la forma de designación de funcionarios de las agencias de competencia de países que tienen una política económica similar a la del Perú.

De lo revisado se pudo advertir que existen las siguientes formas de designación: (i) designación centralizada, (ii) designación descentralizada y (iii) designación mixta[12]. La pertenencia a una u otra forma dependerá del grado de autonomía de la designación, es decir, si esta compete a un solo poder del Estado u organismo autónomo, a más de una entidad o existen mecanismos de pesos y contrapesos en la designación.

1. Designación centralizada

En estos casos, la designación de los altos funcionarios de la autoridad de competencia se encuentra a cargo de un solo poder del Estado o un organismo constitucionalmente autónomo. A ello se le suma el hecho de que no existe obligación de hacer una convocatoria pública y tampoco se habilita la recepción de observaciones por parte de los *stakeholders*. Normalmente en este sistema, el puesto de presidente de una agencia de competencia es un puesto de confianza y de libre decisión por parte del Presidente de la República. Se incluye dentro de esta definición a aquellas designaciones que, si bien pueden darse por diferentes individuos o instituciones, finalmente los mismos terminan dependiendo de un solo poder del Estado u organismo autónomo.

Precisamente, en este rubro tenemos al Perú que, como señalamos, cuenta con una designación prácticamente directa por parte del Poder Ejecutivo. El Consejo Directivo del Indecopi y los vocales de los órganos de decisión son seleccionados por el Presidente de la República y sus Ministros de Producción, Economía y Turismo.

Por tanto, vemos que el Presidente de la República puede designar o remover de manera directa e indirecta a los altos funcionarios del Indecopi, tal como se puede apreciar en el gráfico adjunto.

2. Designación descentralizada

Este tipo de designación se encuentra a cargo de diferentes poderes públicos con independencia entre sí, lo que genera una menor intromisión política dentro de la organización y mayor libertad de la agencia de competencia para la toma de decisiones. Pueden incluso existir casos en donde la

Fuente: Elaboración propia

[12] Las categorizaciones son realizadas por los autores en base de la evaluación de casos en Latinoamérica y Europa.

misma autoridad de competencia cuenta con autonomía a nivel constitucional, lo cual genera un mayor grado de independencia funcional.

Como ejemplo tenemos a la agencia de competencia mexicana, la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece), que es constitucionalmente autónoma y cuya designación de funcionarios pasa por el Senado de la República, el Ejecutivo Federal y la Cámara de Senadores. De este modo, además de estar diversificada la designación de sus altos funcionarios, la Cofece también cuenta con independencia institucional al ser constitucionalmente autónoma. No obstante, si bien resulta importante contar con garantías institucionales, esto no evita que un organismo con esta categoría pueda ser susceptible de influencia política. Por esta razón, cuando la OCDE evaluó el caso mexicano recomendó que la autoridad de competencia adopte otras medidas para garantizar su independencia, como por ejemplo, ofrecer a su personal claridad y certidumbre sobre las oportunidades de trayectoria profesional a largo plazo (2020, p. 60).

3. Designación mixta

En esta forma de designación la decisión aún se encuentra centralizada en un solo poder del Estado; sin embargo, se imponen algunos candados políticos para salvaguardar la independencia de la agencia de competencia.

Por ejemplo, en Colombia la designación del Superintendente de la Superintendencia de Industria y Comercio es realizada por el Presidente de la República. No obstante, el postulante debe cumplir con determinados requisitos profesionales, debe ser designado mediante un concurso público y, además, se podrá solicitar la opinión de las organizaciones ciudadanas, sociales y académicas sobre la designación. De esta manera, la designación puede recaer en un solo poder del Estado, pero existe control de la ciudadanía sobre la idoneidad del postulante. Empero, dado que al final esta designación depende del Poder Ejecutivo, presenta una alta influencia política, lo que puede comprometer la política de competencia (Arciniegas & Onofre, 2016, p. 68)

Por otro lado, España es un país en donde existe un contrapeso mayor en la designación. Aquí, los miembros del consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), la autoridad de competencia española, son nombrados por el Gobierno a propuesta del Ministerio de Asuntos Económicos. Sin embargo, este nombramiento debe contar con la aprobación de la Comisión de Asuntos Económicos del Congreso de los Diputados. Este mecanismo de designación busca alcanzar una autoridad de competencia técnica y ajena a cualquier otro tipo de motivación (Salvador Martínez, 2015, p. 88), pues la aptitud de los integrantes del consejo de la CNMC debe ser evaluada a través de un sistema de veto o ratificación a cargo del Congreso. Aunque en la práctica este sistema resultaría inocuo, ya que es difícil que el Parlamento se ponga de acuerdo para vetar la propuesta del Gobierno (Rallo Lombarte, 2014, pp. 217-218); el proceso de nombramiento carece de transparencia y la evaluación no responde a criterios de mérito (Delgado & Otero, 2015, p. 25).

Otro ejemplo es Chile, que cuenta con un particular sistema de competencia en donde existen hasta tres instituciones que, en conjunto, guían la defensa de la libre competencia: (i) la Fiscalía Nacional Económica (FNE), que depende del Presidente de la República y realiza una función de instrucción (similar a la función de un fiscal penal en el Perú); (ii) el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), el cual depende la Corte Suprema chilena y toma la decisión en primera instancia; y, como última instancia, (iii) la Corte Suprema. En este caso, vemos que el sistema de libre competencia chileno se encuentra diversificado entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, aunque las decisiones de investigación y decisión están centralizadas en un determinado poder del Estado (Ejecutivo o Judicial). No obstante, esta diferencia genera un contrapeso de poderes entre el instructor y el decisor, lo cual solidifica su independencia.

De lo expuesto hasta este punto se advierte que, a nivel de los países evaluados, la agencia de competencia peruana cuenta con el tipo de designación de altos funcionarios con mayor concentración, lo que aumenta el riesgo de presión política, pues dichos funcionarios estarían designados por un solo poder del Estado: el Ejecutivo, sin que exista ningún contrapeso que permita proteger su independencia.

**C. Análisis casuístico**

Prosiguiendo con el desarrollo de nuestro tema, consideramos necesario abordar algunos casos[13] que, a nuestro criterio, ofrecen indicios respecto al impacto de cierta presión política en el accionar del Indecopi.

[13] Para este artículo, por su brevedad, solo nos hemos detenido a citar determinados casos. Sin embargo, consideramos existen más, por ejemplo, en materia de protección al consumidor y sus procedimientos de oficio.

1. El caso del Consorcio Pesquero Carolina o el poder tras el poder

Durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori se dio una figura particular: junto con el poder formal coexistía otro poder bajo la sombra del Poder Ejecutivo, el de Vladimiro Montesinos. La influencia de este último personaje en el gobierno de Fujimori y en las entidades del Estado fue tal, que marcó el siglo anterior con uno de los casos de corrupción más grandes de nuestra historia republicana (Quiroz, 2013, p. 451).

En la ahora conocida "salita del SIN" desfilaron una serie de políticos, empresarios y funcionarios públicos, quienes solicitaban favores a Vladimiro Montesinos o recibían dinero a cambio de determinadas acciones, lo cual quedó registrado en los infames "vladivideos".

Por este motivo, una vez concluida la dictadura de Fujimori, el Congreso de la República creó una Comisión Investigadora de los casos de corrupción de la década de 1990 al 2000 (en adelante, Comisión Investigadora). Precisamente, en el marco de esta comisión se investigó sí la corrupción que caracterizó al gobierno de Fujimori y Montesinos infestó también al Indecopi, cuya independencia era reconocida incluso en dicha época. Esta investigación quedó plasmada en el documento "Informe Final: Irregularidades en el funcionamiento del Indecopi y el sistema concursal" (en adelante, Informe Final), en donde se detallan una serie de casos que ponen en tela de juicio la independencia de dicha entidad.

De todos estos casos, existe uno que, a nuestro criterio, evidenciaría cierta influencia por parte de Vladimiro Montesinos, el poder bajo la sombra del Poder Ejecutivo. Nos referimos al caso de la empresa Consorcio Pesquero Carolina[14], el cual desarrollaremos brevemente en las siguientes líneas.

El 15 de diciembre de 1999, se instaló ante el Indecopi la Junta de Acreedores del Consorcio Pesquero Carolina, la cual acordó someter a la empresa a un proceso de reestructuración económica y financiera bajo las decisiones de la Junta de Acreedores presidida por el Banco Wiese Sudameris (Comisión Investigadora, 2003).

En dicho momento, la administración del Consorcio Pesquero Carolina se mantuvo a cargo del Sr. Salomón Manzur Salgado, quien era propietario de la referida empresa. En este primer momento, la gestión de la empresa había dado resultados positivos, lo cual conllevó a que en la Junta de Acreedores del 5 de julio de 2000 se felicite por el buen desempeño económico obtenido. Sin embargo, según denunció posteriormente el Sr. Manzur ante la Comisión Investigadora, la actitud del Banco Wiese cambió y en septiembre de 2000 se nombró irregularmente a una nueva administración, valiéndose de la influencia que determinados funcionarios tenían en el Indecopi (Comisión Investigadora, 2003).

Luego del análisis correspondiente, la Comisión Investigadora concluyó que, en el caso del Consorcio Pesquero Carolina, el Indecopi había actuado de forma contraria a las normas expresas, lo que constituía un indicio de influencia irregular en dicha entidad por intereses ocultos, que provendrían de Vladimiro Montesinos (2003). Según se explica en el Informe Final de la Comisión Investigadora –que toma como base las declaraciones contenidas en un "vladivideo"–, Vladimiro Montesinos tenía una relación estrecha con el Sr. Eugenio Bertini, gerente del Banco Wiese Sudameris, quien, según sus propias declaraciones, le habría dado "muchas ideas en la parte económica, por ejemplo, en la reestructuración patrimonial" (2003, p. 34).

2. El caso Sunarp

En agosto de 2003, el entonces congresista Pedro Morales Mansilla solicitó al presidente del Indecopi que se inicie un procedimiento administrativo sancionador contra la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (en adelante, Sunarp) por el cobro elevado de las tasas de los servicios de publicidad e inscripción registral[15]. El 3 de junio de 2004, se resolvió iniciar un procedimiento de oficio contra dicha entidad para determinar la legalidad y proporcionalidad del cobro de aquellas tasas.

Este caso tomó un matiz mediático pues, una vez enterados del inicio de dicho procedimiento, el Congreso de la República y la Cámara de Comercio de Lima informaron a la opinión pública que la Sunarp venía cobrando tasas sobrevaluadas,

[14] Resulta importante señalar que la independencia de facto de la agencia de competencia depende de varios factores. Uno de los más importantes es el contexto en el que esta opera, pues como parte del sistema administrativo se ve afectada inevitablemente por condiciones políticas y económicas. De este modo, las reglas o tradiciones no escritas pueden aumentar o disminuir el nivel de independencia (OCDE, 2016a, p. 18).

[15] Mediante Decreto Supremo 017-2003-JUS, se aprobaron las tasas por los servicios de publicidad e inscripción registral de la SUNARP. Posteriormente, mediante Decreto Supremo 008-2004-JUS, se aprobó el nuevo Texto Único de Procedimientos Administrativos (en adelante, TUPA) de la Sunarp, en donde se incorporó nuevos procedimientos en los que se aplican las tasas variables, tomándose en cuenta para ello el valor del acto jurídico celebrado.

apoyando la denuncia presentada por el congresista antes mencionado.

Según una nota de prensa del Congreso, el congresista Morales instó a la Presidencia del Consejo de Ministros a exhortar a los ministros y funcionarios del Poder Ejecutivo a que respeten la autonomía del Indecopi, señalando que **había tomado conocimiento que existían presiones en torno a esta entidad para que se archive el procedimiento** (Congreso de la República, 2004, p. 1). Tanto la Sunarp como el Indecopi dependen del Poder Ejecutivo.

Retomando el caso, la entonces Comisión de Acceso al Mercado (en adelante, la Comisión) resolvió, en primera instancia, que el cobro de las tasas por parte de la Sunarp era ilegal, ya que se empleaba como criterio el valor del acto inscribible (valor del inmueble) y no eran obtenidas en función del costo de la prestación del servicio (Resolución 00179-2004/CAM-INDECOPI, 2004).

Esta decisión fue apelada por la Sunarp. En segunda instancia, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) revocó la decisión tomada por la Comisión, pues, a su criterio, sí era legal el cálculo del valor de las tasas registrales (Resolución 1039-2005/TDC-INDECOPI, 2005). Adicionalmente, se ordenó a la Comisión emitir un nuevo pronunciamiento sobre la racionalidad y proporcionalidad de las tasas cuestionadas.

Así las cosas, la Comisión emitió un nuevo pronunciamiento. Para ello, aplicó los criterios establecidos por la Sala[16] e, incluso sobre esta base, ratificó su posición primigenia, pues, a su entender, el valor de las tasas registrales no resultaba proporcional al interés público alegado por la Sunarp y, por lo tanto, devenían en irracionales (Resolución 0067-2006/CAM-INDECOPI, 2006).

En un vaivén más de este caso, la Sunarp apeló esta nueva decisión. Ante ello, la Sala volvió a contradecir la decisión de la Comisión[17] y declaró que las tasas cobradas por la Sunarp no constituían barreras burocráticas irracionales.

Esta decisión no fue bien recibida por algunos sectores, quienes alegaban que los ex vocales de la Sala del Indecopi, cesados en diciembre de 2006, "no solo han actuado con criterio político, sino que han interpretado maliciosamente y distorsionando la jurisprudencia constitucional, referida al cobro de derechos por trámites en las dependencias públicas" (Aliaga, 2012, p. 211).

No obstante, si bien es normal que una decisión como esta no sea compartida por algunos sectores, no deja de llamar la atención los eventos posteriores a su emisión. Un año después de esta decisión, una nueva conformación de la Sala de Defensa de la Competencia –bajo un nuevo mandato presidencial– decidió apartarse del criterio adoptado por la anterior Sala[18] que vio el tema de la tasas de la Sunarp, y establecieron que **las entidades de la Administración Pública debían diseñar y cobrar derechos de tramitación en función de los costos reales que ofrecen y no en base a los ingresos o patrimonio de los administrados** (Resolución 0770-2008/TDC-INDECOPI, 2008)[19].

Este caso nos permite observar que los cuestionamientos sobre las presiones políticas al Indecopi quizá tuvieron cierta justificación, pues tanto el Indecopi como la Sunarp dependen jerárquicamente de un mismo poder del Estado: el Ejecutivo. Tal es así que los funcionarios de mayor jerarquía de ambas entidades son designados directamente por el Presidente de la República y los miembros de sus órganos superiores son representantes de los diferentes Ministerios del Estado.

---

16 La Sala estableció como criterios a considerar para este nuevo análisis, la existencia de los subsidios cruzados y que las tasas sociales pueden tener un impacto positivo en otros mercados.

17 La Sala cuestionó los argumentos de la Comisión sobre la irracionalidad de las tasas registrales, argumentando que dicho análisis debió orientarse a determinar una actuación razonable de la entidad.

18 El fundamento 43 de la Resolución 0770-2008/TDC-INDECOPI, señala que:

> En consecuencia, esta Sala considera oportuno apartarse del criterio señalado por la Resolución 1039-2005/TDC-INDECOPI, que interpretó erróneamente la sentencia del tribunal constitucional, recaída en el Expediente 00053-2004-PI/TC, la cual admitió la posibilidad que cualquier entidad de la administración Pública pueda establecer un mecanismo como el subsidio cruzado entre procedimientos o tasas diferenciadas en función de la capacidad contributiva de los contribuyentes, para la determinación de cualquier tasa exigida en el ordenamiento, por medio de los cuales aquellos contribuyentes que cuenten con mayor capacidad contributiva soportarían parte de los costos de los servicios prestados a aquellos contribuyentes con menores recursos. Dicha interpretación, a criterio de esta sala, no es acorde con lo señalado por el Tribunal constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N 00053-2004-PI/TC, e incluso es contradictoria, porque en su aplicación podría afectarse la capacidad contributiva de los contribuyentes (2008).

19 En el 2013, el Indecopi decidió investigar nuevamente a la Sunarp por los trámites contenidos en su TUPA; no obstante, la Comisión dio por concluido el procedimiento al carecer de competencia para emitir pronunciamiento, toda vez que existía una sentencia de la Corte Suprema de Justicia con calidad de cosa juzgada que ya había resuelto dicho caso.

La posición de dependencia del Indecopi dentro de la estructura del Poder Ejecutivo, a la par de otras entidades públicas, sumada a la competencia que tiene para investigar a estas últimas, tal vez justifique de cierta manera los cuestionamientos en torno a su independencia. Muchas veces, los conflictos que resuelven las agencias de competencia surgen de los vínculos estrechos con el gobierno; razón por la cual, si no existiese un marco legal que asegure la independencia, resultaría más sencilla la intromisión política en las decisiones de las agencias de competencia (Delgado & Otero, 2015, p. 24).

3. El caso Pura Vida

Los días 3 y 4 de junio de 2017, los medios locales peruanos difundieron que los productos Pura Vida no estaban conformados por leche, pues la Autoridad Panameña de Seguridad de Alimentos (AUPSA) suspendió el registro sanitario del producto Pura Vida de Gloria S.A. por no cumplir con las normas de etiquetado de dicho país, ya que sus productos no estaban compuestos únicamente de leche.

El 5 de junio de 2017, la Comisión de Defensa del Consumidor del Poder Legislativo, a través de su presidente, informó que realizarían una sesión extraordinaria para tratar el tema Pura Vida, para lo cual convocó a la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa) y al Indecopi. Producto de esta reunión, el Poder Legislativo se pronunció a través de sus representantes señalando que Pura Vida no era leche, y que debía sancionarse a Gloria S.A. por engañar a los consumidores.

El 7 de junio de 2017, el Poder Ejecutivo se pronunció a través del Presidente del Consejo de Ministros de aquél entonces, el señor Fernando Zavala, quien señaló que se había "**instruido**" al Indecopi a que resuelvan este caso con celeridad, realicen las investigaciones y se establezcan las sanciones que ameritan (El Comercio, 2017) [el énfasis es nuestro].

Frente a ello, el mismo 7 de junio, el Indecopi ordenó una medida cautelar de inmovilización y cese de comercialización a nivel nacional del producto Pura Vida (Canal N, 2017).

Posteriormente, el 9 de junio de 2017, el Indecopi dispuso el inicio de un procedimiento administrativo sancionador contra Gloria S.A., tramitado bajo el Expediente 0053-2017/CC3. Este procedimiento concluyó con la Resolución 176-2017/CC3 del 27 de diciembre de 2017, que sancionó a Gloria S.A. con una multa total ascendente a 450 UIT, por haber infringido las normas de publicidad en la denominación de sus productos. Esta decisión fue confirmada por el Tribunal del Indecopi con la Resolución 2627-2018/SPC-INDECOPI del 1 de octubre de 2018.

Más allá de si Gloria S.A. había engañado o no a los consumidores peruanos[20], los hechos expuestos evidencian cómo una entidad del Estado, cuya independencia debe ser su principal característica, actuó con premura frente a las presiones externas de agentes políticos, pues el mismo día que la PCM instruyó al Indecopi a resolver con celeridad, esta entidad dictó una medida cautelar.

4. El caso de la fiscalización en el sector aéreo

A lo largo de los años, el área de protección al consumidor del Indecopi ha fiscalizado los servicios brindados por las líneas aéreas que tengan un impacto directo en los consumidores, a fin de determinar si fueron idóneos o si se brindó la suficiente información. Los casos van desde la pérdida de una maleta, la revisión de los términos y condiciones del contrato de transporte o incluso por la cancelación o retraso de un vuelo. No solo la fiscalización se iniciaba a pedido de parte, a través de una denuncia, sino también con el inicio de procedimientos de oficio.

En el caso específico de fiscalizaciones por retraso o cancelaciones de vuelos, antes del 2013, los procedimientos de oficio comúnmente se iniciaban por el retraso de uno o dos vuelos particulares, además de los procedimientos iniciados por denuncias de usuarios. Estos casos eran materia de procedimientos sancionadores cuando existía una serie considerable de reclamos por parte de usuarios, se trataba de un retraso excesivo (en horas o implicancias) o por la existencia de algún caso mediático. La fiscalización del resto de itinerarios era y es realizada por la Dirección General de Aeronáutica Civil del Perú (en adelante, DGAC)[21]. En ese sentido, existía una especie de división de competencias para casos iniciados de oficio: mientras el Indecopi usualmente investigaba la cancelación o retraso de vuelos con una afectación evidente y directa en los consumidores, la DGAC fiscalizaba el incumplimiento *per se* del itinerario de un vuelo.

[20] Toda vez que su actuar se sustentaba en un informe de la Digesa y en su etiquetado se apreciaba que el producto tenía componentes adicionales. Para un desarrollo más profundo del tema, puede verse el trabajo desarrollado sobre este tema por Callirgos & Robles (2018).

[21] Artículo 19.3.8 del Reglamento de Infracciones y Sanciones Aeronáuticas: "Incumplir de manera injustificada los itinerarios, frecuencias y horarios autorizados" (2011).

Sin embargo, en el año 2011 se dio un cambio de gobierno en el Perú con la entrada del Partido Nacionalista, quienes aparentemente promovían medidas más restrictivas e intervencionistas en el mercado (Gobierno 2011-2016). Antes de ganar las elecciones, el líder de dicho partido compartió en varias oportunidades declaraciones criticando las relaciones comerciales con el país vecino Chile y la supuesta sobreinversión de capitales chilenos en el Perú. También se informó que el mismo propuso realizar una marcha hasta la frontera con Chile para defender la soberanía nacional (El País, 2007). Lo particular de todo esto era que la aerolínea con mayor operación del Perú se le asociaba a capitales chilenos.

En ese contexto, en el año 2012, un año después de entrar al gobierno y justamente cuando culminaban los cinco años de función del ex presidente del Consejo Directivo del Indecopi, el Poder Ejecutivo designó a un nuevo presidente, quien a su vez designó a un nuevo equipo de supervisión y sanción. A partir de este momento, la fiscalización del Indecopi hacía las aerolíneas cambió.

Como primer punto se creó una oficina del Indecopi alojada en el mismo Aeropuerto Jorge Chávez, cuyos funcionarios tenían como labor, entre otras, emitir una serie de hojas de reporte por cada retraso o cancelación de vuelo que se generaba en dicho aeropuerto. Luego se enviaban estos documentos a las aerolíneas casi de manera diaria para que presenten los medios de prueba que demuestren que no habían sido cancelaciones o retrasos injustificados. Sin embargo, si alguno de ellos no era respondido en el tiempo otorgado o los elementos de prueba no resultaban suficientes bajo su análisis, se procedía al inicio de un procedimiento sancionador.

Desde esta fecha, para iniciar una fiscalización de oficio ya no era necesario el reclamo de una serie de pasajeros o la ocurrencia de un retraso o cancelación de consideración relevante, sino que bastaba que un vuelo pueda tener un retraso de 5 o 10 minutos para que sea investigado y, posteriormente, sometido a un procedimiento sancionador. Lo que también destacó es que, dentro de los procedimientos sancionadores, existían momentos que el Indecopi no tomaba en consideración las opiniones de la DGAC, como autoridad competente. Por ejemplo, en temas relacionados al mantenimiento de aeronaves o la definición de la responsabilidad de la aerolínea por una determinada falla. Esta situación finalmente generó algunas nulidades en el Poder Judicial[22] y requirió, después de años, nuevos pronunciamientos del Indecopi, ya con otra formación.

En ese sentido, a partir del 2013 las fiscalizaciones del Indecopi cambiaron, con expedientes donde se analizaba el cumplimiento del itinerario de cientos de vuelos (cien, doscientos, trescientos vuelos[23]) en un solo expediente, e imponiéndose multas de 180 UIT (aproximadamente USD 200,000) y 380 UIT (aproximadamente USD 470,000), las cuales nunca antes habían sido impuestas a ningún aerolínea en el Perú.

En ese sentido, **de un año a otro, con el cambio de la directiva del Indecopi, se impuso a las aerolíneas más sanciones de las que prácticamente habían registradas en todos sus años de operación**. Además, como hemos comentado, todo indicaba que en los procedimientos sancionadores no se habían seguido las mejoras prácticas procesales, dado que así lo determinó posteriormente el Poder Judicial.

Para terminar el análisis de este caso, el 7 de abril del año 2015 el Congreso de la República (con una mayoría de congresistas del partido del entonces Presidente de la República) citó a la aerolínea que antes hemos mencionado para tratar temas relativos a "retrasos, suspensiones de vuelos comerciales y reembolsos a los usuarios de transporte aéreo" (Congreso de la República del Perú, 2015). Para este caso se citó al presidente del directorio de dicha empresa y al presidente del Indecopi, el cual finalmente no asistió y envío en su lugar al Gerente de Supervisión y Fiscalización.

Si bien la transcripción de la totalidad de la reunión se encuentra en el portal del Congreso del Perú, la reunión fue incisiva sobre las cancelaciones y retrasos de sus vuelos y, en su momento, se analizó la fiscalización que ejercía el Indecopi en este sector (Congreso de la República del Perú, 2015). Luego de esta reunión, la gestión del Indecopi, bajo este concepto, continuó en ascenso.

Sin embargo, cabe mencionar que el Gobierno Nacionalista finalmente, durante su gobierno, no habría establecido políticas encaminadas en desfavorecer o perjudicar a la inversión extranjero o ligada a Chile. Asimismo, se debe tomar en consideración

[22] Por ejemplo, el Expediente 3727-2014, Sentencia de Vista, Resolución Número 22 y el Expediente 4757-2018, Sentencia de Vista, Resolución Número 13.

[23] Por ejemplo, el Expediente 182-2013/ILN-CPC, 127-2014/ILN-CPC y posteriormente 0099-2017/ILN-CPC-SIA y 0098-2017/ILN-CPC-SIA.

que la sobre fiscalización ocurrida en estas fechas pudo haber ocurrido también por una cantidad mayor de reclamos, noticias de prensa u otro factor adicional y que, finalmente, haya armonizado con el discurso político del presidente de turno.

En ese sentido, consideramos que debido a la forma directa y prácticamente autónoma que tiene el Presidente del Perú para designar a los principales funcionarios del Indecopi, puede generar la posibilidad (aunque sea indiciaria) de que la ideología política o rencillas privadas puedan terminar afectando la forma de trabajo de la autoridad de competencia, cuyo tecnicismo en su forma de trabajo y decisiones debería estar garantizada.

## V. EL RIESGO DE INTERFERENCIA POLÍTICA EN TIEMPOS DE CRISIS, A PROPÓSITO DE LA CRISIS GENERADA POR EL COVID-19 Y LA PRÓXIMA CRISIS ECONÓMICA

### A. Lo que nos ha dejado la pandemia

#### 1. El caso del control de precios

En el marco del Estado de Emergencia y la cuarentena que hemos vivido en el Perú, el Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo han emitido una serie de normas que responderían a fines populistas, por ejemplo, la suspensión del cobro de peajes. Si bien es verdad que afrontar una situación como la que vivimos es complicado, esto no quita la obligación de analizar mínimamente cuáles son los efectos de una norma. Es fácil pretender intervenir en la economía cuando se tiene el poder, lo difícil es evaluar y reconocer las consecuencias de esta intervención.

Dentro de este escenario, uno de los puntos complicados de abordar para los agentes políticos es el alza de precios de los productos de primera necesidad, como sucedió, en un primer momento, con el precio del transporte aéreo y terrestre, el alcohol en gel y el papel higiénico; y en un segundo momento, con el precio de los alimentos de comida diaria y, finalmente, con los medicamentos para tratar el COVID-19 (Cabral & Castro, 2020). Ello es complicado, pues se trata de un tema sensible para la ciudadanía, por lo que muchos políticos buscan ser los primeros en encontrar una "solución", sin analizar el problema o los efectos de sus propuestas.

Por ese motivo, era natural que, durante esta etapa, determinados agentes políticos presionen a distintas entidades, entre ellas el Indecopi, por supuestamente no fiscalizar o impedir el alza de precios.

Frente a esta presión inicial, el día 16 de marzo de 2020, el Indecopi indicó que no tenían facultades para controlar o regular los precios de los productos o servicios, debido a "que en el país no existe el control de precios ni tarifas de ningún producto o servicio" (2020), y que su función se limitaba a sancionar a los proveedores que no respeten los precios que informan o se pongan de acuerdo para fijarlos. En ese sentido, Indecopi fue categórico en señalar que no existía en el Perú el control de precios y que su función no estaba orientada a ese tipo de fiscalizaciones. Sin embargo, con el correr del tiempo la presión por establecer un control de precios continuó.

Algunos días después, el 21 de marzo de 2020, el presidente del Consejo de Ministros y titular de la PCM, Vicente Zeballos, anunció que se estaría preparando una norma para controlar los precios de los productos básicos (Gestión, 2020).

Paralelamente, distintos partidos políticos propusieron una serie de proyectos de ley para establecer un tope a los precios de productos de primera necesidad[24], pues, afirmaban, se pretendía acabar "con los abusos de las farmacias que ponen el precio a los medicamentos de manera arbitraria" (RPP, 2020).

En este contexto, no deja de sorprender cómo varió la posición institucional del Indecopi, ya que, para el 8 de mayo de 2020, dicha institución informó que estaba proponiendo que una entidad del Poder Ejecutivo fije los precios referenciales de los productos de primera necesidad y, en caso exista una persona que especule con dichos precios y cuente con una posición dominante —Indecopi sería el único en capacidad de realizar ese análisis—, sería juzgada a nivel penal por el Ministerio Público (Balza Tassara, 2020).

El 5 de junio de 2020, el Pleno del Congreso aprobó el proyecto de Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor (Código de Consumo). Esta Autógrafa de Ley, pues a la fecha de redacción de este artículo aún no se

[24] Por ejemplo, el partido Popular Agrícola FIA del Perú (FREPAP) presentó el Proyecto de Ley 5251, el cual disponía la accesibilidad de medicamentos genéricos para el tratamiento del COVID-19 "impactando en un precio accesible para la población" (2020, artículo 2), lo cual implicaba que se establezcan precios topes a los medicamentos. Asimismo, en el Proyecto de Ley 5222 se propuso sancionar penalmente el acaparamiento y especulación de bienes y servicios durante la etapa de la cuarentena (2020).

publica, sancionaría, entre otros, la especulación de bienes y servicios, lo que implica establecer un control de precios. Además, otorga facultades al Indecopi para fiscalizar y sancionar administrativamente la especulación de bienes o servicios esenciales durante una emergencia nacional.

Sin establecer una posición a favor o en contra del control de precios, lo expuesto expondría la delicada situación institucional del Indecopi frente a presiones externas. En menos de dos meses, el Indecopi había variado su posición respecto al control de precios. Una situación como esta preocupa, dado que evidenciaría que el Indecopi puede verse presionado en algunos momentos por el Poder Ejecutivo o el Poder Legislativo para variar de su posición y que este cambio sirva como respaldo para la emisión de una ley, como la mencionada.

Luego de esta situación, el 16 de junio de 2020, el presidente del Indecopi renunció a su cargo. Algunos medios señalaron que su renuncia se debería precisamente a sus opiniones respecto al control de precios (Gestión, 2020).

No somos categóricos en afirmar que esto se haya producido tal cual. Pero si consideramos relevante señalar que la posición del Indecopi frente al Poder Ejecutivo es un riesgo latente que hace eco en la independencia que debería tener la autoridad de competencia peruana.

2. El caso Octógonos

En el 2019, se denunció ante el Indecopi al Ministerio de Salud, bajo el argumento que esta entidad habría impuesto barreras burocráticas mediante los denominados "octógonos", que son advertencias sobre el contenido de sodio, azúcar y/o grasas saturadas de un producto. Entre los argumentos del denunciante se señalaba que las medidas del Ministerio de Salud no tenían amparo en la Ley de Alimentación Saludable emitida en el 2013[25], en la que estas se sustentaban, y, además, que dichas medidas generaban sobrecostos y obstaculizaban la permanencia de algunas empresas en el mercado.

Luego del devenir propio del procedimiento, la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, la Comisión) resolvió dicho caso declarando barrera burocrática ilegal las advertencias sobre los octógonos en los anuncios publicitarios en medios escritos, radiales y audiovisuales (Resolución 0072-2020/CEB-INDECOPI, 2020). La Comisión determinó que el Ministerio de Salud no cuenta con las competencias para regular estos aspectos de la publicidad y que únicamente puede fijar los parámetros sobre los octógonos en la etiqueta de los productos.

Sin entrar al análisis de fondo[26], esta decisión generó un completo rechazo por parte del Poder Ejecutivo y otros actores políticos, y atrajo la atención pública en plena crisis sanitaria. Por ejemplo, la viceministra de Salud Pública manifestó que la resolución del Indecopi sobre la publicidad de octógonos era adversa al cuidado de la salud pública del país (Gestión, 2020). Por su parte, el propio presidente Martín Vizcarra, indicó que la presencia de los octógonos era fundamental para que la población tenga conocimiento de lo que está consumiendo, y señaló que el Indecopi no podía ir en contra de la salud y de una decisión política de su gobierno, que iba a mantener (Gestión, 2020).

En este contexto de cuestionamientos[27], el Indecopi emitió una nota de prensa dando a conocer que la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal había solicitado a la procuraduría de la institución que interponga una apelación contra la cuestionada resolución. Para abogados como Pierino Stucchi, no era correcto ni necesario que la propia entidad deba apelar dicha decisión, pues la regulación cuestionada fue emitida por el Ministerio de Salud y no por el Indecopi (2020).

Adicionalmente, el 28 de julio de 2020, el presidente Martín Vizcarra, dio el conocido Mensaje a la Nación. Entre los diversos puntos que se tocaron, el Presidente hizo hincapié nuevamente en su política de gobierno en materia de salud, en particular, al acceso a la información y comprensión

[25] Aprobada mediante Ley 30021.

[26] El análisis de Comisión pasó por diferenciar las obligaciones establecidas por el Ministerio de Salud con relación a los octógonos tanto en su parte informativa como en la publicitaria. Sobre esta última, se señaló que el Ministerio había establecido mediante reglas infra legales obligaciones de contenido publicitario, para las cuales no estaba facultado, por ejemplo, la duración de las advertencias en los anuncios publicitarios en medios de comunicación, el tamaño del anuncio de las advertencias, entre otras.

[27] Por otro lado, los medios de comunicación cuestionaron a los miembros de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas que votaron a favor de la resolución, por presuntamente tener un conflicto de intereses pues tenían vínculos con empresas que se verían beneficiadas con la decisión adoptada (Salazar Vega, 2020).

sobre contenido de los productos procesados a través de las advertencias publicitarias, octógonos, contenidas en la publicidad de estos.

Este nuevo pronunciamiento reafirmaba la voluntad del jefe máximo del Poder Ejecutivo por defender su decisión política sobre la regulación de los octógonos. Pero, ¿cómo pueden este tipo de pronunciamientos afectar las decisiones del Indecopi sobre este tema? Conforme lo mencionamos a lo largo de este artículo, los cargos de vocales y comisionados son designados por el Consejo Directivo del Indecopi, quienes, a su vez, son designados por el Poder Ejecutivo. Bajo esta mirada, resulta notorio el riesgo de presión política por parte del Poder Ejecutivo sobre la decisión que vaya a tomar la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi respecto del caso de los octógonos. A esto, se debe sumar que en momentos de crisis como el que vivimos, la aceptación popular en este tipo de temas se convierte en la principal finalidad para muchos actores políticos.

### B. Lo que está por venir

Todos somos relativamente conscientes de que, producto de la pandemia generada por el COVID-19, se avecina una fuerte crisis económica a nivel mundial, en la cual muchas grandes empresas se verán obligadas a quebrar o a tener que fusionarse con otras para evitar salir del mercado. En este escenario cobrará mayor relevancia el mecanismo de control previo y la independencia del Indecopi, a fin de que estos procedimientos no sean sujetos a presiones políticas. Pero para entender nuestra preocupación, es necesario conocer cómo se gestó dicho mecanismo en nuestro país.

Tras varios proyectos de ley emitidos por el Congreso de la República en los últimos años, el control previo no llegó a entrar en vigencia[28]. Sin embargo, el Poder Ejecutivo decidió emitir el Decreto de Urgencia 013-2019, que regula el control previo de operaciones de concentración empresarial, con el objetivo de garantizar la libre competencia en el mercado y complementar el control de conductas. Este nuevo régimen establece ciertos umbrales económicos para el control previo por parte del Indecopi, a fin de evitar el control de operaciones que no tienen el potencial de generar un impacto negativo en el mercado.

Pero, ¿por qué este tema resulta de particular relevancia en cuanto a la independencia del Indecopi? Por sus características, el control de concentraciones debe regirse por criterios técnicos, pues algunas veces puede verse distorsionado cuando es utilizado para alcanzar objetivos no relacionados con la competencia. Por ejemplo, cuando se busca adoptar políticas de gobierno, como las políticas de empleo, producción nacional, restricciones a la propiedad extranjera, o el control de sectores particulares como la defensa, los medios de comunicación y los servicios públicos (International Competition Network, 2002, p. 7).

Precisamente, en el caso peruano, con motivo del debate sobre el control previo de concentraciones empresariales, muchas veces se esbozó la idea de que el control de concentraciones podía ser aplicado como un mecanismo para controlar la inversión extranjera en aras de la defensa nacional. Este argumento evidenciaría, pues, una intención de instrumentalizar el mecanismo de control previo como un control político hacia las grandes empresas (Diez Canseco *et al.*, 2012, p. 422).

Bajo este escenario, la agencia de competencia peruana debería contar con mayores candados que aseguren su absoluta independencia y fortalecimiento institucional para asumir la nueva tarea encomendada del control de concentraciones y fusiones, ya que existe un riesgo de que este instrumento sea utilizado como un mecanismo de control político.

## VI. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

A lo largo de estas líneas, hemos buscado evidenciar que la presión política es un riesgo latente contra la independencia del Indecopi, debido a la naturaleza de las materias bajo su competencia. La lógica es muy simple. Primero, el Indecopi aborda temas sensibles para la ciudadanía. Segundo, los agentes políticos buscan aceptación de esa ciudadanía. Tercero, y como consecuencia de estas premisas, se puede concluir que los agentes políticos tienen incentivos suficientes para presionar a una agencia como el Indecopi a adoptar decisiones que resulten populares, aunque desprovistas de un análisis objetivo.

De igual modo, también se ha buscado advertir que este riesgo puede aumentar en un contexto

[28] En mayo de 2019, el Congreso aprobó el dictamen de la ley para el control de las concentraciones y fusiones en el Perú; sin embargo, dicha autógrafa no llegó al Poder Ejecutivo para que pueda ser promulgada, debido a un error en la redacción de una disposición complementaria final del dictamen, que requería de una nueva votación en reconsideración ante el pleno del Congreso de la República, la cual no llegó a darse.

como el que vivimos por el COVID-19 o la crisis económica que nos dejará esta pandemia, en donde es previsible asumir que los agentes políticos exigirán una posición más fuerte del Indecopi en la economía, como respuesta a las demandas de la ciudadanía.

Frente al riesgo latente que existe sobre la independencia del Indecopi por presiones políticas podrían adoptarse una serie de medidas como cualquiera de las que se señalarán a continuación.

### A. Designación descentralizada del Consejo Directivo del Indecopi

Esta propuesta implicaría modificar el marco de la estructura funcional actual del Indecopi y buscar que tanto su Presidente como Consejo Directivo sean designados a través de una pluralidad de actores, como los tres poderes del Estado y algunos organismos con autonomía constitucional, tal como ocurre en cierta medida en México. A este nivel, el Indecopi seguiría dependiendo orgánicamente del Poder Ejecutivo; sin embargo, tanto la designación como remoción de sus altos funcionarios se realizaría mediante un consenso de pesos y contrapesos de los principales actores políticos del Estado.

Por ejemplo, los Ministerios de Economía, Producción y Comercio Exterior podrían contar con un voto cada uno (un total de tres para el Poder Ejecutivo, por especialidad y por ser el titular de la política económica del Estado), doble voto para el Poder Legislativo, doble voto para el Poder Judicial y votos individuales para el Tribunal Constitucional y la Defensoría del Pueblo. En total tendríamos nueve votos, por lo que tendríamos un voto dirimente en caso de empate.

Con esta medida, los altos funcionarios del Indecopi contarían con un mayor respaldo y podrían "blindarse" de cierta manera de la intervención o presión política. En este escenario, el Congreso o el Poder Ejecutivo serían más cuestionados si es que ponen en duda injustificadamente alguna decisión que tomó el Indecopi, ya que fueron ellos quienes formaron parte de la designación de sus funcionarios. Es decir, a este nivel podría existir un mayor control de la intervención arbitraria. Por otro lado, en caso el voto del Congreso hubiese sido contrario a la formación del Indecopi, tendríamos tal vez a un Poder Ejecutivo y Poder Judicial oponiéndose a una intervención desmedida del Congreso, o un Poder Ejecutivo junto con el Tribunal Constitucional que le brinden legitimidad técnica y legal a las decisiones del Indecopi.

En ese sentido, la designación con una pluralidad de actores disminuiría el riesgo de presión política en el Indecopi, tanto para el Poder Ejecutivo como para el Poder Legislativo. No obstante, en este caso el riesgo perduraría latente en la medida en que el Indecopi aún dependería funcionalmente del Poder Ejecutivo.

### B. Otorgar al Indecopi la independencia de un organismo regulador

La agencia de competencia peruana puede seguir los pasos de otras entidades del Estado que gozan de un mecanismo más adecuado de designación y remoción de sus funcionarios, como sucede con los denominados organismos reguladores, cuya forma de designación de sus presidentes[29] y miembros de su Consejo Directivo[30] se realiza por medio de un concurso público. Para este propósito, mediante resolución ministerial se conforma una Comisión de Selección que está a cargo del concurso, cuyas etapas comprenden la convocatoria[31], evaluación[32] y selección[33]. Otro punto importante a considerar es que uno los miembros del Consejo Directivo debe ser un representante de la sociedad civil.

Por otro lado, la remoción de los miembros del Consejo Directivo de los organismos reguladores solo puede ser promovida por falta grave, previa investigación y presentación de descargos, pero, a diferencia del Indecopi, en el caso de los reguladores se ha establecido un paso más: la Presidencia del Consejo de Ministros debe informar a la Comisión

[29] De acuerdo con el Decreto Supremo 097-2011-PCM, que aprueba el Reglamento del Concurso Público para la selección de los postulantes al cargo de presidente del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, esta Comisión se encuentra conformada por cuatro (4) integrantes, tres (3) de ellos son miembros permanentes y un cuarto miembro propuesto por el ministerio del sector en que opera el Organismo regulador (2011).

[30] Se rige de acuerdo al Reglamento del Concurso Público para la Selección de los Postulantes al cargo de miembro del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, aprobado por Decreto Supremo 103-2012-PCM.

[31] Esta etapa comprende la postulación y la declaración de postulantes aptos.

[32] Comprende la evaluación curricular, evaluación escrita (para el caso de postulaciones a presidente del Consejo Directivo) y la entrevista personal.

[33] Comprende la formulación de propuesta de lista por la Comisión (en número no mayor a tres postulantes).

Permanente del Congreso de la República las razones que motivaron tal decisión. La Ley Marco de los Organismos Reguladores introdujo la participación de otro poder del Estado sobre las decisiones del Poder Ejecutivo cuando se produzca una remoción, lo cual diversificaría la capacidad de presión política en dichas entidades (Ley 27332, 2000)[34].

Para los dos casos expuestos se requeriría de una norma con rango de ley, ya que ello permite la modificación del Decreto Legislativo que establece la organización y funciones del Indecopi.

### C. Convertir al Indecopi en un Organismo Constitucionalmente Autónomo

Esta alternativa ha sido formulada recientemente por la propia agencia de competencia peruana mediante el Documento de Trabajo Institucional 003-2020, denominado "Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi".

Aquí se parte de la idea de la relevancia constitucional de las funciones que realiza el Indecopi dentro de una Economía Social de Mercado, a partir de los mandatos constitucionales contenidos en los artículos 61 y 65 de nuestra Constitución[35].

Respecto a la forma de designación de los titulares de los Organismos Constitucionalmente Autónomos, se puede tomar como ejemplo a la Superintendencia de Banca y Seguros, donde el Superintendente es designado por el Poder Ejecutivo y ratificado por el Congreso. Esta forma de designación permite la participación y contrapeso de dos poderes del Estado, a diferencia de lo que sucede actualmente con el Indecopi, cuyo titular es elegido únicamente por el Poder Ejecutivo.

Esta última alternativa dotaría de mayores candados para proteger la independencia del Indecopi; sin embargo, su implementación puede resultar difícil, toda vez que, al requerir una reforma constitucional, se necesita de consenso político.

El economista y político Frédéric Bastiat indicaba que "la experiencia enseña de manera eficaz pero brutal" (1850). La experiencia nos dice que la presión política en la administración pública amenaza la independencia de una entidad como el Indecopi, que ha hecho de esta su mayor estandarte. Puede que hoy no se dé, pero, ¿y mañana?

## REFERENCIAS


Aliaga, L. E. (2012). *La desnaturalización de la finalidad del registro de propiedad inmueble en el Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Arciniegas, M., & Onofre, P. (2016). Ocho comentarios al proyecto de Ley 038 de 2015. *Con-texto*, (45), 65-101. https://doi.org/10.18601/01236458.n45.05.

Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2013). *Understanding regulation*. Oxford University Press.

Balza Tassara, F. (08 de mayo de 2020). Ivo Gagliuffi opina sobre propuesta de fiscalizar o controlar precios: "Nuestra propuesta no busca fijar o controlar precios". *El Comercio*. https://elcomercio.pe/economia/peru/coronavirus-ivo-gagliuffi-presidente-del-indecopi-nuestra-propuesta-no-busca-fijar-o-controlar-precios-estado-de-emergencia-acaparamiento-especulacion-pcm-mef-ley-de-fusiones-y-adquisiciones-luz-del-sur-empresas-colegios-educacion-ugel-noticia/?ref=ecr

Banco Mundial (2006). *Handbook for Evaluating Infraestructure Regulatory Systems*. Banco Mundial.

Bilbao, J. M. (1999). Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, (3), 163-181.

Breyer, S. G. (2006). Analizando el fracaso en la regulación: sobre malas combinaciones, alternativas menos restrictivas y reforma. *THĒMIS-Revista De Derecho,* (52), 7-42.

Bullard González, A. (2003). El regreso del Jedi (O de la Discrecionalidad en la Aplicación de las Normas de libre Competencia). *THĒMIS-Revista De Derecho*, (47), 129-158.


[34] Modificada por la Ley 28337.

[35] La Constitución Política del Perú establece lo siguiente:

Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios […].

Artículo 65.- Protección al Consumidor

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población (1993).

Cabral, E., & Castro, A. (18 de marzo de 2020). La canasta básica familiar sube hasta en un 33%. *Ojo Público*. https://ojo-publico.com/1679/alimentos-de-canasta-familiar-subieron-33-tras-estado-de-emergencia

Callirgos, B., & Robles, I. (2018). *El caso Pura Vida* (Trabajo de investigación para optar el grado académico de Maestro en Derecho de la Empresa). Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Lima, Perú.

Canal N (7 de junio de 2017). Indecopi ordenó cese de venta del producto Pura Vida Nutrimax a nivel nacional. *Canal N*. https://canaln.pe/actualidad/indecopi-ordeno-cese-venta-pura-vida-nutrimax-nivel-nacional-n279496

Castellani, A. (2018). Lobbies y puertas giratorias. Los riesgos de la captura de la decisión pública. *Nueva Sociedad,* (276).

Castro, L. (2012). La Economía Social de Mercado en el Perú: Vista del pasado y Retos del Futuro. En Fundación Konrad Adenauer, *La Economía Social de Mercado ¿Un concepto de ordenamiento para América Latina? Selección de Ensayos* (pp. 62-81). Universidad Miguel de Cervantes.

Comisión Investigadora de los Casos de Corrupción de la Década 1990-2000 (2003). *Informe final: Irregularidades en el funcionamiento del Indecopi y el sistema concursal.* http://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/infofinal/indecopi.pdf

Congreso de la República del Perú (15 de julio de 2004). RENIEC y SUNARP cobran tasas sobrevaluadas perjudicando a ciudadanos y empresa [Nota de prensa]. http://www4.congreso.gob.pe/congresista/2001/pmorales/notas/Reniec_Sunarp_15_07_04.htm

(06 de abril del 2015). Lan Perú e Indecopi citados al Congreso. *Página Oficial del Congreso del Perú* http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/Prensa/heraldo.nsf/CNtitulares2/90DCE14EFAC6BA2305257E1F006164D2/?OpenDocument

(07 de abril de 2015). Sesión del 07 de abril de 2015, citación Lan Perú e Indecopi. *Página Oficial del Congreso del Perú*. http://www2.congreso.gob.pe/sicr/comisiones/2014/com2014defconorgregserpub.nsf//pubweb/5E7449EEB746C44E05257E7B006C6832/$FILE/TRANSCRIPCI%C3%93NDCO070415.PDF

Correa, P., Pereira, C., Mueller, B., & Melo, M. (2006). *Regulatory Governance in Infrastructure Industries. Assessment and Measurement of Brazilian Regulators*. Banco Mundial.

Cuadrado, J., & Carillo, M. (2015). Agencias de la regulación y competencia. La independencia y la elección de un modelo multisectorial o integrado. *Revista Española de Control Externo*, *XVII*(51), 77-108.

De León, I. (2004). *Desarrollo institucional de una política de competencia en República Dominicana*. Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos.

Diez Canseco Nuñez, L., Falla Jara, A., Quintana Sánchez, E., & Távara Martin, J. (2012). Control de fusiones y concentraciones empresariales en el Perú. *Ius Et Veritas, 22*(44), 416-437.

Durand, F. (2016). *Cuando el poder extractivo captura el Estado. Lobbies, puertas giratorias y paquetazo ambiental en Perú*. Oxfam.

El Comercio. (7 de junio de 2017). Zavala: Gobierno será enérgico con Caso Pura Vida. *El Comercio*. https://elcomercio.pe/economia/zavala-gobierno-sera-energico-casopura-vida-432675

El Mercurio en Internet (12 de enero de 2006). Ollanta Humala: Actuaré contra la clase política chilena que se cree dueña de Perú. *Emol*. https://www.emol.com/noticias/internacional/2006/01/12/207627/ollanta-humala-actuare-contra-la-clase-politica-chilena-que-se-cree-duena-de-peru.html

El Pais (04 de abril de 2007). La Guerra de Humala contra Chile. *El País.* https://elpais.com/internacional/2007/04/04/actualidad/1175637603_850215.html

Escolán, C., & Schatan, C. (2017). *Panorama y retos de la política de competencia en Centroamérica*. CEPAL, Naciones Unidas.

Esteve Pardo, J. (2008). La regulación de industria y public utilities en los Estados Unidos de América. Modelos y experiencias. En Muñoz Machado, S. (dir.), *Derecho de la Regulación Económica. I Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Iustel.

Delgado, J., & Otero, H. (2015). La CNMC: La historia de una reforma inacabada. En González Martínez, M. (coord.), *Papeles de Economía Española* (pp. 32-47). Fundación de las Cajas de Ahorros (funcas).

Ferrada Bórquez, J. C. (2003). La autonomía del Banco Central de Chile. Reflexiones acerca de este modelo institucional de gestión de la política monetaria. *Revista Chilena de Derecho*, *30*(1), 151-166.

García-Verdugo, J. (2015). *El diseño institucional de la CNMV. Análisis crítico y propuestas de reforma*. En González Martínez, M. (coord.), *Papeles de Economía Española* (pp. 32-47). Fundación de las Cajas de Ahorros (funcas).

García, D., Ruiz del Ferrier, C., & De Anchorena, B. (2018). *Elites y captura del Estado. Control y regulación en el neoliberalismo tardío*. Flacso.

Gestión (21 de marzo de 2020). Presidente del Consejo de Ministros declara que se estaría elaborando norma que permita el control de precios. *Gestión.* https://gestion.pe/economia/coronavirus-declaratoria-de-emergencia-minagri-alista-norma-para-control-de-precios-de-productos-de-la-canasta-basica-nndc-noticia/

(16 de junio de 2020). Renuncia el presidente del Indecopi. *Gestión.* https://gestion.pe/economia/renuncia-el-presidente-de-indecopi-ivo-gagliuffi-noticia/#:~:text=El%20actual%20presidente%20del%20Instituto,misma%20que%20fue%20aceptada%20hoy.

(19 de junio de 2020). Vizcarra sobre octógonos: No puede ser que Indecopi quiera ir en contra de la salud. *Gestión.* https://gestion.pe/peru/politica/octogonos-martin-vizcarra-no-puede-ser-que-indecopi-quiera-ir-en-contra-de-la-salud-nndc-noticia/

(20 de junio de 2020). Minsa: Resolución de Indecopi sobre octógonos es adversa al cuidado de la salud pública. *Gestión*. https://gestion.pe/peru/octogonos-minsa-resolucion-de-indecopi-es-adversa-al-cuidado-de-la-salud-publica-nndc-noticia/?ref=gesr

Gilardi, F., & Maggetti, M. (2010). The Independence of regulatory authorities. En Levi-Faur, D. (ed.), *Handbook of Regulation*. Edward Elgar.

Grabosky, P. (1995). Counterproductive Regulation. *International Journal of the Sociology of Law, 23*(4), 347-369.

Gutierrez, J. (2009). El elemento tecnológico: el principio de neutralidad y sus implicancias en la regulación. En Muñoz Machado, S., & Esteve Pardo, J. (dirs.), *Derecho de la Regulación Económica. I Fundamentos e Instituciones de la Regulación*. Iustel.

Hellman, J., & Kauffmann, D. (2001). La captura del Estado en las economías en transición. En Banco Mundial, *Finanzas y desarrollo*. Banco Mundial.

Hernández Arroyo, F. (2007). La independencia de las agencias reguladoras en México. El caso de los sectores energético y de telecomunicaciones. *Gestión y Política Pública, XVI*(1), 61-100.

Hernández, M. R. (2019). *Efectos de la Ley Federal de Competencia Económica en los Monopolios en México* (tesis). Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (16 de marzo de 2020). Indecopi no tiene facultades para control precios. *Página web oficial del Indecopi*. https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-no-tiene-facultades-para-controlar-o-regular-los-precios-de-los-productos-o-servicios-pero-si-para-que-se-respeten-precios-informados-y-sa

(2020). *Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi* (Documento de Trabajo Institucional 003-2020). http://hdl.handle.net/11724/7382

International Competition Network (2002). *The Analytical Framework for Merger Control*. ICN Reports, Office of Fair Trading.

Irarrazábal, F. (junio de 2010). *El Sistema Chileno en Defensa de la Libre Competencia.* Trabajo presentado en el seminario Los Nuevos Desafíos de la Política de Competencia en Argentina: Balance de Diez Años de la Ley, Proyecciones e Instrumentos en Contextos Cambiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral, Buenos Aires, Argentina.

Kennet, M. (2016). *Medición de la Independencia formal de autoridades regulatorias en telecomunicaciones utilizando una adaptación del índice de Gilardi*. ITU.

Kovacic, W. (2011), Competition Agencies, Independence, and the Political Process. En Drexl, J., Kerber, W., & Podszun, R. (eds.), *Competition Policy and the Economic Approach* (capítulo 16). Edgar Elgar Publishing.

Kovacic, W., & Hyman, D. (2012), *Competition Agency Design: What's on the Menu* (GWU Legal Studies Research Paper).

Maggetti, M. (2007). De facto independence After Delegation, A Fuzzy-Set Analysis. *Regulation & Governance*, *1*(4), 271-294. https://doi.org/10.1111/j.1748-5991.2007.00023.x

Mbaku, J. M. (1996), Bureaucratic Corruption in Africa: The Futility of Cleanups. *Cato Journal*, *16*(1), 99-118.

Milanovic, B., & Muñoz, R. (2007). La desigualdad de la distribución de la renta en América Latina: situación, evolución y factores explicativos. *América Latina Hoy*, (48), 15-42.

Moncayo, M.P. (2010). Una democracia de rostro populista. *Ecuador Debate*, (80), 121-136.

Montero, M. (2001). *La Década de Fujimori: Ascenso, Mantenimiento y caída de un Líder Anti político*. Ediciones Universidad de Salamanca.

Mujica, M. E. (1990). ¿Por qué fracaso la heterodoxia? Análisis de la política económica de la primera etapa del gobierno del Alan García. *Apuntes. Revista De Ciencias Sociales*, (27), 31-43. https://doi.org/10.21678/apuntes.27.315

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2007). *Derecho y política de competencia en América Latina. Exámenes Inter-pares en Argentina, Brasil, Chile, México y Perú*.

(2014). *The Governance of Regulators, OECD Best Practice Principles for Regulatory Policy, OECD Publishing, Paris*.

(2016a). *Independence Of Competition Authorities – From Designs To Practices, Note by the Secretariat for Global Forum on Competition, DAF/COMP/GF(2016)5.*

(2016b). *Creating a Culture of Independence. Practical Guidance against undue influence. The Governance of Regulators*.

(2016c). *Being an Independent Regulator. The Governance of Regulators*.

(2018). *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*.

(2020). *Exámenes inter-pares de la OCDE sobre el derecho y política de competencia: México*.

Ogus, A. (2007). Estructuras e instituciones regulatorias. *THĒMIS-Revista De Derecho*, (54), 273-285.

Pierino Stucchi, (25 de junio de 2020). Octógonos y Barreras Burocráticas: ¿Debe apelar Indecopi su propia decisión? (Video). *Peruweek*. https://www.peruweek.pe/octogonos-y-barreras-burocraticas-debe-apelar-indecopi-su-propia-decision-video/

Pyndick, R., & Rubinfeld, D. (2009). *Microeconomía* (7ma ed.). Editorial Pearson.

Quintana, E., Ruiz, G., & Martínez, M. (2006). El Carácter Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado desde una perspectiva de Políticas de Competencia. *Boletín Latinoamericano de Competencia*, (22), 107-125.

Quiroz, A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.

Rallo Lombarte, A. (2014). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador. *Teoría y Realidad Constitucional*, (34),193-234. https://doi.org/10.5944/trc.34.2014.14084.

Rivero, R. (2009). *Derecho administrativo económico* (5ta ed.). Marcial Pons.

RPP Noticias (19 de mayo de 2020). Congreso propone proyectos de ley para el contro de precios de medicamentos. *RPP Noticias.* https://rpp.pe/politica/congreso/coronavirus-covid-19-bancadas-proponen-control-de-precios-de-medicamentos-y-garantizar-el-acceso-de-genericos-noticia-1266658?ref=rpp

Sala Arquer, J.M. (1984). El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (42), 401-422.

Salazar Vega, E. (18 de junio de 2020). Fallo del Indecopi favorece a la industria de alimentos ultraprocesados. *Ojo Público*. https://ojo-publico.com/1908/fallo-del-indecopi-favorece-industria-de-alimentos-ultraprocesados

Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Editorial Ariel.

(2015). Partidos políticos y autoridades independientes. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (104), 83-89.

Sarmiento, M. T. (2011). *Análisis del indicador de riesgo país: Caso Peruano 1999-2012*. Universidad de Lima.

Scott, C. (2001). *Analysing regulatory space: fragmented resources and institutional design*. https://researchrepository.ucd.ie/bitstream/10197/6785/2/AnalysingRegSpace.pdf

Serafini, V. (2017). Élites y captura del Estado. Paraguay: un estudio exploratorio. Oxfam.

Smith, W. (1997) Utility Regulators—the Independence Debate. *Public Policy for the Private Sector*, 127.

Solana Sentíes, E. (2015). Ley de Competencia Económica. *El Cotidiano*, (190), 63-70.

Soto, R. (2003). La corrupción desde una perspectiva económica [Documento de Trabajo 234]. https://www.researchgate.net/publication/5128681_La_Corrupcion_desde_una_Perspectiva_Economica

Stigler, G. J. (1971). The Theory of Economic Regulation. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, *2*(1), 3-21.

Stiglitz, J. E. (1995). *La economía del sector público* (2da ed.). Antonio Bosch Editor S.A.

Tellez Cañas, S. (2016). Análisis exploratorio sobre la independencia del supervisor financiero en Colombia. En Alviar, H., & Lamprea, E. (coords.). *El Estado regulador en Colombia* (pp. 99-128). Ediciones Uniandes.

Torre, V. (2005). Sobre la independencia de las agencias federales en los Estados Unidos de América. *Revista de Administración Pública*, (167), 475-496.

Urbano, P., & Sánchez, J. (2014). La política de competencia, crecimiento y globalización. *Contabilidad y Negocios*, *17*(9), 83-99.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi, 25 de noviembre de 2004, Resolución 00179-2004/CAM-INDECOPI, Expediente 000046-2004/CAM (Perú).

Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi, 6 de abril de 2006, Resolución 0067-2006/CAM-INDECOPI, Expediente 000046-2004/CAM (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 25 de febrero de 2020, Resolución 0072-2020/CEB-INDECOPI, Expediente 000256-2019/CEB (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor 3 sede Central, 27 de diciembre de 2017, Resolución 176-2017/CC3, Expediente 053-2017/CC3 (Perú).

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).

Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 008-2004-JUS, Aprueba el Téxto Único de Procedimientos Administrativos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 1 de agosto de 2004 (Perú).

Decreto Supremo 009-2009-PCM, Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 17 de febrero de 2009 (Perú).

Decreto Supremo 017-2003-JUS, Aprueban tasas registrales de los servicios de inscripción y de publicidad por oficina registral, 18 de septiembre de 2003 (Perú).

Decreto Supremo 097-2011-PCM, Aprueban Reglamento del Concurso Público para la Selección de los Postulantes al cargo de Presidente del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de diciembre de 2011 (Perú).

Decreto Supremo 103-2012-PCM, Aprueban Reglamento del Concurso Público para la Selección de los Postulantes al cargo de Presidente del Consejo Directivo de los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 14 de octubre de 2012 (Perú).

Ley 26923, Ley que establece que los organismos públicos descentralizados y organismos reguladores dependerán de la Presidencia del Consejo de Ministros, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de febrero de 1998 (Perú).

Ley 27332, Ley Marco de los Organismo Reguladores de la Inversión Privada en los Servicios Públicos, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de julio de 2000 (Perú).

Ley 30021, Ley de Alimentación Saludable para niños, niñas y adolescentes, Diario *El Peruano*, 17 de mayo de 2013 (Perú).

Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Diario *El Peruano*, 28 de agosto de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 5251, Proyecto de Ley que dispone la accesibilidad adecuada de medicamentos genéricos para tratamiento de COVID-19 y garantiza su disponibilidad inmediata y oportuna, presentado el 18 de mayo de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 5222/2020-CR, Proyecto de Ley que sanciona el acaparamiento, especulación y adulteración de bienes y servicios de primera necesidad durante el Estado de Emergencia, presentado el 14 de mayo de 2020 (Perú).

Resolución Ministerial 361-2011-MTC/02, Reglamento de Infracciones y Sanciones Aeronáuticas, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de mayo de 2011 (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 17 de abril de 2008, Resolución 0770-2008/TDC-INDECOPI, Expediente 000017-2007/CAM (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 21 de septiembre de 2005, Resolución 1039-2005/TDC-INDECOPI, Expediente 000046-2004/CAM (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 1 de octubre de 2018, Resolución 2627-2018/SPC-INDECOPI, Expediente 053-2017/CC3 (Perú).

10.18800/themis.202002.005

# EL INDECOPI COMO ORGANISMO CONSTITUCIONAL AUTÓNOMO: RAZONES SOBRE EL PROYECTO DE MODIFICACIÓN CONSTITUCIONAL

## *INDECOPI AS AN AUTONOMOUS CONSTITUTIONAL BODY: REASONS FOR THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT PROJECT*

**Raffo Velásquez***
**Baxel Consultores**

*The issue of the independence of competition agencies has been the subject of debate in law in general. Particularly in the different forums organized by the Organization for Economic Cooperation and Development due to the international standard required of such bodies. In this sense, an autonomous constitutional organism is relevant for the proper development of public administration and, consequently, for the fulfillment of the public interest of a State.*

*In this article, the author analyzes whether the Constitution provides reasons to consider Indecopi as a new OCA. To this end, he analyzes how public administrations are organized, why Indecopi would need to be an autonomous agency and if there are constitutional legal reasons that can sustain Indecopi's interest in having a greater detachment from the government.*

*Keywords: Public administration; autonomous constitutional body; Indecopi; public interest; competition agencies.*

*El estudio de la independencia de las agencias de competencia ha sido objeto de debate en el Derecho a nivel general. Sobre todo, en los distintos foros que organiza la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, con motivo del estándar internacional exigible a dichos organismos. En ese sentido, un organismo constitucional autónomo (OCA), resulta de importarte relevancia para el desarrollo adecuado de la administración pública y, en consecuencia, del cumplimiento del interés público de un determinado Estado.*

*En el presente artículo, el autor analiza si la Constitución brinda razones para considerar al Indecopi como un nuevo OCA. Para ello, analiza cómo se organizan las administraciones públicas, por qué el Indecopi necesitaría ser un organismo autónomo y si existen motivos jurídicos constitucionales que pudieran sostener el interés del Indecopi por tener una mayor desvinculación del gobierno.*

*Palabras clave: Administración pública; organismo constitucional autónomo; Indecopi; interés público; agencias de competencia.*

* Abogado. Magíster en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla – La Mancha y Máster en Argumentación Jurídica por la Universidad de Alicante y la Università degli Studi di Palermo. Socio de Baxel Consultores (Lima, Perú). Contacto: rvelasquez@baxel.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 31 de mayo de 2020, y aceptado el mismo el 23 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

La Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) es una organización internacional que agrupa a treinta y seis países que cumplen y promueven políticas internacionales estandarizadas para mejorar el bienestar económico y social de las personas. Sus miembros evalúan y buscan soluciones a problemas comunes, identifican buenas prácticas y coordinar políticas internas e internacionales. En la región de Latinoamérica, Brasil, México, Argentina y (este año) Colombia, han logrado integrarse. Desde hace unos años el Perú busca ser incorporado a dicha organización, por lo que ha realizado distintas adecuaciones normativas para ajustarse a estándares y prácticas internaciones en materia de contrataciones estatales (derecho laboral, regulación de mercados, entre otros sectores relevantes). Este aspecto aseguraría que nuestro país brinde condiciones más humanas de trabajo, seguridad jurídica y otras garantías adecuadas para el desarrollo económico interno e internacional.

En los exámenes *inter pares* sobre Derecho y política de la competencia en el Perú, realizados los años 2004 y 2018, los Estados miembros de la OCDE evaluaron el marco jurídico existente sobre la posición del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) y detectaron ciertas debilidades que podían hacer peligrar su autonomía e independencia. Igual observación hizo el presidente del Comité de Competencia de la OCDE, con motivo del inicio de un nuevo proceso de revisión *inter pares* sobre el Perú (2019, p. 17).

Dentro de ese marco, el Indecopi publicó en su página web la Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo 038-2020-INDECOPI/COD[1], del 28 de febrero de 2020. Esta aprueba la publicación del siguiente proyecto de modificación constitucional que supondría incorporar lo siguiente a la Constitución:

> Artículo 65-A.
> El Indecopi es una persona jurídica de derecho público. Es autónomo, rigiéndose exclusivamente por su Ley Orgánica y su Reglamento Normativo. La Ley Orgánica establece la organización y desarrolla las funciones del Indecopi, así como incluye las disposiciones para garantizar la autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa.
>
> Las funciones del Indecopi son las siguientes:
>
> a. La protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa eliminando las barreras burocráticas.
>
> b. La defensa de libre y leal competencia.
>
> c. La protección de los derechos de los consumidores.
>
> d. La protección de los derechos de propiedad intelectual.
>
> e. La protección del comercio exterior eliminando las barreras comerciales no arancelarias, así como corrigiendo las distorsiones en el mercado por prácticas de dumping y subsidios.
>
> f. Las demás funciones que señala su ley orgánica.

El Poder Ejecutivo designa a los miembros del Consejo Directivo del Indecopi. La designación del Presidente del Consejo Directivo se realiza mediante concurso público y está sujeta a ratificación del Congreso de la República.

El análisis de la independencia de las **agencias de competencia** o similares es un tópico fuertemente debatido en el derecho comparado y, sobre todo, en los distintos foros que organiza la OCDE con motivo del estándar internacional exigible a dichos organismos. Sin embargo, el énfasis central de nuestro análisis consistirá en evaluar si en el sistema peruano hay espacio para convertir al Indecopi en un organismo constitucional autónomo (en adelante, OCA).

Ello, tal como hace la Constitución en su artículo 82, con la Contraloría General de la República (en adelante, CGR); en su artículo 84, con el Banco Central de Reserva (en adelante, BCR); en su artículo 87, con la Superintendencia de Banca y Seguros (en adelante, SBS); en su artículo 150, con la Junta Nacional de Justicia (en adelante, JNJ); en su artículo 158, con el Ministerio Público (en adelante, MP); en su artículo 161, con la Defensoría del

[1] En dicho documento, también se publicó el Documento de Trabajo Institucional 003-2020 (en adelante, DTI 003-2020), que sirve de exposición de motivos al proyecto (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020).

El 13 de enero de 2021, la congresista Zenaida Solís presentó el Proyecto de Ley 6919-2020/CR, que recoge el texto propuesto por el Indecopi.

Pueblo (en adelante, Defensoría); en su artículo 210, con el Tribunal Constitucional (en adelante, TC); y en su artículo 177, con los organismos que integran el sistema electoral –esto es, el Jurado Nacional Elecciones (en adelante, JNE), la Oficina Nacional de Procesos Electorales (en adelante, ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (en adelante, RENIEC).

Nuestro objetivo será determinar si la Constitución, como ley fundamental, nos brinda razones para considerar al Indecopi como un nuevo OCA. Aunque el interés por una mayor independencia del Indecopi nos forzará a analizar cómo se organizan las administraciones públicas y por qué el Indecopi ha necesitado ser autónomo dentro de ese entramado.

Más allá del legítimo interés político-internacional en darle plena autonomía e independencia al Indecopi, nos enfocaremos en determinar si hay motivos jurídicos constitucionales que pueden sostener el interés de este organismo por tener una mayor desvinculación del gobierno y, para ello, resulta necesario realizar un resumido repaso de la posición que tiene el gobierno como director político de la administración pública. Este análisis previo nos podrá aclarar el panorama; puesto que al identificar el rol que ha tenido el Indecopi en la administración pública, podremos saber si ese rol justifica su inclusión como un OCA.

## II. ALGUNAS CUESTIONES FORMALES

Sin perjuicio de abordar el tópico central, es conveniente mencionar ciertos asuntos formales previos relacionados con la propuesta normativa de convertir al Indecopi en un nuevo OCA.

### A. Recuento de los OCA existentes

Para saber qué significa ser un OCA se debe recordar la clásica teoría de separación de poderes ejecutivo, legislativo y judicial, construida no solo para distribuir tareas estatales; sino como un sistema de pesos y contrapesos que generan limitaciones mutuas entre ellos en beneficio de, finalmente, la libertad ciudadana. Sin embargo, la realidad demostró la escasa correspondencia con la realidad que guardaba tal sistema, puesto que la cantidad de materias constitucionales y organismos necesarios para atenderlas es, en todos los Estados democráticos de derecho, una tríada de poderes que conviven con otros organismos constitucionales que no son comisionados, parte o dependencias de aquellos; sino que son igualmente independientes, autónomos y supremos en los asuntos de su competencia. En ese sentido, lo más propio sería hablar de separación o distribución de funciones entre los distintos órganos constitucionales[2].

Como los poderes de los OCA emanan directamente de la Constitución, adquieren un estatus que les otorga independencia y se traduce en una supremacía de sus competencias que no puede ser invadidas por otros. En ese sentido, al referirse a la separación de poderes (Const., 1993, artículo 43), el TC ha señalado que los OCA no son superiores a los clásicos poderes del Estado, ni a otros OCA; sin embargo, tampoco están subordinados a ellos, pues son autónomos e independientes. En tal sentido, sus relaciones se dan en un marco de equivalencia, coordinación, cooperación y equilibrio o autolimitación mutua (sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC, 2004, fundamento 33; sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC, 2004, fundamentos 12 y 13). Este es el estatus de independencia que quiere adquirir el Indecopi para cumplir con los estándares internacionales de la OCDE, por lo que sería conveniente revisar cuáles son los otros OCA que reconoce nuestro texto fundamental (así como sus funciones).

De un lado, la CGR se encarga del controlar la legalidad de la ejecución del presupuesto por parte del Estado, entre ellas, del gobierno (Const., 1993, art. 82). De tal forma, es imperativo que exista independencia de la CGR respecto de los demás órganos estatales que controla, puesto que debe estar libre de influencias políticas. Por su parte, el BCR se encarga de regular la moneda y el crédito (Const., 1993, art. 84), lo cual exige autonomía para no repetir experiencias de gobiernos pasados que influyeron en la emisión de dinero cubrir su déficit fiscal generando así una histórica hiperinflación en el país[3]. Tal influencia política llevó a tomar decisiones financieras, nada técnicas y que solo eran acordes con políticas populistas, lo que generó un fiasco económico. Por ello, el poder constituyente



[2] Compárese con Lucas Verdú (1983, pp. 133-152); Pizzorusso (1984, pp. 245-253); y Loewenstein (1970, pp. 54-61).

[3] Velarde (actual presidente del Banco Central de Reserva) y Rodríguez advirtieron que

> [h]asta agosto de 1990 la política monetaria del Banco Central fue básicamente pasiva, respondiendo a las necesidades de financiamiento del sector público o a la evolución fijada para el tipo de cambio. A pesar de la autonomía legal del Banco, el completo control que tenía el partido gobernante, tanto del propio Ejecutivo como del Congreso, entre 1985 y 1990, determinó la elección de directores vinculados a dicho partido. Estos, lejos de defender la autonomía del Banco, siguieron las instrucciones del gobierno central (1998, p. 6).

diseñó al BCR como un OCA, neutralizado de las políticas de turno.

La SBS tiene la competencia de supervisión de las empresas bancarias y seguros que manejan el ahorro del público (Const., 1993, art. 87) para asegurar la solidez económica de esas empresas del sistema financiero. Al respecto, Velarde y Rodríguez realizan un estudio en donde advierten los riesgos de la influencia política sobre la SBS y resaltan la necesidad de mantener su autonomía para que solo realice "una tarea técnica, compleja y reservada que debe aislarse de las presiones políticas" (1998, pp. 49-52). Mencionan al Banco Popular, la Caja de Ahorros de Lima (ambos de propiedad estatal) y al Banco CCC, cuyas respectivas liquidaciones fueron sucesivamente aplazadas por la SBS debido a presiones políticas populistas que buscaban favorecer a los sectores a los que se dirigían sus créditos bancarios, o incluso a los titulares de los bancos vinculados al partido oficialista de turno. Para evitar esas presiones políticas, resaltan los autores, se necesita de su independencia constitucional de la SBS (1998, pp. 49-52).

La JNJ necesita autonomía porque selecciona, ratifica y destituye a los cuya autonomía e independencia es parte esencial del principio de división de poderes (Const., 1993, art. 139.2) y que, en términos generales, "[a]lerta al juez de influencias externas […] por cuanto el rol de un juez no es el de representar políticamente a la sociedad y hacer las críticas en su nombre… [sino] más bien, está obligado a actuar *secundum legem* y con la más clara neutralidad (Sentencia recaída en el Expediente 3465-2004-AA/TC, 2005, fundamentos 9 y 21).

Un fundamento similar puede predicarse de la autonomía del TC (Const., 1993, art. 201), puesto que al tener competencias para resolver en última instancia procesos constitucionales por agravios o amenazas de derechos fundamentales (la mayoría contravenidos por el mismo Estado), también la tendrá para resolver conflicto de competencias entre órganos del Estado, e incluso la tendrá para declarar la invalidez de leyes en procesos de inconstitucionalidad. Para resolver con objetividad, es necesario asegurar su autonomía respecto de los poderes estatales que podrían verse afectados por sus decisiones, debido a que es difícil pensar en una estructura en donde el juzgador deba estar sujeto a la dirección o influencia política de quien es juzgado.

De modo similar, la autonomía del MP (Const., 1993, art. 158) busca evitar la influencia de los poderes públicos sobre esta institución, que es titular de la acción penal contra particulares o de funcionarios. La actividad del MP supone un enorme riesgo, ya que así como podría ser influenciado con el propósito de evitar la persecución del delito también podría pretenderse su uso como arma de persecución penal contra adversarios políticos, como ya se ha visto en la década de los noventa[4].

Asimismo, se consagra la autonomía de la Defensoría (Const., 1993, art. 161) para asegurar su independencia respecto de los poderes públicos y privados que supervisa para detectar posibles agravios contra los derechos fundamentales. Es necesario precisar que antes de la Constitución de 1993 la Defensoría era parte del Ministerio de Justicia, llegando incluso a tener once Fiscalías Especiales de Defensoría del Pueblo y Derechos Humanos en el país. Sin embargo, como señala Abad Yupanqui, "[…] resultaba incongruente que el órgano estatal titular de la acción penal —y en consecuencia de acusar a las personas— sea a la vez el encargado de defenderlas" (2010, p. 484), de ahí que fue más adecuado concebirlo como un organismo autónomo que supervise a todos los demás poderes para la defensa de los derechos fundamentales.

Finalmente, se consagra la autonomía de los organismos del sistema electoral (JNJ, ONPE y RENIEC) con el propósito claro de evitar influencias políticas en los procesos de elección de cargos políticos. Para asegurar el acceso igualitario a los cargos públicos se requiere imparcialidad y transparencia en los procesos electorales, lo que es esencial para nuestro Estado Democrático de Derecho (Const., 1993, arts. 3, 43 y 177).

El proyecto que comentamos pretende que Indecopi cuente con autonomía constitucional para contar con garantías jurídicas frente a eventuales influencias del gobierno u otras entidades. Por ende, también pretende asegurar neutralidad en la decisión de controversias de innegable sustrato constitucional (como el derecho de la libre compe-

[4] Por ejemplo, la Ley de Jurisdicción Militar, Ley 28665, fue declarada inválida por el Tribunal Constitucional, porque suponía un agravio contra la autonomía del Ministerio Público y del Consejo Nacional de Magistratura (en la actualidad, Junta Nacional de Justicia). Respecto del primero, se creó una fiscalía especializada compuesta de oficiales que provenían solo del Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial que no dependía del Ministerio Público sino de los fueros del gobierno. Ahora, para esos fines, se menoscababa la autonomía del Consejo Nacional de la Magistratura a quien se pretendía obligar que realizar un concurso público de selección de fiscales que; sin embargo, solo provenían del citado Cuerpo Fiscal Penal Militar Policial. Es decir, se pretendía instaurar un régimen en donde el Congreso facilitaba cierto nivel de influencia del gobierno sobre la selección y acceso a los cargos fiscales (Sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-AI/TC).

tencia, competencia desleal y consumidor). Veremos si nuestro derecho admite dicha posibilidad.

### B. La innecesaria referencia a la ley orgánica

Ahora bien, con respecto al texto del proyecto se debe resaltar que incurre en la misma redundancia que tuvo el constituyente al regular los casos de la CGR, el BCR, la JNJ y la Defensoría, en donde se señala que una ley orgánica regulará sus competencias y funciones. Los demás OCA no necesitan de esa referencia para sustentarse en sus respectivas leyes orgánicas, puesto que el artículo 106 de la Constitución ya dispone que "[m]ediante leyes orgánicas se regulan la estructura y el funcionamiento de las entidades del Estado previstas en la Constitución […]" (1993).

De tal modo, es innecesaria la grandilocuente referencia que hace el proyecto normativo a la futura ley orgánica del Indecopi y a todos los asuntos que regulará. Ese tipo de redacción, por cierto, no tiene comparación con la regulación que hace la Ley fundamental de los demás OCA y puede generar ciertos problemas.

### C. El peligro de un OCA autárquico

El proyecto normativo refiere que el Indecopi se regirá exclusivamente por su ley orgánica y su reglamento normativo. Más allá de la intención por reasegurar la autonomía del Indecopi (como si la inclusión como OCA no fuera suficiente), el proyecto genera el riesgo de que se interprete al Indecopi como una entidad autárquica y no autónoma[5], regida solo por sus propios textos legales y ajeno al resto del sistema de leyes, lo que es inconcebible en nuestro Estado unitario (Const., 1993, art. 43).

Ahora bien, no hay ningún caso en donde la Constitución disponga que un OCA se rige exclusivamente por su ley orgánica y reglamento normativo. Eso por la sencilla razón de que estamos dentro de un Estado unitario que descarta toda posibilidad de establecer islas autárquicas, regidas solo por sus textos y ajenas al resto del sistema jurídico.

Es probable que el proyecto pretenda dar autonomía política al Indecopi, lo que le permitiría dictar sus propias normas, puesto que como señala el TC "la autonomía político-normativa de los gobiernos regionales conlleva la facultad de crear Derecho y no sólo de ejecutarlo" (sentencia recaída en los Expedientes 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC, fundamento 57). Pero ese tipo de autonomía debe ser bien enmarcada. En efecto, el TC invalidó los reiterados intentos de los gobiernos regionales por asumir una autonomía política absoluta que los convertirían en islas regidas "exclusivamente" por sus propios textos legales. En ese sentido, el TC precisó que "[…] no porque un organismo sea autónomo deja de pertenecer al Estado, pues sigue dentro de él y, como tal, no puede apartarse del esquema jurídico y político que le sirve de fundamento a éste y, por supuesto, a aquél" (sentencia recaída en el Expediente 0007-2001-AI/TC, 2003, fundamento 6). El mismo organismo concluye que

> […] no debe confundirse autonomía con autarquía, pues desde el mismo momento en que el ordenamiento constitucional lo establece, su desarrollo debe realizarse respetando a ese ordenamiento jurídico. Ello permite concluir que la autonomía no supone una autarquía funcional, o que alguna de sus competencias pueda desvincularse total o parcialmente del sistema político (Sentencia recaída en el Expediente 0010-2003-AI/TC, 2004, fundamento 5).

En suma, la pretendida autonomía política del Indecopi correría el riesgo de ser inconstitucional al usar el término "exclusivamente", debido a que habilita la posibilidad de que se rija solo por ese marco normativo que, a su vez, podría desentenderse del resto del ordenamiento jurídico nacional. En ese sentido, Fernando Badía, citado por el TC, señalaba que

> la actividad legislativa de los entes autónomos ha de estar de acuerdo con los principios de integración del Estado del que forman parte… La autonomía es, en efecto, libertad, facultad de promulgar normas, pero con coordinación necesaria, respecto de una colectividad más grande (Sentencia recaída en los Expedientes 0020-2005-AI/TC y 0021-2005-AI/TC, fundamento 57).

Nuevamente, lo más adecuado es que el proyecto use menos palabras de las que implementa o, en este caso, que elimine el término "exclusivamente".

### D. Los peligros de un reglamento normativo reconocido en la Constitución

Otro riesgo en el proyecto se relaciona con la referencia al futuro **reglamento normativo** del Indecopi. Como se sabe, esos reglamentos se



[5] Cabe aclarar que, recurrimos a la noción de autarquía que usa y cuestiona el Tribunal Constitucional y que se sustenta en el derecho español. Dicha noción es muy distinta al concepto de autarquía que se usa en el derecho argentino, que es un tipo de autonomía que se concede a algunos entes administrativos.

caracterizan porque pueden alterar derechos de los ciudadanos, en cuanto tales, no en cuanto funcionarios o usuarios de un servicio público. En cambio, los reglamentos organizativos o de administración delimitan la estructura interna de cuerpos estatales y que, por ende, solo alcanzan a los funcionarios de esos entes y a los particulares en la medida que se encuentren sometidos a sus procedimientos administrativos[6].

De ordinario, los reglamentos normativos solo actúan cuando existe una habilitación legal explícita y claramente delimitada, de modo que solo puedan **complementar** lo que ya prevé de manera genérica la ley. Esto porque el mandato constitucional es que "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe" (1993, artículo 2, numeral 24, literal a), de modo que toda limitación o intervención en los derechos necesita de una ley habilitante. En contrapartida, todo ejercicio del poder estatal también necesita de una ley habilitante, ya que la norma suprema también resalta que todo poder del Estado se ejerce "con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes [no los reglamentos] establecen" (1993, artículo 45).

Ahora bien, los reglamentos normativos deben tener habilitación por ley para reglamentar cualquier intervención del poder estatal en los derechos de los particulares. En cambio, el proyecto en comentario generaría una suerte de excepción al Indecopi frente a esa doble garantía constitucional de legalidad. En efecto, la CP le reconocería la potestad de dictar reglamentos normativos, de alterar derechos de los ciudadanos, sin ninguna ley habilitante que fije un parámetro de contenido, que delimite su intervención.

Por lo demás, no basta con modificar un texto en la Constitución para tener el poder de dictar normas generales que afecten los derechos. En efecto, se debe recordar que el sistema constitucional descansa en una lógica de cláusulas intangibles que no pueden ser alteradas por el poder constituido, que imponen límites materiales al poder reformador. Como señala el TC, alterar esas cláusulas intangibles supondría "destruir" la Constitución, de modo que cualquier modificación constitucional no podrá alterar los "principios referidos a la dignidad del hombre, soberanía del pueblo, Estado democrático de derecho, forma republicana de gobierno y, en general, régimen político y forma de Estado" (Sentencia recaída en el Expediente 0014-2002-AI/TC, 2003, fundamento 76)[7].

El proyecto reconocería un poder reglamentario normativo al Indecopi, lo que es claramente inconstitucional porque alteraría la cláusula intangible de soberanía del pueblo, en virtud del cual se concede solo al poder legislativo la potestad de dictar normas que alteren o incidan sobre los derechos. Ciertamente, el artículo 45 de la CP consagra que "el poder del Estado emana del pueblo", lo que significa que su ejercicio debe estar legitimado por la voluntad del pueblo (Const., 1993, arts. 3 y 102.1).

De tal forma, el legislador tiene el poder de dictar leyes que sometan a los ciudadanos, porque ellos mismos decidieron darle esa potestad normativa de incidir sobre sus derechos. Asimismo, el pueblo decidió otorgar al Poder Ejecutivo el poder de dictar normas que complementen las leyes, que reglamenten su intervención en los derechos, sin desnaturalizar sus alcances. Solo hasta ahí alcanza su poder reglamentario. Entonces, solo se cabe hablar de reglamentos normativos que inciden sobre los derechos ciudadanos cuando media una ley autoritativa que delimita la posible intervención de la potestad reglamentaria.

Desde esa perspectiva, los OCA no tienen potestad reglamentaria normativa. En efecto, a diferencia del Congreso, los OCA no tienen una posición constitucional que les permita dictar normas generales que sometan al pueblo, normas puedan alteren o hacer perder sus derechos. Los actuales OCA y las demás Administraciones públicas, tienen ciertas potestades reglamentarias solo en la medida que les ha sido otorgada por el legislador a través de sus respectivas leyes orgánicas. Tienen, sin duda, potestad reglamentaria organizativa, de autorregularse, pero no tienen una autónoma potestad reglamentaria normativa.

Sería inconstitucional que, sin base legal previa, un OCA o cualquier Administración pública, pueda dictar normas reglamentarias normativas. Incluso

[6] Confróntese con García de Enterría y Fernández (2001, pp. 188-189), De Otto (1991, pp. 218-219) y TC (sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC, fundamentos 6 y 7). En estos últimos casos, el TC parece corregir la errada referencia que hizo a los reglamentos normativos en su sentencia recaída en el Expediente 0001-2003-AI/TC y su sentencia recaída en el Expediente 0003-2003-AI/TC (fundamento 15). En estas decisiones no los consideró como reglamentos *secundum legem*; sino como *extra legem*, similares a los reglamentos organizativos o administrativos que se caracterizan por normar jurídicas independientes (sin desarrollar una ley específica, pero sin contravenir ninguna ley).

[7] Para mayor información, véase la sentencia recaída en los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, STC 0004-2005-AI/TC y 0007-2005-AI/TC (fundamentos 32 a 35); y la STC 0006-2018-AI/TC (fundamento 49).

si esa posibilidad se introdujera en la Constitución mediante una modificación, pronto tal cambio constitucional podrá ser invalidado por destruir dicha norma y alterar las cláusulas intangibles que el poder constituyente ha fijado como límite al poder constituido[8].

Los riesgos mencionados se evitarían estableciendo con simplicidad que el Indecopi es una OCA. Esa declaración exigiría, por sí sola, dictar una ley orgánica que identifique sus competencias y funciones. Asimismo, habilitaría después al Indecopi a dictar su propio reglamento organizativo que complemente sus competencias y procedimientos, y (si su ley orgánica le autoriza) a dictar su reglamento normativo que complemente la incidencia sobre los derechos de los administrados.

## III. POSICIÓN CONSTITUCIONAL DEL GOBIERNO

Para analizar la potencialidad del Indecopi como OCA es necesario hacer un breve repaso sobre la posición actual que tiene este organismo dentro del aparato administrativo del Poder Ejecutivo y , a su vez, realizar un análisis de la posición constitucional que ostenta este último dentro del entramado constitucional. El Poder Ejecutivo, a través del gobierno central, es el titular de la administración central, de modo que debe liderar toda la organización administrativa compuesta por entes desconcentrados y descentralizados creados para el logro de los fines que le han sido encomendados por la Constitución. Dentro de ese sistema se ubica el Indecopi, creado en 1992 por el Decreto Ley 25868 como un organismo dependiente o desconcentrado del Ministerio de Industria, Turismo, Integración y Negociaciones Comerciales Internacionales –que es en la actualidad el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (en adelante, MINCETUR)– pero con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa.

Esa naturaleza fue sustantivamente modificada el año 2008, cuando se dictó el Decreto Legislativo 1033 que, si bien ratificó estas últimas competencias autónomas, estableció que en adelante el Indecopi sería un organismo descentralizado, con **autonomía funcional**. Se estableció que es un organismo adscrito y no dependiente a la Presidencia del Consejo de Ministros. En la actualidad, el Indecopi propone ser convertido en un OCA, que supone no estar adscrito al Poder Ejecutivo, ni a ningún otro organismo o poder del Estado.

Para comprender ese régimen jurídico (y, por ende, el nivel de autonomía del Indecopi) es necesario reseñar conceptos como **organismos descentralizados, desconcentrados, administración instrumental, adscripción, tutela**, y otros elementos propios del derecho administrativo orgánico. De forma posterior, podremos comprender la posición constitucional que ostenta el gobierno y, por ende, también podremos darle sentido a los sucesivos cambios que ha experimentado el Indecopi hacia la autonomía del Poder Ejecutivo

### A. La organización administrativa: descentralización y desconcentración

En los Estados organizados bajo una **administración centralizada**, las decisiones son tomadas por esta a través de sus distintas dependencias sujetas a una relación de jerarquía. No existen varios órganos que ejercen sus poderes, sino una gran burocracia que es parte de un solo ente de poder. Incluso las demarcaciones territoriales en donde existe una mayor relación con el pueblo (y, por ende, este tiene cuotas de poder), están sujetos a una tutela estricta que incluye la revisión de sus decisiones por la administración central.

Ahora, se trata de casos de **desconcentración**, puesto que el primer caso descrito se refiere a órganos que ejecutan los comandos de la administración central; mientras que, en el segundo caso, se trata de órganos con capacidad propia para de decidir, pero que emiten decisiones revisables por la administración central. En efecto, se trata, sin duda, de una relación de jerarquía entre administración y las demás dependencias.

Por otro lado, en una **administración descentralizada**, las demarcaciones territoriales obtienen plena autonomía y supremacía sobre los asuntos de su competencia, y solo se sujetan a tutelas tasadas (de la administración central u otros órganos autónomos) que se activan solo si invaden con contravienen competencias ajenas. Ciertamente, se han detectado varios intentos de los gobiernos regionales de ejercer una autonomía política autárquica, puesto que han pretendido regular materias que competen al Poder Ejecutivo e incluso

[8] Igual lectura constitucional presenta Parada Vázquez, al mencionar que

> [e]sta distinción [entre reglamentos administrativos y normativos] reviste importancia en relación con el principio de reserva de ley: mientras que los reglamentos jurídicos [o normativos], por afectar en último término a la propiedad y libertad o contenidos tradicionales del Derecho privado, solo se admiten en desarrollo a una ley previa, o lo que es lo mismo, necesitan de una ley habilitante; los reglamentos administrativos por el contrario se entiende que inciden en un ámbito doméstico de la Administración y por ello sólo tienen que respetar el principio de reserva de ley forma, esto es, no contradecir su regulación si existe una norma superior (2014, p. 64).

en contra de lo que este ya había regulado (sin embargo, que el TC ha invalidado creando una nutrida jurisprudencia al respecto)[9].

Esto solo busca contextualizar el desempeño del Poder Ejecutivo, pues aquí nos interesa estudiar la actual administración descentralizada que este último ostenta como gobierno central, con competencias propias, sujeto a un régimen autónomo y distinto del que rige a las llamadas demarcaciones territoriales (gobiernos locales y regionales). Una administración descentralizada se organiza de forma que logran convivir una administración central y organismos descentralizados. El gobierno central mantiene ciertos entes desconcentrados con los que sostiene una relación de jerarquía. De modo que tales organismos podrán ser meros gestores de los mandatos de la autoridad superior (delegación, mandato, etc.), o incluso podrán no parecer simples mandaderos de otro; sino que se pueden actuar como autores, que ejercen en su propio nombre la competencia para decidir determinado asunto, pero que están sujetos a directrices, circulares, instrucciones, etc., de la administración central que, por lo demás, podrá revisar sus decisiones.

Ahora, lo que caracteriza a la organización descentralizada es que, además de lo anterior, la administración central recurre a una real distribución de su poder en distintos entes autónomos con personalidad jurídica propia y no sujetos a una relación de jerarquía, sino a una **descentralización de sus competencias**. En ese sentido, se podría decir que, en la desconcentración se cede el **ejercicio** de la competencia (de modo genérico o para casos específicos) sobre cierto asunto, pero la administración central no cede su **titularidad**. En cambio, en la descentralización se transfiere la titularidad misma de la competencia a otro organismo. En el primer caso, bastará con una resolución de organización del gobierno central, con la finalidad de crear un organismo separado o agregar a su estructura otro órgano dependiente, mientras que, en el segundo caso, la descentralización o cesión de las competencias necesitará de la decisión del legislador, pues los poderes estatales solo se ejercen como prevé la ley (Const., 1993, art. 45).

La distinción anterior puede ser didáctica, pero aún es insuficiente. Gallego Anabitarte advierte que hay casos de transferencias de competencias que no implican descentralización, debido a que la persona jurídica receptora puede quedar sujeta a la supervisión plena del ente cedente (ya sea mediante directrices o instrucciones, o incluso mediante la revisión de sus decisiones por la administración central) (1990, pp. 11-14). De modo que, para identificar una administración descentralizada es esencial verificar su nivel de independencia respecto del cedente del poder. De cualquier modo, la descentralización no es sinónimo de ajenidad, ya que el nuevo organismo empoderado mantendrá siempre una relación de tutela con la administración central debido que fue creada para cumplir los fines constitucionalmente de este último.

Al respecto, Baena del Alcázar señala que

> [p]ara comprender claramente la relación que se da entre los entes funcionalmente descentralizados y la Administración central, hay que partir de la base de que tras estos entes no existe un centro de intereses propios, sino que se trata de los intereses del propio Estado. Si ponemos esta idea en conexión con la atribución de una función estatal, resultará claro que el Estado crea estos entes, que desempeñan funciones que son propias del mismo Estado, con unos fines determinados. Estos fines no pueden ser otros que la concesión de una mayor agilidad y flexibilidad en el cumplimiento de sus funciones, o más exactamente la consecución de un medio más idóneo para realizar las funciones aludidas. Como, desde luego, el Estado no se desentiende en absoluto de estos entes, como de ninguno de los entes públicos, es claro que se trata de utilizar estas personas jurídicas como medios, como instrumentos para realizar una serie de funciones que son las que se asignan a las nuevas personas [de derecho público] (1964, p. 115).

Por este motivo, por más autonomía que se les otorgue, las entidades descentralizadas no dejan de integrar la administración central, sino que están adscritas a un sector público; es decir, tienen una necesaria vinculación orgánica con ese sector lo que no necesariamente significa sometimiento, ni dependencia de la entidad rectora de dicho sector. Ser un organismo descentralizado garantiza autonomía en varios aspectos, pero nunca autonomía en cuanto a los fines estatales para los cuales fue concebido. Es un instrumento creado para hacer más eficiente la realización de los fines asignados a la administración central. Es en este sentido que se habla de **administraciones instrumentales**.

[9] Ariño Ortiz señala que esta exigencia de unidad del derecho, o al menos de no contradecir el Derecho nacional, indica que la identificación entre descentralización y autonomía política no es tan real; sino que la verdadera descentralización se refiere a la distribución de las actividades administrativas en distintos órganos (1988, pp. 17-19).

Este aspecto explica por qué siempre la administración central del sector tendrá cierto poder de control sobre los organismos desconcentrados adscritos a sí. Además, no es jurídicamente posible lograr la total independencia de estos organismos con relación a la administración central, porque el poder que ostentan emana de su integración al Poder Ejecutivo. Sin ello no serían parte de ningún cuerpo estatal; en efecto, no tendrían ningún correlato constitucional, puesto que serían entes sin posición en el aparato estatal (sin competencias ni poder que, por ende, solo podrían emitir actos nulos)[10].

Usamos los términos organizaciones desconcentradas y descentralizadas para fines explicativos, debido a que la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo prefiere la denominación "organismos públicos" para englobar a los organismos **ejecutores y especializados** (que, a su vez, se subdividen en organismos **reguladores y técnicos especializados**), algunos de los cuales tienen altos niveles de desconcentración y otros son reales organismos descentralizados, por lo cual su creación solo puede darse por ley (debido a que suponen una alteración de las competencias).

Asimismo, la ley reconoce a distintas modalidades de **comisiones**, **programas y proyectos especiales**, cuya creación depende del Poder Ejecutivo (porque su creación no supone una modificación de competencias) y tienen una marcada relación de dependencia o jerarquía con relación al gobierno. Sobre este último asunto volveremos más adelante.

### B. El gobierno como director de la política general y de la Administración

El presidente de la República se encarga de exponer y debatir ante el Congreso la política general del Gobierno (Const., 1993, art. 130), desde luego que dicha exposición no consistirá en una mera elucubración de ideales, debido a que, a la par, se faculta al gobierno a "dirigir" esa política gubernamental (Const., 1993, art. 118.3). Para explicar el poder de dirección política del gobierno, Pérez Royo recuerda que el Estado se fundó como un instrumento para dirigir la sociedad, por lo que su dirección requiere de actuación política cuestión que, dentro del Estado, se atribuye al gobierno. En efecto, el autor señala que

> [e]l Gobierno tiene que ser el intérprete político de la sociedad, que potencie con su liderazgo y acción los elementos positivos que hay en ella y elimine o reduzca el impacto de los elementos negativos. Y esto no es definible jurídicamente… [por lo que] la Constitución … no puede añadir nada más. Lo único que puede hacer es concretar a lo largo del texto constitucional una serie de instrumentos de dirección política […] (2007, p. 744).

Para esa dirección política, el gobierno debe contar entre sus instrumentos con un aparato administrativo (Const., 1993, art. 118.24), puesto que, como insiste Pérez Royo,

> [o]bviamente, para poder cumplir esta función, el Gobierno tiene que disponer de un aparato administrativo que esté a la altura de las tareas en que una tal función se descompone… es el contrapeso de la dirección política, en la medida en que da estabilidad a la acción política del Gobierno (2007, p. 745).

Es decir, la dirección de la política general del gobierno incluye la dirección sobre las administraciones instrumentales.

Por su parte, García Morillo (1998, pp. 88-93) y Magide Herrero (2000, pp. 229-230), transitan otro camino para llegar a la misma conclusión: si es el gobierno es el responsable político de las actividades de las administraciones públicas que se integran a él, lo mínimo que puede exigirse para imputarle la conducta de aquellas, es que ahí el gobierno tenga ciertas potestades de dirección o de influencia[11]. En efecto, resulta difícil imputar responsabilidad política a quien no tiene ninguna clase de comando sobre la gestión que se cuestiona.

En ese sentido, el mandato constitucional según el cual el gobierno dirige y gestiona los servicios

[10] Debe recordarse que estamos refiriéndonos a lo que se conoce como administraciones derivadas de otra matriz, La cuales surgen con motivo de desconcentración o descentralización de competencias y que, por ese motivo, compartirán siempre los mismos fines públicos de su matriz. Sin embargo, existen otros entes con personalidad jurídica pública que no necesitan de esa adscripción a otro para ser parte del Estado; sino que son originarias en la medida que surgen de actos soberanos del constituyente y como tales gozan de autonomía en sus fines, como los OCA que venimos estudiando, los gobiernos regionales y locales (Const., 1993, arts. 191 y 194), las universidades públicas (Const., 1993, art. 18) o los colegios profesionales (Const., 1993, art. 20). Para mayor información, véase a Martínez López-Muñiz (1986, pp. 80-81).

[11] Por ejemplo, en la actualidad es claro que la política general del gobierno es enfocarse en la lucha contra la pandemia del COVID-19, de tal suerte que sus administraciones instrumentales (en especial los dedicados a los rubos de salud y economía) están orientadas a implementar distintas medidas para combatir o mermar los efectos sanitarios y económicos que genera la pandemia. Dicho aspecto no enerva, en definitiva, los posteriores controles políticos a los que se someterá el Poder Ejecutivo por la actuación de sus organismos en la implementación de las políticas de gobierno.

públicos (Const., 1993, art. 119) debe entenderse como una atribución genérica al gobierno de un poder de dirección y gestión de las administraciones públicas encargadas de satisfacer los servicios públicos. Es decir, el gobierno es responsable de todos los servicios vinculados con las actividades económicas de especial interés público y reconocido por el legislador por su carácter esencial para la comunidad, lo que impone su prestación continua, en condiciones de igualdad y bajo ciertos estándares mínimos de calidad (sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC, 2006, fundamento 40)[12]. Precisamente, para eso se fundan las administraciones públicas, puesto que, como resume Parejo Alfonso, "el fundamento y fin institucional de la Administración residen en la satisfacción de los intereses sociales generales" (1993, p. 98).

Por tanto, el Poder Ejecutivo cuenta con un entramado de administraciones instrumentales en los distintos sectores como la industria, la agricultura, el comercio, la energía, la pesca, la educación, el trabajo, la economía, entre otros, para favorecer la satisfacción de esos intereses generales de la comunidad. Además, el constituyente ha colocado al gobierno a la cabeza de ese entramado de Administraciones públicas (como director y gestor) como parte de su poder de dirección política.

### C. Tutela administrativa

Señalamos que los organismos desconcentrados y descentralizados están siempre adscritos a la organización administrativa de un sector público, lo que significa que están sujetos a cierto grado de control, influencia o tutelas del organismo regente del sector. La tutela es aquella competencia que posee una organización para colocarle en una posición de superioridad frente a otro en determinadas situaciones. Según la magnitud de tutela, podemos estar frente a un organismo desconcentrado o descentralizado, pero la tutela no se reduce a la relación entre ente rector e instrumental; sino que se puede dar incluso entre organismos un organismo desconcentrado o descentralizado, o entre organismos que pertenecen a distintos sectores públicos.

Ahora bien, Gallego Anabitarte precisa que puede existir la **tutela material** que usualmente se da frente a organismos desconcentrados y que supone el control de legalidad de las actuaciones de un organismo por otro ya sea para invalidarlo, revocarlo o confirmarlo; o incluso un control más político mediante el dictado discrecional de directrices, prohibiciones o autorizaciones (2001, p. 13). De otro lado, se encuentra la **tutela orgánica** que se identifica con la **jerarquía** y consiste en el control que ejerce un órgano superior frente a otro de menor rango, pero que forma parte de una misma organización, por lo que incluye también una **tutela material** (2001, pp. 61-62)[13].

Estas tutelas definen el grado de dependencia u autonomía que tienen los organismos, y la administración central materializa su ejercicio por distintos medios. Por ejemplo, a través del **poder normativo**, en donde el gobierno dicta circulares o directivas internas que deberán cumplir los organismos desconcentrados, desde luego, dentro de los límites establecidos por el legislador. También suele contar con mecanismos de **control funcional** que les permitan revisar, anular o corregir las decisiones o actos adoptados por las administraciones. Incluso con mecanismos de **control personal** que le otorgarían discrecionalidad para designar funcionarios, en especial, en los más altos puestos de dirección de la administración pública. Todo esto, sin olvidar el **control financiero** que tiene que ver con la discrecionalidad del gobierno en la asignación del presupuesto[14].

Estos elementos que permiten la dirección política y jurídica de la administración central respecto de sus organismos desconcentrados se ven mermados cuando se trata de organismos descentralizados, de modo que se solo existe una dirección matizada del gobierno, se trata de una tutela más débil.

En efecto, como ya advertimos, por más independencia que se dé a los organismos descentralizados, estos siempre estarán sujetos a una relación de tutela con la administración central, que permita evidenciar que forman parte o están adscritas a

---

[12] Un estudio más técnico del concepto aplicado en nuestro derecho puede verse en Huapaya Tapia (2015, pp. 368-397). Asimismo, el detalle de las distintas acepciones constitucionales del término servicios públicos, puede encontrarse en Ochoa Cardich (2013, pp. 105-119).

[13] Esta noción de tutela no es absoluta, puesto que autores como Muñoz Machado consideran que las tutelas se aplican solo a ciertos organismos con alta autonomía, por lo que se explica que

> [l]a tutela es, por su contenido y carácter, una alternativa a los poderes jerárquicos, que confiere un poder de supervisión y control más matizado y debilitado, pero que permite a la entidad de la que dependen las unidades descentralizadas intervenir en la designación de sus órganos de dirección y participar en la planificación de las actividades del ente autónomo, así como, en su caso, controlar sus decisiones (2017, p. 67).

[14] Para mayor detalle sobre estos elementos que emplea el gobierno para la tutela, véanse a Magide Herrero (2000, pp. 83-120) y a García de Enterría y Fernández (2001, pp. 407-411).

esta última. De lo contrario, perderían el terreno constitucional en donde se enraízan sus funciones. Si fueran totalmente independientes del Poder Ejecutivo, entonces no serían parte de ningún cuerpo estatal constitucional, no tendrían ningún poder que emana del pueblo tal como manda la ley fundamental (Const., 1993, art. 45).

Según el diseño de las tutelas del gobierno, las administraciones instrumentales presentan una variedad de autonomías, lo que depende de los fines que tuvo la administración central o el legislador al crear los organismos desconcentrados o descentralizados. Así, en unos casos, habrá un marcado control funcional del gobierno, en otros tal control no existirá; en unas administraciones públicas la designación y retiro de personal directivo clave quedará a la entera discrecionalidad del gobierno, en otros dependerá de un proceso de selección objetivo, entre otros supuestos[15].

No hay una fórmula única de entes desconcentrados y descentralizados, sino que cada institución tiene estos distintos niveles de tutela. De tal forma, según la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (Ley 29158, 2007) y el Decreto Supremo que actualiza la calificación y relación de los Organismos Públicos (Decreto Supremo 058-2011-PCM, 2011) existen los siguientes organismos:

a) **Organismos públicos ejecutores**: Son creados por ley y cuentan con una administración propia debido a la magnitud de sus operaciones dedicadas a la prestación de servicios específicos. Sin embargo, sus lineamientos técnicos, políticas y personal, se encuentran en una relación de dependencia respecto del gobierno (Ley 29158, 2007, artículos 28, 29 y 30), como la Agencia de Promoción de la Inversión Privada, el Instituto Nacional de Defensa Civil, el Organismo de Formalización de la Propiedad Informal, la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales, entre otros.

b) **Organismos públicos especializados**: Son creados por ley, pero con independencia para ejercer sus funciones, de modo que solo están adscritos a un ministerio (Ley 29158, 2007, artículos 28, 29 y 32).

En ese sentido, se subdividen en dos puntos.

Por una parte, los **organismos reguladores**, dedicados a ámbitos especializados de regulación de mercados o de mercados no regulados, para asegurar su cobertura nacional. Tienen autonomía para definir sus lineamientos técnicos, objetivos, estrategias. En efecto, se rige por un Consejo Directivo designado por el gobierno mediante concurso público, que solo puede ser removido por falta grave e incompetencia manifiesta (Ley 29158, 2007, artículo 32). Por ejemplo, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento.

Por otra parte, los **organismos técnicos especializados**, los cuales planifican, supervisan, ejecutan o controlan políticas multisectoriales o intergubernamentales del Estado, por lo que requieren un alto grado de independencia funcional. Asimismo, atienden derechos a los particulares, ya sea para el ingreso a mercados o el desarrollo de actividades económicas. Se sujetan a los lineamientos técnicos del sector correspondiente con quien coordinan sus objetivos y estrategias (Ley 29158, 2007, artículo 33). Por ejemplo, la Autoridad Nacional del Agua, la Comisión Nacional Supervisora de Empresas y Valores, el Organismo Superior de Contrataciones con el Estado, el Instituto del Mar del Perú, el Servicio Nacional de Áreas Protegidas, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental, el Indecopi, el Instituto Geológico, Minero y Metalúrgico, la Autoridad Nacional de Servicio Civil, entre otros.

Dependiendo de sus leyes de creación y de las relaciones de tutela, algunos de los organismos mencionados pueden ser organismos desconcentrados y otros organismos descentralizados.

En otro rubro se encuentran los distintos órganos a que hace referencia la ley 29158 y que tienen una relación de tutela orgánica con la administración central. De un lado, están las comisiones que son órganos encargados del seguimiento, fiscalización, propuesta o emisión de informes, que para el gobierno no poseen personería jurídica propia y están integradas a una entidad pública de la cual dependen. De otro lado, se encuentran los programas que son estructuras funcionales creadas para atender situaciones críticas, implementar políticas específicas de la entidad a la que pertenecen. Por último, se encuentran los proyectos especiales que son un conjunto de actividades destinados a aten-



[15] Compárese con Santamaría Pastor (2002, pp. 419-433) y Gallego Anabitarte (1990, pp. 7-ss.).

der actividades de carácter temporal (Ley 29158, 2007, artículos 35, 36, 37 y 38).

### D. El Indecopi como administración instrumental

Lo anterior nos permite comprender de qué manera el Indecopi forma parte de ese entramado de variedades de administración pública . En un inicio, el Indecopi fue creado por el Decreto Ley 25868 como un "organismo dependiente" del MINCETUR, pero con autonomía técnica, económica, presupuestal y administrativa. Y sin autonomía funcional o de personal. Este aspecto significaba que debía soportar una fuerte tutela administrativa del Poder Ejecutivo. Por ejemplo, en cuanto al personal directivo clave, el MINCETUR designaba al presidente del directorio y a dos miembros de este, mientras que el otro miembro lo designaba el Ministerio de Economía y Finanzas (Decreto Ley 25868, 1992, arts. 4 y 5). Asimismo, en lo referido a las funciones, el directorio del Indecopi definía las políticas y directivas de administración, así como la creación de gerencias. También designada a los miembros de las comisiones, de sus Tribunales y a sus secretarios técnicos (Decreto Ley 25868, 1992, arts. 4 y 11) e incluso el directorio tenía libertad para remover a los miembros del Tribunal invocando solamente la pérdida de confianza (Decreto Ley 25868, 1992, art. 15)[16].

Es decir, en sus inicios el Indecopi fue un organismo desconcentrado del gobierno, con varios espacios de autonomía, pero sin autonomía política para fijar normas o directivas internas y sin autonomía de personal para nombrar y mantener a sus funcionarios clave. Sin embargo, se le concedió otras autonomías funcionales relevantes como la autonomía técnica que le aseguró la no revisión de sus decisiones por el gobierno. En otras palabras, se le otorgó competencia exclusiva para resolver las causas, de modo que sus resoluciones solo fueran revisables en la vía judicial.

Ahora, el 3 de febrero de 1998, se publicó la Ley 26923, que la calificó como organismo descentralizado y adscrito a la PCM. Sin embargo, sin una modificación de las tutelas impuestas, eso solo podía significar un cambio en la entidad que ejercerá la influencia indirecta del gobierno sobre Indecopi. Unos meses después, el Decreto de Urgencia 025-98 la haría retornar a los fueros del MINCETUR. Asimismo, el 16 de mayo de 1999, la Ley 27111 volvió a calificar al Indecopi como organismo descentralizado, pero solo para ratificar que volvió a los fueros del MINCETUR bajo la forma de adscripción, sin ningún cambio adicional.

En este periodo el Indecopi fue un organismo descentralizado sometido a una intensa tutela del ejecutivo. Sin embargo, se caracterizó por su especialización y autonomía técnica, garantizada con la falta de revisión de sus decisiones.

### E. Fines y modelo del Indecopi

El Decreto Legislativo 1033 convirtió al Indecopi en un organismo descentralizado más autónomo, con características lo permiten actualmente calificarlo como una administración independiente por su innegable autonomía funcional frente al gobierno en el ejercicio de sus competencias y con tutelas reducidas, a veces inexistente, en otros aspectos por parte de la administración central. Todo esto para asegurar la neutralidad de sus decisiones, sin influencias políticas y con un sustento objetivo o técnico. Sin embargo, el hecho de que sea una administración independiente no significa que haya dejado de ser un organismo instrumental, sino que sigue adscrito al Poder Ejecutivo.

El proyecto normativo comentado en el presente artículo no señala los fines que persigue el Indecopi, por lo que solo podría ser deducido de sus funciones. A diferencia de la norma actual, el proyecto no considera entre sus funciones a la protección del crédito mediante un sistema concursal, lo que puede ser indicativo de los fines que se busca asignarle.

Ahora bien, las funciones –algunas de manera evidente y otras de forma más tangencial– pueden ser vistas como potestades que tienen como finalidad promover políticas que favorezcan al consumidor y a la competencia. Así, la eliminación de barreras burocráticas permitirá el acceso al mercado de nuevos competidores y, por ende, de mayores ofertas a los consumidores. Además, lo propio pasará con la defensa de la competencia que favo-

[16] Cabe señalar que, tal regulación se dictó bajo el marco jurídico de la Ley del Poder Ejecutivo que otorgaba al presidente de la República la facultad para designar a los titulares de los organismos públicos descentralizados (Decreto Legislativo 560, 1990, art. 2.8) y se otorgó a los Ministerios la potestad de

> dictar las normas sectoriales de alcance nacional en los asuntos de su competencia y prestar, a través de los organismos públicos descentralizados […] bienes y servicios sectoriales; así como supervisar y evaluar la ejecución de las políticas sectoriales. Tienen a su cargo la supervisión y control de las instituciones públicas descentralizadas que conforman el Sector correspondiente (Decreto Legislativo 560, 1990, art. 19).

Es decir, se otorgaba tutela política (a través del dictado de normas) al Gobierno, e incluso la facultad de supervisión sobre las acciones de los organismos descentralizados.

recerá la adecuada concurrencia de actores en el mercado en beneficio de los consumidores, mientras que la protección de la propiedad intelectual protegerá no solo a los titulares de la marca o derechos de autor, sino a los consumidores que confían en la adquisiciones de bienes y servicios de sus creadores. Finalmente, la eliminación de barreras comerciales no arancelarias supone la adopción de medidas para que actores externos no ingresen al mercado nacional con ventajas indebidas, en perjuicio de una competencia equitativa.

Esta concurrencia de políticas en un solo organismo ha generado dudas en los debates de la OCDE. Las mismas que parecen despejadas por el Ergas y Fels, quienes señalan lo siguiente:

> La política de competencia tiene como objetivo proteger y, cuando sea apropiado y eficiente, ampliar la gama de opciones disponibles para los consumidores. Al mismo tiempo, la política del consumidor busca proteger, y cuando sea apropiado mejorar, la calidad de esa elección, y asegurar que los consumidores puedan ejercer su elección de manera efectiva y con confianza en la equidad e integridad de los procesos del mercado […]. el riesgo de desplazamiento que pesa sobre las empresas en mercados efectivamente competitivos crea incentivos para que esas empresas desarrollen y protejan una reputación de proveedores de buena calidad, ya que esto les permite asegurar la repetición de negocios y reducir los costos de comercialización. Esto reduce la carga que de otro modo recaería sobre la política del consumidor en términos de hacer cumplir los estándares de productos y servicios, ya que las empresas tendrán sus propios incentivos para cumplir y superar las expectativas de los clientes (2008, pp. 18-19).

Este aspecto indicaría que el óptimo constitucional exige que un solo organismo reúna la promoción de la defensa del consumidor y de la competencia, tal como se deriva del proyecto de convertir al Indecopi en un OCA.

No obstante, ya sea como un futuro OCA o como actual organismo público descentralizado, la reunión de muchas funciones en el Indecopi hace difícil identificarlo solo con el modelo agencia de competencia; ya que tiene algunos atributos propios de un organismo regulador. En ese sentido, Bullard González resalta que el propósito de ambas es garantizar adecuadas condiciones de competencia en favor de los consumidores, pero los organismos reguladores toman medidas *ex ante* para evitar previsibles defectos en la competencia de determinados mercados (2006, pp. 901-921). Asimismo, establecen medidas para asegurarse de que pase aquello que estiman ocurriría en adecuadas condiciones competencia, como fijar precios, calidades, condiciones de contratación, información a los usuarios, entre otros. En cambio, las agencias de competencia actúan *ex post*, ante las distorsiones que efectivamente ocurren. De este modo, no fijarán precios, pero velarán que no se distorsionen mediante acuerdos entre competidores. No precisarán la calidad de los productos, pero evaluarán si resultaron o no ser idóneos a los fines para los cuales fueron adquiridos. No precisarán estándares de información, pero analizarán si aquella fue adecuada para tomar una decisión informada.

El Indecopi, principalmente, sigue el modelo de una agencia de competencia, pero en temas de propiedad intelectual parece actuar como un organismo regulador. Podría decirse que procede *ex ante* al registrar marcas y derechos de autor puesto que su jurisprudencia fija reglas para la registrabilidad de tales derechos. Ello brinda previsibilidad y evita la generación de asimetrías de información en los mercados. Sin embargo, esta entidad también actúa con carácter *ex post* para atender eventuales disputas sobre estas titularidades[17].

En todo caso, esas funciones *ex ante* en propiedad intelectual se asemejan mucho más a las de un registrador que a las de un regulador[18]. Hace un tiempo era indudable que el Indecopi actuaba como regulador y agencia en asuntos de metrología debido a que no solo fijaba las reglas de actuación en ese sector, sino que inclusive fiscalizaba su cumplimiento. Dicha competencia corresponde actualmente al Instituto Nacional de Calidad.



[17] En distintos países se fusionan agencia de competencia y organismos reguladores, lo que fue analizado por la OCDE en diciembre de 2014 y junio de 2015. Ahora, los profesores Kovacic y Fels (2016, pp. 4-5) resumen los debates generados y resaltan que tal fusión puede ser beneficiosa; puesto que la información económica de la agencia puede favorecer las funciones de regulación, aunque eso también se podría lograr con sistemas de cooperación de datos entre organismos distintos. Sin embargo, estiman que la principal ventaja de esa fusión de competencias es que evitaría que el regulador no se enfoque solo en un sector del mercado, que tenga menos contacto con dicho sector y se reduzcan las posibilidades de captura del regulador. En efecto, debido a la preponderante posición como agente de competencia que tiene el Indecopi, no puede decirse que tenga estos problemas.

[18] Cabe resaltar que, en el sector de telecomunicaciones, el Osiptel actúa tanto como agencia de competencia como regulador. Dicho ámbito que se encuentra excluido de las competencias del Indecopi.

## IV. INDECOPI COMO ADMINISTRACIÓN INDEPENDIENTE

### A. Fundamento de las administraciones independientes

Magide Herrero define a las administraciones independientes como organismos con funciones propias y activas sobre los particulares. Asimismo, tienen una configuración jurídica de tal tipo que evita facultades de dirección o de intervención política del gobierno, lo que asegura la emisión de decisiones técnicas y neutrales (2000, p. 33). Precisamente, las administraciones independientes de Estados Unidos, Francia, Inglaterra y Alemania surgieron por la concurrencia de factores como desconfianza en las decisiones del gobierno, necesidad de respuestas técnicas y no políticas en sectores sensibles o estrategia del legislador para restar poderes al gobierno[19].

Sin embargo, Salvador Martínez señala que en esos países lo usual fue que la creación de esos entes se justifique en la neutralidad política, despolitización o imparcialidad política, por lo que

> obedece a la necesidad de que ciertas funciones se ejerzan al margen de la mucha de partidos, es decir, la necesidad de alejar determinadas actividades y decisiones del ámbito de influencia de los partidos, y más concretamente de los órganos del Estado en los que tiene lugar la lucha política (2002, p. 344).

En la construcción dogmática, la doctrina suele remitirse a los estudios de Schmitt[20] para justificar la necesidad de neutralidad técnica de ciertos entes (1983, p.180). Este autor señalaba que algunos organismos son creados, precisamente, para ser ajenos al pluralismo político, para funcionar solo como peritos financieros, económicos o administrativos. Sin embargo, agregaba que esa sola condición de organismos técnicos no los haría ajenos a influencias políticas, puesto que el peso de sus argumentos y no sería suficiente para vencer la influencia o la resistencia de fuertes intereses políticos (Schmitt, 1983). En este sentido, la sola condición de administración no asegura la neutralidad requerida; sino que, al contrario, haría manipulable a esta entidad como arma política, bajo el ropaje de tecnicidad. Dichos peligros del pluralismo político, concluía Schmitt, deben combatirse mediante un proceso de autonomización y despolitización de tales organizaciones técnicas (1983)[21].

Dicho aspecto llevó a concluir que se necesitan administraciones ajenas al juego de fuerzas políticas en ciertos rubros que exigen respuestas técnicas antes que políticas. No obstante, se estimó conveniente crear organismos altamente despolitizados o con muy pocas posibilidades de ser influenciadas políticamente, que es lo que se espera, por ejemplo, con la creación de organismos descentralizados con altos niveles de independencia.

Eso ocurre con los organismos reguladores como Osiptel, Ositran, Osinergmin y Sunass que atienden y resuelven cuestiones técnicas vinculadas a los servicios públicos, su supervisión, regulación o sanción. Para esa tecnicidad en los sectores de telecomunicaciones, infraestructura, energía, minería o de agua (de forma respectiva) el legislador consideró que la mejor opción política era asignar aquellas competencias a organismos con altos niveles de independencia respecto del gobierno central, a pesar de que seguían integrados a este. Por similares razones, se establecieron un moderado nivel de tutelas del gobierno sobre el Indecopi, asegurándole así una mayor independencia en los asuntos de su competencia que tienen un alto corte técnico.

Ahora, en este punto se debe evitarse confusiones. La creación de administraciones independientes se debe a la necesidad de asegurar organismos necesariamente técnicos y despolitizados, pero ése no es el elemento que los identifica; sino que es sólo la razón política que usa el legislador para su creación. En efecto, únicamente sabremos si estamos ante administración independiente luego de revisar las tutelas a las que se encuentra sometida y el nivel de independencia que le dejan.

Si las administraciones independientes se diferenciaran únicamente en la necesidad de respuestas técnicas en algunos sectores, entonces cabría esperar que otros muchos rubros de la Administración pública sean también administraciones independientes. Por ejemplo, en las tasaciones del Ministerio de Vivienda para la expropiación de predios se esperan criterios técnicos de valorización antes que políticos. Del mismo modo, en el di-

[19] Compárese con Betancor Rodríguez (1994), Salvador Martínez (2002) y Parada Vázquez (2014, pp. 342-356).

[20] En ese sentido, para mayor información, véase a Sala Arquer, (1984) y a Magide Herrero (2000, p. 126).

[21] En sentido crítico, Rallo Lombarte señala que nada garantiza que el experto actuará efectivamente con neutralidad, alejado de sus propias inclinaciones políticas o que ciertas administraciones requieran con mayor urgencia una estructura despolitizada porque deben ser más neutrales que otras organizaciones en virtud de la función que desempeñan(1995, pp. 132-ss.).

seño del currículo nacional escolar se espera el uso de criterios pedagógicos y no de criterios políticos del Ministerio de Educación. Sin embargo, eso no ha exigido que tales sean atendidos por la administración independiente, ni siquiera por organismos descentralizados; sino por el mismo gobierno, por sus ministerios[22].

Por tanto, los motivos técnicos o de despolitización para instaurar administraciones independientes son sólo la causa política para su creación, no pueden ser elevados como criterios para su identificación. Hay un amplio espectro, en donde se exige, se valora y espera respuestas técnicas y no políticas de la administración pública; lo que no basta para instaurarlas como administración independiente.

### B. Garantías del Indecopi como administración independiente

Saber si un organismo tiene la cualidad de administración independiente pasa por evaluar la intensidad de las tutelas a las que está sometido y, en especial, los niveles de su **autonomía orgánica**, **funcional**, **personal y financiera**[23]. Esa es la línea que busca seguir el artículo 1 del Decreto Legislativo 1033 al disponer que el Indecopi es un organismo público especializado con personería jurídica de derecho público interno, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) y con autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa. Ahora, no debemos olvidar, como advierte Betancor Rodríguez, que las administraciones independientes cuentan con esa autonomía para neutralizar políticamente a su matriz u otras influencias, sin llegar a erigirse en otro poder ajeno a aquélla (1994, p. 188).

**Indecopi tiene autonomía orgánica**, puesto que sus competencias son definidas en una norma con rango de ley (Decreto Legislativo 1033, 2008), de modo que la PCM no puede mermar, ni afectar sus atributos. Si bien la reglamentación de esas potestades sigue en cabeza del Gobierno, aquel no podrá ejercerlas desnaturalizando la ley (Const., 1993, art. 118.8) e incluso el Indecopi podrá dictar directivas que regulen su funcionamiento (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 5, literal k). Además, Indecopi cuenta con personalidad jurídica propia y distinta de su matriz, lo que permite asumir derechos y deberes por sí mismo (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 1).

**Indecopi cuenta con autonomía funcional**, puesto que el gobierno carece de elementos para dirigir el desempeño de sus competencias, no puede dictarle órdenes sobre cómo o cuándo atender determinado asunto. Asimismo, tampoco puede establecer directivas u objetivos a seguir por el Indecopi. Se podría decir que esta es la principal nota característica de las administraciones independientes que, en el caso de Indecopi, se ve reforzada porque sus competencias son exclusivas; ya que las decisiones de sus órganos solo pueden ser revisadas por los órganos superiores del mismo Indecopi y, luego de agotada la vía administrativa, por un Juez (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 18). En suma, Indecopi no depende de las opiniones, criterios o directivas provenientes de otros organismos ajenos a él.

**Indecopi tiene autonomía financiera**, debido a que se mantiene con sus propios recursos provenientes de tasas, multas y la cooperación internacional (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 52). Este aspecto constituye una gran cualidad y una de las principales características de la OCDE. De hecho, con motivo de una visita al Perú, Jenny resaltó que uno de los principales problemas de independencia se da por el hecho de que otro organismo defina los ingresos de la agencia de competencia, dado que eso condiciona muchas veces sus acciones (2019, p. 22). Inclusive, resaltó la conveniencia de recurrir a mecanismos de autofinanciamiento para obtener capital sin tener que negociar los re-

[22] En efecto, en contra de lo que sostienen algunos autores, la vinculación con ciertos servicios esenciales o incluso con la defensa de derechos fundamentales, no puede ser la nota identificadora de las administraciones independientes; debido a que hay otras dependencias estatales que también prestan servicios esenciales a los ciudadanos o que protegen sus derechos (como vivienda, educación, salud, etc.) y no por eso se convierten en administraciones independientes. Una cuestión similar advierte Rallo Lombarte, quien niega la utilidad técnica de esa postura; puesto que permitiría ampliar sin mayor sustento las Administraciones exentas de dirección política del gobierno (1995: 129-130). En efecto, advierte que

> [c]ualquier precepto constitucional habilitaría al legislador a crear Administraciones independientes hoy inimaginables, que gestionen no importa qué ámbito público… Un sinfín de ámbitos de gestión pública serían susceptibles de autonomización [independización] y, con ello, el ejercicio de la función directiva del gobierno sí que sufriría un debilitamiento tal que resquebrajaría las estructuras del edificio constitucional democrático (Sala Arquer, 1984, p. 402).

Ahora, de forma paradójica, se propone el criterio técnico como nota diferenciadora, puesto que se señala que es necesario un filtro adecuado que identifique bien el fundamento de las administraciones independientes; debido a que, de lo contrario, corremos el riesgo de convertir a ese instituto "en una especie de cajón de sastre, en el que se da entrada a una abigarrada tipología de entes, cuya supuesta independencia obedece a motivos esencialmente diversos" (Sala Arquer, 1984, p. 402).

[23] Confróntense con Magide Herrero (2000, pp. 83-120) y Salvador Martínez (2002, pp. 358-372).

cursos (Jenny, 2019). De tal forma pasa en Turquía e Italia, donde existe un impuesto por el ingreso de nuevas empresas al mercado; o en Portugal, donde los recursos provienen de un impuesto derivado de los ingresos que perciben las entidades reguladoras sectoriales.

**Indecopi tiene una débil autonomía personal.** Algunas administraciones independientes son protegidas mediante una restricción de la discrecionalidad del gobierno en la designación de sus principales funcionarios. Por ejemplo, en el caso de los organismos reguladores o en los organismos técnicos especializados, el gobierno solo puede designar a candidatos que cumplan el perfil establecido por el legislador, debe realizar un proceso de selección de candidatos, o elegir entre los candidatos recomendados por el gobierno, o se impone que tales organismos sean dirigidos por cuerpos colegiados (directorios) y no por un solo funcionario designado por el gobierno.

No obstante, para el caso del Indecopi las cosas son algo distintas. El gobierno mantiene un alto nivel de tutela en la designación de cargos claves, puesto que dos miembros del directorio son designados por la PCM, uno por el MEF, uno por el MINCETUR, y otro por el Ministerio de la Producción. En cuanto al presidente del Indecopi (que, a su vez, preside el directorio), aquel funcionario es elegido por el Presidente de la República entre una lista de candidatos propuestos por la PCM (Decreto Legislativo 1033, 2008, arts. 4 y 7)[24]. Aquel tiene como funciones principales proponer a la PCM los vocales de las Salas de los Tribunales del Indecopi, designar a los miembros de las Comisiones, designar o remover al Secretario General y expedir las directivas administrativas de funcionamiento (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 5).

Aunque aquella tutela se modera al advertirse que el personal directivo y los vocales de las Salas ostentan el cargo por circo años, por lo que no dependen de la permanencia del gobierno. En efecto, solo pueden ser vacados por motivos objetivos como fallecimiento, incapacidad permanente, renuncia, impedimento legal sobreviniente, falta grave o inasistencias injustificadas (Decreto Legislativo 1033, 2008, arts. 6.3 y 13.6).

Al respecto, el actual presidente del Comité de Competencia de la OCDE advierte que esa regulación del Indecopi no cumple con los estándares internacionales al señalar lo siguiente:

> La estructura realmente, a rasgos simplificados, es que un ministerio de autoridades designa a los miembros del Consejo Directivo y luego, es el Consejo Directivo el que designa a los comisionados, a los tribunales de vocales y al personal. Entonces, este proceso no es completamente transparente, de pies a cabeza. Por ejemplo ¿quién es seleccionado para ser un candidato? ¿Quién es elegido? Por lo que hay

[24] Existen ciertas objeciones a la constitucionalidad de las administraciones independientes. En ese sentido, Parada Vázquez hace la siguiente crítica a su creación:

> [L]a autolimitación de los poderes de dirección de gobierno sobre la Administración y los servicios públicos… no puede excusarse o justificarse en que sus poderes y responsabilidades se trasladan a otro de los poderes del Estado, el legislativo, pues eso sería incurrir en otro motivo de inconstitucionalidad, dada la incapacidad del poder legislativo para asumir la gestión o cualquier tipo de responsabilidad en la gestión de los servicios públicos (2014, p. 374).

Mientras que García Llovet señala que

> (i) El legislador no está facultado para disponer de las competencias constitucionalmente atribuidas a otro órgano o poder constitucional; no puede, por tanto, privar al Gobierno de la potestad de dirección sobre la Administración Pública que tiene reconocida […] (i) La voluntad del Gobierno de neutralizar una parte del aparato administrativo, con la colaboración del Parlamento mediante el instrumento formal de la ley, es igualmente irrelevante; el Gobierno no puede, sin fraude del texto constitucional, eximirse de la responsabilidad que los poderes de dirección tienen implícitos […] (1993, p. 117).

No obstante, las administraciones independientes no están exentas de toda dirección política del Gobierno, el cual conserva ciertas tutelas moderadas. Su influencia se da principalmente en el plano personal, puesto que el Gobierno conserva la potestad de designar al presidente de las administraciones independientes que no tienen discrecionalidad en su gestión y son parte de un directorio (también designado por el Gobierno) que decide de manera colegiada. Asimismo, el Gobierno no puede cesar libremente al presidente o a los miembros del directorio, cuyos cargos están fijados en plazos legales. En suma, existe un débil nivel de dirección política del Gobierno sobre las administraciones independientes, pero suficiente para salvar los cuestionamientos como el de Parada Vázquez y García Llovet. En efecto, es que la instauración de esas organizaciones sí respeta el mandato constitucional de que el gobierno ejerza el control político de ellas; puesto que la Constitución no ordena un alto, medio o bajo nivel de dirección política sobre la administración pública, solo exige que tal tutela exista. Este aspecto también permite superar los cuestionamientos de García Morillo y Magide Herrero, puesto que si no hubiera ninguna influencia en la administración pública, no cabría imputar al gobierno responsabilidad política por la gestión de ella. Por ello, siguiendo el actual diseño de las administraciones independientes el Congreso sí podría imputar al Gobierno responsabilidad política sobre su gestión. Desde luego, si el Congreso redujo el poder de dirección política del Gobierno sobre las administraciones independientes, después no podría cuestionar la falta de dirección política de este último como si se tratase de una administración tradicional. Al contrario, deberá mermar o adecuar su nivel de control político a las circunstancias que rigen a ese nuevo tipo de organizaciones y que el mismo Congreso creó (López Ramón, 1991, p. 193; Betancor Rodríguez, 1994, p. 271).

> un problema presente acerca de la transparencia de la institución para pueda ser garantizada por el hecho, por ejemplo, de que vaya a haber un proceso más formal de solicitudes con, probablemente, ciertos criterios requeridos para ser comisionado o para ser un miembro del tribunal o para ser un miembro de la comisión (Jenny, 2019, p. 17).

No cuestiona la independencia del Indecopi, sino que solo resalta que no se ajusta a los estándares de la OCDE. En efecto, Jenny hizo un estudio comparado sobre el adecuado nivel de independencia de las distintas agencias de competencia de la OCDE y advertía que mientras más independencia estructural u operativa tengan tales agencias, es menos probable que sean pasibles de presiones. Agrega que algunas normas pueden dar espacio a influencias del Poder Ejecutivo que, si bien no serían eficaces en la práctica, podrían ocultar manipulaciones difíciles de detectar. Por lo que estima que es particularmente importante que las autoridades de competencia estén lo más protegidas posible frente a esos riesgos de captura por parte del gobierno o de intereses comerciales. Aunque eso no garantiza la independencia, señala que sí limita los riesgos de que metas ilegítimas interfieran en sus procesos, por lo que considera que la situación en donde la autoridad de competencia forma parte de un departamento ministerial es poco compatible con el requisito de independencia. Ahora bien, más coherente con la necesidad de garantizar la independencia de la autoridad de competencia, sería la situación en la que la agencia de competencia es un organismo administrativo que está fuera de la estructura ministerial (2016, pp. 28-34).

Finalmente, Jenny pone como el ejemplo el caso de México que para asegurar la independencia requerida estableció dos agencias con autonomía constitucional que sustituyeron a otros organismos que eran parte del Poder Ejecutivo y a las cuales, además, les fueron otorgadas garantías adicionales como las facultades de dictar normas de organización administrativa y reglamentos de ejecución, así como de interponer demandas de constitucionalidad contra normas que vulneren sus competencias. Por su parte, el modelo chileno es bastante peculiar, puesto que para asegurar mayor independencia establecen una fiscalía especializada que se encarga de los temas competencia directamente ante el Poder Judicial (Jenny, 2019). Esto puede indicar que el proyecto del Indecopi que propone una autonomía constitucional se inspira en parte en el modelo mexicano, sumado a un proceso de selección objetiva de sus funcionarios.

En este punto podemos concluir que el Indecopi es, sin duda, una administración independiente, que tiene garantías para su operación autónoma; pero que no deja de estar sujeto a tutelas del gobierno en el aspecto del personal. Sin embargo, esa condición legal es insuficiente o inadecuada, si el Perú insiste en postular a la OCDE. El siguiente paso para la autonomía requerida es que el Indecopi obtenga la condición de OCA, lo cual es precisamente lo que el proyecto en comentario propone.

## V. EL INDECOPI COMO OCA

### A. Justificación del constituyente para la creación de un OCA

Anteriormente, se hizo el recuento de los OCA y se advirtió que la necesidad de independencia era la justificación política que subyace en sus fundamentos. Sin embargo, según Schmitt, la neutralidad puede tener distintas acepciones. Algunas veces estamos ante una **neutralidad en un sentido negativo**, **como la ajenidad de influencias políticas**, para lo cual el Estado se abstiene de intervenir en ciertos espacios (por ejemplo, cuando se ejercen libertades o se forma ciertas voluntades políticas) o actúa como un instrumento técnico, sin importar si es requerido por amigos o adversarios. Sin embargo, también puede usarse la **neutralidad en un sentido positivo**, **como garantía de decisiones objetivas** (ya sea porque la decisión se sustenta en normas, criterios técnicos, el beneficio común o unificado) (Schmitt, 1982, pp. 183-187).

Es posible, de forma evidente, que una **versión combinada de neutralidad** sea aplicable en espacios liberados de influencias políticas con el propósito de asegurar decisiones objetivas. Dicha **neutralidad combinada** es la que se aplica a la mayoría de los OCA, puesto que han adquirido su autonomía para evitar ser influenciados o dirigidos políticamente por el Gobierno (o el Congreso) y asegurar así decisiones objetivas basadas en normas prediseñadas. Ese es el caso de la CGR, la JNJ, el MP, TC y Defensoría, que consagran su autonomía para evitar que el sujeto de la investigación pueda influir en los órganos que los investigan, lo que atentaría contra un contenido mínimo de justicia y, por ende, puedan emitir decisiones o dictámenes objetivos.

Un extremo de las funciones del JNJ, ONPE y RENIEC exige una **neutralidad en un sentido negativo**, para impedir toda perturbación del ejercicio de sufragio universal. Otra parte de sus funciones requiere **neutralidad en un sentido positivo** para resolver con objetividad las impugnaciones o cuestionamientos que puedan formular las distintas fuerzas políticas contra distintos elementos y etapas del proceso electoral. Aquí también hay

una exigencia mínima de justicia que indica que el candidato (o sus allegados políticos) no debe tener injerencia sobre el órgano que lleva adelante su elección.

Finalmente, el BCR y la SBS necesitan de una **neutralidad combinada** para su adecuado funcionamiento, debido a que requieren de la abstención de las influencias políticas para poder adoptar decisiones objetivas, basadas en criterios técnicos de economía. En estos casos, el contenido de justicia que subyace en la autonomía de estas entidades está en la necesidad de asegurar la razonabilidad de decisiones sobre asuntos económicos, con criterios también económicos (más aún si se considera que la magnitud de posibles yerros, agraviarían a toda la sociedad).

A dicha neutralidad debe sumarse la **trascendencia constitucional** y social de los asuntos que atienden. Por ejemplo, la CGR se encarga de la defensa de la legalidad en el uso del presupuesto del Estado (Const., 1993, arts. 77 y 82); la JNJ busca asegurar la independencia de los jueces y del Poder Judicial (Const., 1993, arts. 139.2 y 150 ); el MP defiende la legalidad de las actuaciones públicas y privadas (Const., 1993, arts. 45 y 159.1) e independencia del Poder Judicial (Const., 1993, arts. 139.2 y 159.2); el TC es el garante de la supremacía constitucional (Const., 1993, arts. 51 y 201); la Defensoría se encarga de defender los derechos fundamentales (Const., 1993, arts. 1, 2, 3 y 162); y el JNJ, el ONPE y el RENIEC buscan asegurar la forma democrática del gobierno (Const., 1993, arts. 3, 43 y 176).

Ahora bien, en el caso del BCR y la SBS la cuestión es más controvertida porque se encargan de asuntos que no tienen un directo reconocimiento constitucional, pero debido a su trascendencia económica, tiene suma importancia en la consciencia de la población peruana. Su inclusión como OCA se sustenta principalmente en la necesidad de neutralidad de las decisiones en los sectores en donde se desempeñan. En todo caso, la SBS y el BCR se vinculan con mandatos constitucionales genéricos que ordenan promover condiciones para el progreso social y económico (Const., 1993, art. 23), para lo cual protegen el ahorro público como parte del derecho de propiedad (Const., 1993, arts. 70 y 84); y que procuran mantener las condiciones económicas para estimular la creación de riqueza, libertad de trabajo y libertad de empresa, comercio e industria (Const., 1993, arts. 59 y 89).

En conclusión, la justificación política para crear un OCA consiste en la **necesidad de asegurar decisiones neutrales**, **ajenas a la influencia política de otros poderes estatales**, **en asuntos que impactan en espacios con reconocimiento constitucional**. Sin embargo, la necesidad de **neutralidad** y de **trascendencia constitucional** no son los únicos elementos identificadores de los OCA, puesto que similar necesidad de neutralidad se puede predicar de variopintas organizaciones administrativas que también atienden asuntos con trascendencia constitucional directa. Piénsese, por ejemplo, en la Oficina de Normalización Previsional (en materia de pensiones), el Seguro Social de Salud (en materia de salud), o el Programa Nacional de Becas y Créditos (en materia de educación), entre otros que, debido a la necesidad de que se mantengan neutrales y a los asuntos constitucionales que atienden, cumplirían con esos requisitos materiales.

Por dichos motivos, además de estos elementos constitucionales infaltables, se necesita de un **elemento formal**, la inclusión en el texto constitucional para adquirir la condición de OCA; y de un **elemento político**, que justifique esa necesidad de otorgar autonomía constitucional (requisito que también podría concurrir en este caso debido a la necesidad de que el Estado peruano cumpla con los estándares internaciones que establece la OCDE para las agencias de competencia).

### B. La postura del Tribunal Constitucional

Este ejercicio teórico de interpretación tiene como propósito comprender mejor la respuesta que dio el TC a un proceso de inconstitucionalidad en donde se discutía la inclusión del Instituto de Investigaciones de la Amazonía Peruana como posible OCA; debido a que habría sido reconocido como tal por el artículo 120 de la Constitución de 1979, pero obviado en la actual Constitución de 1993.

Para ello, la sentencia recaída en el Expediente 0020-2008-AI/TC (2008, fundamentos 4 a 6) tuvo que precisar cuáles son las condiciones materiales que deben concurrir para reconocer la condición de organismo constitucional:

a) **Necesidad**, lo que implica que el órgano de que se trate sea un elemento necesario del ordenamiento jurídico, al punto que su ausencia determinaría una paralización de las actividades estatales (aunque sea parcialmente) o produciría una ilegítima transformación de la estructura del Estado. Este elemento también implica que el órgano debe ser insustituible, en el sentido de que sus tareas sólo pueden ser realizadas por éste y no por otros órganos constitucionales.

b) **Inmediatez**, lo que significa que un órgano para ser constitucional debe recibir de la

Constitución de manera inmediata y directa sus atribuciones fundamentales que lo hagan reconocible como un órgano que se engarza coordinadamente en la estructura estatal, bajo el sistema de frenos y contrapesos, propio de una concepción contemporánea del principio de división del poder (Const., 1993, art. 43).

c) **Paridad e independencia** respecto de otros órganos constitucionales. Este aspecto quiere decir que un órgano constitucional para ser tal debe tener, por mandato constitucional, autonomía e independencia, de modo tal que no sea un órgano **autárquico** ni tampoco un órgano subordinado a los demás órganos constitucionales e inclusive a los poderes del Estado.

Ahora, vimos que la creación de OCA se sustenta en criterios mínimos de **neutralidad** y justicia que obligan a separar funciones constitucionales, de modo que, por ejemplo, una misma entidad no reúna la condición de juez y parte, no sea el investigado y a la vez, investigador (o que no realice funciones contrapuestas, como el ser el acusador y el defensor del acusado). Todo esto, para no transformar la estructura de separación de poderes que inspira nuestro Estado de Derecho (Const., 1993, art. 43) existe la **necesidad** de crear organismos autónomos y diferenciados de los demás.

Esta es la forma como debe interpretarse este requisito de **necesidad**: en el sentido de necesidad de contar con organismo autónomo específico dentro del sistema constitucional; es decir, que las funciones del ente requieren de un cuerpo constitucional diferenciado de los otros para asegurar decisiones objetivas, que no partan de situaciones contradictorias, como que el mismo organismo sea juez y parte, o acusador y defensor[25]. En este extremo, estimamos que el DTI 003-2020 del proyecto comete un error, puesto que entiende el requisito de necesidad como el requerimiento de que exista el organismo y de que sus funciones no puedan ser realizadas por otro organismo (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020).

Ahora bien, si fuera así, los organismos reguladores o los organismos técnicos especializados deberían ser considerados como posibles OCA, más aún si sus funciones tienen una relación de necesidad con elementos esenciales de la estructura constitucional, como los servicios públicos o los derechos fundamentales. En efecto, las funciones de esos organismos públicos no podrían ser asumidas por otros ministerios o entidades, de modo que se hace necesario mantener su existencia. Sin embargo, esa condición de insustituibilidad dentro del ordenamiento jurídico no les da el tipo de necesidad que se requiere para instaurar un OCA. Lo que hace elegible a un ente como OCA es la necesidad de levantarlo como otro cuerpo constitucional distinto de los demás OCA.

Volviendo a los demás requisitos, podemos señalar que también hemos advertido que los OCA deben tener un sustrato constitucional **inmediato** para justificar su existencia como tal. Sin embargo, advertimos que en el caso del BCR y la SBS su sustrato constitucional es menos inmediato, aunque no dejan de tenerlo. En todo caso, lo anterior nos permitió resaltar que la trascendencia o **inmediatez** constitucional no puede ser el único elemento por considerar; debido a que casi todos los ámbitos de la realidad son reconducibles a algún mandato constitucional, lo que haría imposible diferenciar los OCA de otros entes.

Finalmente, la **paridad** es el elemento que inspira a toda organización que aspira ser autónoma, como los OCA. En efecto, como señalaba Schmitt, ciertos organismos son creados para ser ajenos a las influencias políticas; porque interesa contar con sus respuestas técnicas (1983, p.180). Sin embargo, para asegurar este aspecto, necesita crearse ciertas garantías frente a las influencias políticas. De ahí que sean concebidas como organismos autónomos, con una mayor posición de paridad frente a las demás entidades, de modo que se reduzcan los riesgos de su politización e influencia.

Desde luego, ya vimos que lo anterior solo constituye el fundamento político-constitucional para la instauración de un OCA. El fundamento jurídico de su existencia solo puede tenerse a través de un expreso reconocimiento constitucional. De lo contrario, debería aceptarse que distintas entidades tienen la condición de OCA porque reúnen los requisitos de **necesidad** e **inmediatez** constitucional y que incluso actúan en condición de paridad

[25] Esta misma idea parece asumir el DTI 003-2020 al señalar lo siguiente:

> [e]n contraste, desde una perspectiva material, más allá de la formulación en el texto de la Constitución (que depende más de una decisión política antes que de una con carácter fundamental), para que una entidad pueda asignársele la categoría de organismo constitucionalmente autónomo, se requiere evaluar si aquella posee una cualidad sustancial, relacionada con la necesidad de su existencia en la estructura constitucional. Esta presencia necesaria del organismo estaría justificada en los principios, valores y criterios organizativos que se encuentran en la base de dicha estructura (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020, p. 4).

frente a otros entes estatales. Lo que traería por tierra el principio fundamental de que los poderes de las entidades públicas no tienen poderes presuntos[26], sino solo poderes expresos (artículo 45 de la CP)[27].

### C. Elementos para incluir al Indecopi como OCA

De acuerdo con lo anterior, podemos averiguar si concurren los elementos que impone el TC para incluir al Indecopi como OCA.

1. Necesidad - neutralidad

Según el Documento de Trabajo Institucional del Indecopi 003-2020 (en adelante, DTI 003-2020), este requisito se refiere a la necesidad de mantener el mismo organismo para atender cierto asunto constitucional, es decir, que el Estado no pueda cumplir esa tarea a través de otro organismo (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020). En el caso del IIAP, señaló el TC, aunque sus funciones tenían relevancia constitucional, podían ser cumplidas por otro ente como el Ministerio del Ambiente. En ese orden, el DTI 003-2020 señala que en el caso del Indecopi se cumple con el requisito de necesidad porque se produciría una paralización de las actividades estatales y una ilegítima transformación del Estado (si se prescindiera de esa entidad) sus funciones no podrían ser asumidas por otro ente (Resolución de la Presidencia del Consejo Directivo de Indecopi 038-2020, 2020).

La historia del Indecopi indica que un organismo desconcentrado o uno descentralizado, que fuera parte del gobierno puede cumplir un gran rol en el desarrollo de sus funciones. Es decir, que es posible una realidad o mundo sin Indecopi, pero no se trata de una necesidad de que exista el Indecopi; sino de la necesidad de contar con un ente neutral y técnico, libre de influencias externas. En efecto, la inexistencia de ese organismo es lo que podría mermar la eficacia de los principios esenciales del sistema constitucional.

Las funciones que desempeña el Indecopi generan muchos conflictos de intereses con el gobierno al que actualmente está adscrito. Este aspecto genera la **necesidad** de su separación de la administración central, a fin de generar un ejercicio de funciones más neutral e imparcial. Ahora, aunque tiene una reconocida reputación de objetividad, no puede negarse que es problemático que un organismo adscrito de la PCM, cuyo presidente, miembros del directorio, y miembros del tribunal son designados por los ministerios que integran la PCM pueda mantener siempre la neutralidad requerida para eliminar barreras burocráticas ilegales impuestas por ministerios u ordenar la imposición de derechos para-arancelarios a productos que el ejecutivo permite importar (por provenir de países que son socios comerciales del estado peruano), que se sancione a empresas de capitales estatales administrados por la PCM por afectación de la libre competencia. En todos esos casos, se exigirá que el Indecopi tome medidas contra dependencias del mismo gobierno al que se encuentra adscrito el Indecopi, lo que contraviene el más un mínimo sentido de justicia (o de neutralidad y separación de poderes) (Const., 1993, art. 43); lo que genera la necesidad de contar con un organismo autónomo y ajeno al Poder Ejecutivo.

Es cierto que la condición de administración independiente del Indecopi le ha permitido mostrar bastante independencia frente al gobierno, invalidando distintas medidas de este último; lo

[26] En nuestro sistema constitucional no cabe la existencia de potestades presuntas. En efecto, como explica Martínez López-Muñiz, la Administración pública tiene una "vinculación positiva frente a la ley"; es decir, sólo tiene competencia si le es atribuida expresamente por el ordenamiento jurídico, tal como manda el artículo 45 de la CP. Esa vinculación debe entenderse "en el sentido que toda su existencia real y su actuación deberá estar expresamente establecida y autorizada por el Derecho, y en concreto necesariamente por el Derecho positivo". En cambio, agrega, los particulares tienen una vinculación negativa frente al Derecho pues se presume que gozan de libertad mientras ésta no sea restringida por ley expresa, tal como prevé el artículo 2.24.a de la CP (1986, p.30).

[27] Este ejercicio interpretativo busca seguir el realizado varias décadas atrás por Kelsen (1993, pp.81-90.; 1994, p.17-43) [publicados en inglés en 1942 y en francés el 1928] para justificar la instauración de los primeros tribunales constitucionales como OCA. Dicho autor propuso que, para la inmediatez o eficacia de las normas constitucionales, era necesario establecer ciertos mecanismos de defensa. En efecto, una manera sería haciendo personalmente responsables a los dictaron los actos inconstitucionales, lo que no invalidaba la norma; sino solo desincentivaba conductas ilegítimas. Otra forma sería autorizando a los funcionarios (jueces y administración) a inaplicar la ley en el caso concreto si la estiman inválida. Sin embargo, advertía, que eso daría lugar a opiniones distintas sobre la inconstitucionalidad de misma norma. Por ello, creyó que la manera más eficiente de asegurar la supremacía constitucional era con un único órgano que invalide la ley con efectos generales. Para dicho fin, agregaba, sería necesario que tal órgano goce de autonomía o paridad frente a los demás órganos, debido a que ejerce control sobre los actos del gobierno y del parlamento. De hecho, Kelsen pone como ejemplo la experiencia del Tribunal Constitucional austriaco cuyos miembros eran designados en su totalidad por el gobierno, por lo que ese órgano no opuso ninguna resistencia cuando Austria fue anexada por los nazis (1993, p. 84).

que tal vez pueda explicar, por ejemplo, por qué el Poder Ejecutivo usó sus potestades delegadas para reducir el ámbito de actuación de las barreras burocráticas. De tal forma, el artículo 3 del Decreto Legislativo 1256 cambió la jurisprudencia del Indecopi y ya no consideró como barreras las omisiones del ejecutivo, los asuntos vinculados a tarifas o servicios prestados por entidades del ejecutivo y los asuntos vinculados a sanciones administrativas.

En ese sentido, para la OCDE, la independencia de los funcionarios no debe ser la razón que impida la autonomía; sino la razón para garantizarla en mayor medida. La OCDE ha observado, por ejemplo, el hecho de que el Poder Ejecutivo sea quien designe a los principales directivos del Indecopi, por lo que advierte lo siguiente:

> [v]arios observadores han señalado que, si bien hasta el momento parece no haber pruebas de la existencia de injerencias [en el Indecopi], en teoría sería fácil que los agentes políticos que designan directamente a los miembros a su criterio eligieran a personas sobre las que pudieran ejercer alguna influencia. En resumen, se considera que el mecanismo de frenos y contrapesos de estas designaciones es poco apropiado y que puede plantear problemas en el futuro. Parece pues necesario instaurar un mayor número de controles formales (2018, p. 35).

En ese sentido, Kovacic advierte que los poderes de las agencias de competencia pueden despertar el interés en el ejecutivo o legislativo con fines electorales (2011, pp. 294-295). Las acciones del Indecopi contra un sector podrían favorecer a otros intereses favorecidos con esa intervención, los eventuales controles excesivos no solo pueden darse en asuntos de derecho de la competencia; sino en temas de consumidor afectados frecuentes por empresas de distintos sectores. Varios congresistas se han presentado como abanderados de los derechos de los consumidores y han apuntado contra empresas del sector financiero, de telefonía, energía, aeronáutico o (en fin) contra varias otras, haciendo invocaciones públicas a la intervención del Indecopi como si se tratara de un arma que decidieron activar. Lo que evidencia más la necesidad de brindar garantías al Indecopi para que actúe con neutralidad y libre de direccionamientos.

2. Inmediatez

Este requisito se cumple con facilidad en el caso del Indecopi, puesto que todas sus funciones tienen un sustrato constitucional directo. La protección de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa eliminando las barreras burocráticas, tienen sustrato constitucional directo en los artículos 58 y 59 de la Constitución. Otras directrices también se encuentran mencionadas en la Constitución, como la libre y leal competencia en su artículo 61, la protección al consumidor en su artículo 65, la protección en el comercio exterior en su artículo 63 y la propiedad intelectual en sus artículos 2.8 y 70. Esto indica que el Indecopi tiene un sustento similar al del TC, debido a que asume el rol de garantía constitucional de los mandatos arriba enumerados, y que podrían verse vulnerados por las distintas administraciones públicas del gobierno central o de los entes regionales o locales.

3. Paridad

Este requisito no es cumplido por el Indecopi pues es una administración independiente sujeta a la tutela de la PCM, lo que no significa que esté imposibilitado de ser calificado como OCA. Precisamente, el proyecto propone darle la condición de OCA para que sea totalmente independiente en sus funciones, para que actúe en paridad de circunstancias frente a otros organismos o poderes estatales, de modo que se impidan eventuales influencias de las distintas entidades estatales. Este aspecto no hará que el Indecopi adquiera una posición autárquica; sino que, al igual que los demás organismos constitucionales estará sometidos a los límites que fije la Constitución y las leyes.

El reconocimiento del Indecopi como OCA le exigirá cambiar la manera de relacionarse con los demás poderes. Actualmente, la mejor opción para asegurar su independencia es mantenerse lo más ajeno posible a los demás poderes políticos, pero si fuera reconocido como OCA deberá ser parte del proceso político. En efecto, como advierte Kovacic, si una agencia de competencia no tiene conexión con ese proceso corre el riesgo de aislarse a tal nivel que luego su voz no sea considerada en asuntos que le competen (2011, pp. 304-305). Además, si las demás autoridades estiman que sus preocupaciones no son tomadas en cuenta, encontrarán otras formas de disminuir la importancia de las funciones de la agencia para atender sus reclamos, por ejemplo, el Poder Legislativo podría dictar leyes que despojen al Indecopi de sus poderes o que los trasladen a otros organismos.

En ese sentido, la condición de OCA permitirá el que Indecopi se relacione y coordine con los demás poderes, sin que eso signifique un direccionamiento o influencia de sus acciones; sino de un intercambio de posturas en pie de igualdad. Para

esto existe una variedad de formas, como la realización de audiencias periódicas en donde los legisladores pueden pedir a los líderes de la agencia que expliquen sus acciones en asuntos terminados y que discutan las tendencias generales de sus políticas. Además, la agencia también podría difundir información sobre sus actividades y un programa de evaluación *ex post* que midan las consecuencias de sus iniciativas.

## VI. RECUENTO DEL ANÁLISIS

El Poder Ejecutivo ostenta la dirección de la Administración pública, lo que incluye a los organismos desconcentrados y descentralizados. Los primeros se caracterizan porque se encuentran sujetos a la tutela **orgánica** del Gobierno; mientras que los segundos gozan de una mayor autonomía, pero igual se sujetan a una seria de tutelas que le das cierto poder de dirección del gobierno sobre ellas.

Las administraciones independientes ostentan un régimen legal que reduce en gran medida la tutela del gobierno; con la finalidad de asegurar que emitan decisiones técnicas, sin influencias políticas del gobierno sobre ellas. Sin embargo, no es posible que estos sean totalmente independientes del ministerio al que se encuentre adscritos, puesto que esa integración a la organización administrativa es la que permite considerarlos como parte del aparato estatal y, en esa medida, con competencias reconocidas.

Actualmente, Indecopi tiene la condición de administración independiente, puesto que solo se encuentra adscrita a la PCM y cuenta con una serie de garantías que le otorgan autonomía funcional, organizativa y financiera, pero no autonomía en la designación de personal directivo. Si bien el gobierno puede designar a dicho personal, tal designación se sujeta a una serie de garantías que pueden reducir esa discrecionalidad (como la exigencia de determinado perfil objetivo, la designación de un cuerpo colegiado que dirija el Indecopi, la limitada posibilidades de remoción del personal designado).

Finalmente, las funciones que ejerce el Indecopi generan la **necesidad** de evitar el nivel de influencia (tutelas) que tiene actualmente el gobierno sobre su organización, para así asegurar que pueda fiscalizar con objetividad o tecnicidad al mismo gobierno al cual se encuentra adscrito. A su vez, las funciones del Indecopi tienen reconocimiento constitucional **inmediato**, por lo que se requiere que cuente con una posición que le permita actuar en situación de **paridad** con relación a todos los demás entes estatales a los que eventualmente pueda controlar.

Por lo tanto, existen razones que harían admisible la inclusión del Indecopi como OCA para asegurar una mayor neutralidad y tecnicidad en la protección de la libre iniciativa privada, competencia y protección al consumidor que son los fines de esta agencia.

## REFERENCIAS


Abad Yupanqui, S. (2010). La Defensoría del Pueblo. La experiencia peruana. *Teoría y realidad Constitucional*, (26). https://doi.org/10.5944/trc.26.2010.6931

Ariño Ortiz, G. (1988). Principios de descentralización y desconcentración. *Documentación Administrativa*, (214). https://doi.org/10.24965/da.v0i214.5009

Baena del Alcázar, M. (1964). Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la administración central. *Revista de Administración Pública*, (44), 59-120. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2115791.pdf

Betancor Rodríguez, A. (1994). *Las administraciones independientes*. Editorial Tecnos.

Bullard González, A. (2006). *Derecho y economía: El análisis económico de las instituciones legales*, (2da ed.). Palestra.

De Otto, I. (1991). *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Ariel.

Ergas, H., & Fels, A. (2008). The interaction and coordination of competition policy and consumer policy: challenges and possibilities, *The Interface between Competition and Consumer Policies*, Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). https://www.oecd.org/daf/competition/40898016.pdf.

Gallego Anabitarte, A. (1990). Transferencia y descentralización; delegación y desconcentración; mandato y gestión o encomienda. *Revista de Administración Pública*, (122), 7-101. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17045.pdf

(2001). Conceptos y principios fundamentales del derecho de organización. Marcial Pons.

García Llovet, E. (1993). Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho. *Revista de Administración Pública*, (131), 61-118. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17174.pdf

García de Enterría, E. & Fernández, T. (2001). Curso de derecho administrativo, (Tomo I, 10ma ed.), Civitas.

García Morillo, J. (1998). Responsabilidad política y responsabilidad penal. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (52), 81-110. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79596.pdf

Huapaya Tapia, R. (2015). Concepto y régimen jurídico del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano. *Ius et Veritas*, (50), 368-397. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/14827

Jenny, F. (1 de enero de 2016). *The institutional design of Competition Authorities: Debates and Trends*. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894893

(2019). Recomendaciones del Peer Review [Exposición]. En Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual [Indecopi]. *Conferencia de lanzamiento del peer review sobre derecho y política de competencia en el Perú elaborado por la OCDE-BID*, (pp. 15-22). https://www.escuela-indecopi.edu.pe/images/publicaciones/pdf/2019/EBOOK_LANZAMIENTO_DEL_PEER_REVIEW.pdf

Kelsen, H. (1993). El control de la constitucionalidad de las leyes. Estudio comparado de las constituciones austriaca y norteamericana, *Ius et Veritas*, (6), 81-90. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15379

(1994). La garantía jurisdiccional de la Constitución. La Justicia constitucional, *Ius et Veritas*, (9), 17-43. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15443

Kovacic, W. (2011). Competition agencies, independence, and the political process. En Drexl, J., Kerber, W., & Podszun, R. (Eds.), Competition Policy and the Economic Approach: Foundations and Limitations. Edward Elgar Publishing.

Kovacic, W., & Fels, A. (18 de mayo de 2016). Annex to the summary record of the 123rd meeting of the Competition Committee held on 15-19 June 2015. En Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL. http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/M(2015)1/ANN9/FINAL&docLanguage=En

López Guerra, L. (1998). Funciones del gobierno y dirección política. *Documentación Administrativa*, (215), 15-40. https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/download/5021/5075

López Ramón, F. (1991). El Consejo de Seguridad Nuclear: un ejemplo de administración independiente. *Revista de Administración Pública*, (126), 189-216. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17104.pdf

Loewenstein, K. (1970). *Teoría de la Constitución*, Ariel.

Lucas Verdú, P. (1983). *Curso de derecho político*, (Tomo II, 3ra ed.), Editorial Tecnos.

Magide Herrero, M. (2000). *Límites constitucionales de las administraciones independientes*, Instituto Nacional de Administración Pública.

Martínez López-Muñiz, J.L. (1986). *Introducción al Derecho Administrativo*, Editorial Tecnos.

Muñoz Machado, S. (2017). Tratado de derecho administrativo y derecho público general, (2da ed.). Boletín Oficial del Estado.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2004). Derecho y política de la competencia en Perú - Exámenes Inter-Pares. https://www.oecd.org/daf/competition/DerechoPol%C3%ADticaPeru.pdf

(2008). Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia – Perú. https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf

Ochoa Cardich, C. (2013). El servicio público en la Constitución peruana de 1993. *Pensamiento constitucional*, (18), 105-119. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/8950/9358/0

Parada Vázquez, R. (2014). Derecho Administrativo, (Tomo I. Parte general, 24va ed.). Marcial Pons.

Parejo Alfonso, L. (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Editorial Tecnos.

Pérez Royo, J. (2007). *Curso de derecho constitucional*, (11va ed.). Marcial Pons.

Pizzorusso, A. (1984). *Lecciones de derecho constitucional*, (Tomo I). Centro de Estudios Constitucionales.

Rallo Lombarte, A. (1995). Poderes neutrales exentos de control gubernamental: reflexiones constitucionales. *Revista de las Cortes Generales*, (36), 105-136. https://doi.org/10.33426/rcg/1995/36/737

Salvador Martínez, M. (2002). *Autoridades independientes. Un análisis comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España*. Ariel.

Santamaría Pastor, J. (2002). *Principios de derecho administrativo*, (Tomo I, 3ra Ed.). Centro de Estudios Ramón Areces.

Sala Arquer, J.M. (1984). El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (42).

Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución*. Editorial Tecnos.

Velarde, J., & Rodríguez, M. (1998). *Autonomía de tres instituciones públicas en el Perú: La autonomía del Banco Central de Reserva, de la Comisión de Fiscalización de Dumping y subsidios de Indecopi en Perú y de la Superintendencia de Banca y Seguros. Banco Interamericano de Desarrollo*. Red de Centros de Investigación de la Oficina del Economista Jefe Banco Interamericano de Desarrollo [BID]. https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Autonom%C3%ADa-de-tres-instituciones-publicas-en-el-Per%C3%BA-La-autonom%C3%ADa-del-Banco-Central-de-Reserva-de-la-Comisi%C3%B3n-de-Fiscalizaci%C3%B3n-de-Dumping-y-subsidios-de-Indecopi-en-Per%C3%BA-y-de-la-Superintendencia-de-Banca-y-Seguros.pdf

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Constitución Política del Perú [Const.] (1993) (Perú).

Decreto de Urgencia 025-98, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de octubre de 1999 (Perú).

Decreto de Urgencia 058-2011, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de agosto de 2011 (Perú).

Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Industrial – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de mayo de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 560, Ley del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano*, 28 de marzo de 1990 (Perú).

Decreto Ley 25868, Organización y Funciones del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de noviembre de 1992.

Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en Materia Penal Militar Policial, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de enero de 2006 (Perú).

Ley 27111, Ley que Aprueba la Transferencia de Promcepri a la Copri y de Organismos Descentralizados a Diversos Ministerios, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de mayo de 1999 (Perú).

Ley 26923, Ley que Establece que los Organismos Públicos Descentralizados y Organismos Reguladores Dependerán de la Presidencia del Consejo de Ministros, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de febrero de 1998 (Perú).

Ley 29158, Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de diciembre de 2007 (Perú).

Presidencia del Consejo Directivo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 28 de febrero de 2020, Resolución 038-2020, Resolución que aprueba el Documento de Trabajo Institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual 003-2020 (Perú). https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3994339/RES038-DOCUMENTO+DE+TRABAJO+INSTITUCIONAL+003-2020.pdf/1ae0fed3-685c-4a3b-a173-87ad6d96303c

Tribunal Constitucional [T.C.], 21 de enero de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0014-2002-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de febrero de 2003, sentencia recaída en el Expediente STC 0007-2001-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de septiembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0001-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 1 de septiembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0003-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de julio de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0004-2004-CC/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de septiembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 004-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0010-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 9 de febrero de 2005, sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de junio de 2005, sentencia recaída en los Expedientes 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC y 0007-2005-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 19 de julio de 2005, sentencia recaída en el Expediente 3465-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de marzo de 2006, sentencia recaída en el Expediente 0034-2004-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 18 de abril de 2006, sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de agosto de 2008, sentencia recaída en el Expediente 0020-2008-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de septiembre de 2009, sentencia recaída en el Expediente 0021-2005-AI (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 27 de septiembre de 2010, sentencia recaída en el Expediente 0020-2005-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de noviembre de 2018, sentencia recaída en el Expediente 0006-2018-AI/TC (Perú).

# Hugo Sologuren Calmet

Arbitro - Abogado
Adjudicador

10.18800/themis.202002.006

# ¿CUMPLIMIENTO O RECOMPENSA? HE AHÍ EL DILEMA

## *COMPLIANCE OR REWARD? HERE IS THE QUESTION*

**Ricardo Ayvar Ayvar***
**Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual**

**Mirella Hernández Humire****
**Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual**

*Indecopi, through the Commission for the Defense of Free Competition, takes several measures to ensure that economic agents comply with the provisions of the Single Ordered Text of the Law for the Repression of Anti-Competitive Behavior. Among its most relevant functions over the last years, the detection of cartels, one of the most harmful anticompetitive conducts for the market, stands out. Through this type of practice, competitors agree to set prices, limit production, divide up customers, suppliers or geographical areas, and establish positions or abstentions in a given bidding process or public tender.*

*In this article, the authors present the coexistence of the Compliance Programs and the Rewards Program as tools for detecting anti-competitive behavior, analyzing the criteria to be considered by individuals when choosing one of them. In that sense, some proposals will be made to improve the implementation of both programs from the above-mentioned disjunctive.*

*Keywords: Indecopi; compliance programs; reward program; anticompetitive behaviors; free competition.*

*El Indecopi, a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, ejerce diversas acciones para que los agentes económicos cumplan con lo establecido en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Entre sus funciones más relevantes de los últimos años destaca la detección de una de las conductas anticompetitivas más dañinas para el mercado: los cárteles. Mediante este tipo de prácticas los competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; y, establecer posturas o abstenciones en una determinada licitación o concurso público.*

*En el presente artículo, los autores presentan la coexistencia de los programas de cumplimiento y el programa de recompensas como herramientas de detección de conductas anticompetitivas, analizando los criterios a tomar en cuenta por las personas naturales al momento de optar por uno de ellos. En ese sentido, se plantean algunas propuestas para mejorar la implementación de ambos programas desde la disyuntiva antes señalada.*

*Palabras Clave: Indecopi; programas de cumplimiento; programa de recompensa; conductas anticompetitivas; libre competencia.*

* Abogado. Funcionario de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, Perú). Contacto: ricardo.ayvar@pucp.pe

** Abogada. Funcionaria de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Lima, Perú). Contacto: mirellahernandezhumire@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 10 de julio de 2020, y aceptado el mismo el 30 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Una economía social de mercado es un sistema que combina varios ámbitos como la libre iniciativa de los individuos o la seguridad y el progreso social (Rivadeneira Frisch, 2009, p. 7). Al respecto, este sistema tiene como base a la economía de mercado, la cual se rige por el principio de la ley de la oferta y demanda, bajo la cual es el mercado –y no un individuo u organización– el responsable por la producción, consumo, distribución o fijación de precios (Samuelson & Nordhaus, 2009, p. 26).

Ahora, en línea con la Constitución peruana, nuestro país ha optado por un sistema económico en el cual la iniciativa privada es libre y se ejerce una economía social de mercado[1]. Bajo este régimen económico, en aplicación a la ley de la oferta y la demanda, las empresas compiten de manera independiente mediante diversas estrategias comerciales con el fin de obtener la preferencia de los consumidores. Sin embargo, existen diversos factores que pueden afectar el correcto desenvolvimiento de los agentes que participan en este escenario, viéndose inducidos a incurrir en prácticas anticompetitivas. Dichas prácticas tienen como finalidad obtener ventajas sobre sus competidores y beneficios de manera ilícita.

Ante ello, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), en su rol de agencia de competencia, a través de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, ejerce diversas acciones para que los agentes económicos actúen conforme a lo establecido en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034, 2008). De este modo, el mencionado órgano resolutivo en los últimos años ha venido detectando las conductas anticompetitivas más dañinas para el mercado: los cárteles[2].

Este tipo de conductas generan gravemente un daño a los consumidores y al desarrollo del mercado, toda vez que al elevar los precios y restringir la oferta, generan que los bienes y servicios sean completamente inaccesibles a algunos compradores e innecesariamente caros para otros (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2000, p. 6), generando una distorsión al sistema de economía de mercado. Asimismo, estas prácticas, limitan los incentivos a la eficiencia e innovación de las empresas que participan en ella, al no tener estas un impulso para mejorar (Quintana Sánchez, 2011, p. 17). Sin embargo, la detección de este tipo de conductas por parte de las autoridades de competencia es un gran desafío, debido a la complejidad para encontrar evidencias que las sustente, por lo que se requiere de investigaciones extensas.

Por ello, algunas legislaciones han optado por implementar diferentes mecanismos y herramientas con la finalidad de facilitar la detección de cárteles. Entre los diversos mecanismos existentes para la detección del mencionado tipo de conducta, se encuentran los programas de clemencia o delación compensada. Dichas figuras son similares a la colaboración eficaz aplicada en materia penal, mediante la cual las autoridades de competencia exoneran la responsabilidad o reducen la multa de la sanción a aquel agente económico que, habiendo formado parte de la conducta anticompetitiva, colabora con la autoridad brindando información y pruebas de la conducta.

De esta manera, la aplicación de estos programas permite sacar a la luz las evidencias (por ejemplo, correos electrónicos o testimonios de reuniones que evidencien los acuerdos) de aquellos que han formado parte de la conducta anticompetitiva (OCDE, 2002, p. 3). Este tipo de mecanismo constituye como un premio hacia aquellos agentes que denuncien los cárteles en los que ha participado, otorgándoles a cambio la dispensa del pago o la reducción del importe de la multa que podrían recibir (Unión Europea, 2006). Asimismo, cabe precisar que, a nivel mundial, estos programas son una de las herramientas más utilizadas para detectar cárteles[3].

---

1 Al respecto, el Tribunal Constitucional de Perú, mediante el Expediente 008-2003-AI/TC, ha señalado que la economía social de mercado es una condición importante del Estado social y democrático de derecho, por lo que debe ser ejercida con responsabilidad social. Asimismo, señaló que está caracterizada por tres elementos: (i) bienestar social; (ii) mercado libre; y, (iii) Estado subsidiario y solidario (2003, fundamento 13).

2 Mediante este tipo de prácticas los competidores acuerdan fijar precios, limitar la producción, repartirse clientes, proveedores o zonas geográficas; y, establecer posturas o abstenciones en una determinada licitación o concurso público.

3 Al respecto, en Estados Unidos, la División Antimonopolio del Departamento de Justicia ha considerado al Programa de Clemencia como la herramienta de investigación más importante para la detección de cárteles. En ese sentido, véase U.S. Department of Justice (2017). Por su parte, la Unión Europea también ha destacado la importancia de este mecanismo, señalando que este tipo de programas ha resultado realmente eficaz para detectar y desestabilizar dichas conductas. En ese sentido, véase Unión Europea (2006). En el Perú, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge esta figura en su artículo 26, estableciendo que los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad la exoneración de la sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria.

De acuerdo con lo señalado, la implementación de programas de clemencia ha sido de gran utilidad para los países que lo han aplicado; sin embargo, aún existen espacios para maximizar la detección de estas graves infracciones. Al respecto, algunos académicos han sostenido que pese a los beneficios que otorga el programa de clemencia y las sanciones impuestas a cárteles, las autoridades de competencia han detectado que la recurrencia de estas prácticas parece no disminuir. De tal forma, habría generado la idea de tener que recurrir a otras herramientas que complementen este programa, de tal manera que se refuerce la disuasión y detección de esta conducta (Stephan, 2014, p. 14; Ku & Lee, 2007).

Al respecto, la diferencia de estos otros mecanismos existentes con el programa de clemencia radica en el ámbito de aplicación. Todo esto debido a que estas herramientas no se limitan exclusivamente a recibir información por parte de los participantes implicados en una conducta infractora; sino que, por el contrario, su aplicación se expande, pudiendo recibir información de los trabajadores de una organización e incluso de cualquier sujeto que cuente con información útil para la detección una conducta ilícita.

En referencia a este aspecto, una de estas herramientas de detección son los programas de cumplimiento, los cuales tienen por finalidad principal prevenir y detectar los riesgos de conductas ilícitas; así como generar un cambio en la cultura de las organizaciones y actitud de sus integrantes. De otro lado, tenemos a los programas de recompensas, en los cuales las autoridades retribuyen económicamente a terceros individuos que puedan tener algún conocimiento sobre una presunta práctica anticompetitiva.

Sobre el particular, una de las características más resaltantes es que ambos programas están dirigidos a personas naturales, quienes pueden presentar sus reportes o denuncias sobre presuntas conductas ilícitas. De este modo, mientras que, en los programas de cumplimiento implementados dentro de una organización, son los trabajadores quienes pueden informar sobre conductas o comportamientos ilícitos ocurridos al interior de la empresa; en el caso de los programas de recompensas este universo se amplía, siendo posible que cualquier persona que tenga conocimiento de una conducta irregular y contraria a la ley acuda ante la autoridad y sea retribuida económicamente.

El presente artículo tiene por finalidad presentar la coexistencia de los programas de cumplimiento y el programa de recompensas como herramientas de detección de conductas anticompetitivas, analizando los criterios a tomar en cuenta por las personas naturales al momento de optar por uno de ellos. Asimismo, se plantearán algunas propuestas para mejorar la implementación de ambos programas desde la disyuntiva antes señalada. En el caso del programa de cumplimiento se presentarán ideas para tener en cuenta para consolidar la confianza de los trabajadores en estos programas. Por su parte, en el programa de recompensas, se destacarán algunas de las actividades que ha venido desarrollando el Indecopi con el objetivo de difundir y brindar garantías a los administrados sobre la aplicación de esta herramienta.

## II. PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Los programas de cumplimiento son también conocidos como programas de prevención, los cuales consisten en un conjunto de medidas, políticas o procedimientos que adopta una empresa para detectar, prevenir y mitigar la comisión de posibles infracciones a determinadas normativas (Ros Cordon, 2017, p. 7). Estos programas deben ser adaptados por cada organización dependiendo de sus necesidades, riesgos y desafíos (U.S. Securities and Exchange Commission, 2012b).

El origen de estos programas proviene de la necesidad de las organizaciones de evitar posibles conductas ilícitas. Asimismo, algunos autores sostienen que la implementación de esta herramienta se debe al cumplimiento de las leyes y regulaciones, tanto internas como externas (Remacha, 2016, p. 5). Mediante esta herramienta, las autoridades han apostado por una política de prevención, inculcando en los agentes las buenas prácticas y fomentando una cultura de cumplimiento, acorde con la normativa que tutela la libre competencia y sanciona las practicas que atentan contra el desarrollo del mercado. Cabe precisar que, a través de estos programas las autoridades buscan la prevención de cualquier conducta anticompetitiva que pudiese generarse en el mercado. La aplicación de estos programas no es de obligatorio cumplimiento, sino es facultativa para las empresas que quieran adoptarlo a fin de recibir los beneficios que este pudiera generarle al interior de su organización.

Para los agentes económicos, los programas de cumplimiento constituyen mecanismos eficientes y efectivos para prevenir y detectar daños (Fiscalía Nacional Económica de Chile, 2012, p. 4). Dichos programas pueden ser el mejor medio de defensa para las empresas, no sólo porque con ellos podrían evitar posibles conductas ilícitas y en consecuencia sanciones, sino porque también puede ser enriquecedor para los trabajadores al transmitirles conocimientos sobre valores éticos y la aplicación

de distintas normativas. De este modo, cuando una empresa introduce de manera voluntaria un programa de cumplimiento indicaría que tanto sus trabajadores como sus directores tienen conocimiento que el comportamiento de una determinada conducta (por ejemplo, una práctica anticompetitiva) es deshonesta (Baks & Jalabert-Doury, 2012, p. 40).

Asimismo, un programa de cumplimiento efectivo debe incluir mecanismos para que los empleados de una organización puedan denunciar de manera confidencial la mala conducta o las presuntas infracciones que detecten, sin temor a represalias. Algunas organizaciones con el objetivo de proteger la identidad de los denunciantes han optado por las líneas telefónicas directas anónimas. Cabe destacar que, las empresas deben contar con procesos eficientes y fiables para llevar a cabo las investigaciones que resulten pertinentes (U.S. Securities and Exchange Commission, 2012b).

Como lo mencionamos anteriormente, existen diversas jurisdicciones que han adoptado la aplicación de estos programas en materia de libre competencia. Este aspecto permite apreciar la concordancia entre distintas agencias de competencia sobre la importancia de dichas herramientas.

Una de las autoridades que ha apostado por la implementación de este mecanismo en la mencionada materia es la Fiscalía Nacional Económica de Chile. En el año 2012, esta agencia publicó la guía Programas de Cumplimiento de la Normativa de Libre Competencia. En el mencionado documento, la autoridad chilena destacó los elementos, beneficios y los principales requisitos con los que debería contar todo programa de cumplimiento, siendo: (i) el compromiso real para cumplir; (ii) la identificación de riesgos; (iii) procedimientos internos alineados con la normativa de libre competencia; y, (iv) participación de gerentes o directores (Fiscalía Nacional Económica de Chile, 2012, p. 7).

De otro lado, la Guía de Programas de Cumplimiento Corporativo en materia de libre competencia de Canadá, señala que la implementación de estos programas genera diversos beneficios en las empresas como la identificación de los límites de determinadas conductas, así como la detección de escenarios de riesgo. En efecto, la autoridad de competencia canadiense ha destacado tres beneficios particulares que podría generar, en las empresas, un programa de cumplimiento corporativo creíble y efectivo: (i) seriedad para con sus obligaciones legales; (ii) reducción de costos de cumplimiento al tener identificadas sus situaciones de riesgo; y, (iii) reducción de la sanción ante una posible infracción (Canadian Competition Bureau, 2015, p. 5). Asimismo, para garantizar el cumplimiento de los referidos programas, la mencionada guía señaló que, se debe asignar dicha responsabilidad a un oficial de cumplimiento.

Otra de las jurisdicciones que ha considerado beneficiosa la aplicación de los programas de *compliance* ha sido la de Reino Unido. En este caso, la *Competition and Markets Authority* emitió una guía destinada a la promoción de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia. Al respecto, en la mencionada Guía se consideró que las acciones que tomen las organizaciones para logar una cultura de cumplimiento van a cambiar dependiendo del tamaño de la empresa y la magnitud de los riesgos identificados (Office of Fair Trading, 2011, p. 22).

Por otro lado, en los Estados Unidos[4], a través del documento US Federal Sentencing Guidelines (manual diseñado para orientar a los jueces a dictar sentencias), se señaló que la efectividad de un programa de cumplimiento en una organización dependerá de dos aspectos: (i) la debida diligencia para prevenir y detectar conductas delictivas; y, (ii) la promoción de una cultura organizacional, fomentando una conducta ética y de compromiso con las normas (U.S Sentencing Commission, 2016, p. 533).

El Departamento de Justicia de los Estados Unidos señaló que la División Antimonopolio de la referida entidad no solo consideraría los esfuerzos realizados por las empresas u organizaciones al establecer programas de cumplimiento, sino que también tomaría en cuenta las conductas realizadas para cambiar la cultura corporativa que habría generado el cártel (2015). Adicionalmente, enfatizó que los programas de cumplimiento 'de papel' no generarían cambios culturales, motivo por el cual los altos ejecutivos deben liderar con el ejemplo y responsabilizarse de ello, creando un entorno de cumplimiento de tolerancia cero.

De manera adicional, es importante señalar que en julio del 2019 el referido órgano emitió una guía sobre la evaluación de los programas de cumplimiento en materia de libre competencia, en el cual señaló que éstos promueven una competencia efi-

[4] Debemos tener en cuenta que, fue en este país donde se originó la aplicación de los mencionados programas de cumplimiento. Los mismos se implementaron para ser aplicados en materia penal en el marco de la lucha contra la corrupción de agentes económicos y responsabilidad penal por parte de estos.

caz en una economía de libre mercado. Asimismo, señaló que con ello se crea una buena cultura corporativa, en tanto las compañías buscan prevenir conductas anticompetitivas (U.S. Department of Justice, 2019).

Por otro lado, países como Francia, Italia y España –que forman parte de la Unión Europea– también han reconocido la importancia de estos programas como instrumentos de prevención ante la posible realización de prácticas anticompetitivas. Por ejemplo, la autoridad de competencia francesa en el 2012 publicó una guía con el objetivo de fomentar programas de cumplimiento corporativo y directrices sobre el procedimiento de resolución en casos antimonopolio (Autorité de la Concurrence, 2012). En dicho documento, la agencia de competencia del mencionado país estableció las características y requisitos que debían tener los programas de cumplimiento para las compañías.

Del mismo modo, la autoridad de competencia de Italia publicó en el 2018 una guía sobre los programas de cumplimiento de normas antimonopolio, en la cual desarrolló la estructura y contenido de los programas de cumplimiento que deben adoptar las empresas en el país. Para la autoridad italiana, un programa de cumplimiento antimonopolio eficaz debe reducir los riesgos particulares de la compañía, formar parte integral de la cultura y política empresarial y aplicar medidas disciplinarias (Autoritá Garante della Concorrenza e del Mercato, 2018).

Asimismo, España, mediante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, emitió este año una guía sobre los programas de cumplimiento en relación con las normas de defensa de la competencia (2020). Siguiendo la misma línea, la autoridad de competencia española también estableció criterios que consideró adecuados para el diseño e implementación de un programa eficaz, que cumpla con la finalidad preventiva y de detección.

Por su parte, la Unión Europea, a través de su Comisión, ha reconocido y apoya a aquellas empresas que apuestan por la implementación de programas de *compliance*, en tanto considera que esta herramienta permite minimizar el riesgo de cometer infracciones, así como los costos que podría generar un comportamiento anticompetitivo. Asimismo, mediante el documento La importancia de cumplir, la Comisión Europea señaló que respalda los esfuerzos de cumplimiento por parte de las compañías debido a que contribuyen a generar una cultura de competencia. Además, en el referido documento la Comisión Europea destacó ideas dirigidas a los agentes con el objetivo de ayudarlos a saber cómo actuar para respetar y garantizar el cumplimiento a las normas de competencia de la Unión Europea (Comisión Europea, 2012, p. 18).

En el Perú, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi publicó la Guía de Programas de Cumplimiento Normativo en materia de Libre Competencia (en adelante, Guía). La finalidad de la mencionada Guía, al igual que en los países anteriormente señalados, es prevenir la realización de conductas anticompetitivas. Asimismo, señala los beneficios que genera la aplicación de los mencionados programas, como la prevención de infracción, reducción de costos de cumplimiento para la actuación del personal, reducción de riesgos de exposición de los trabajadores, detección y control de daños, mejora reputacional y detección de conductas anticompetitivas[5].

Ahora bien, de acuerdo con la Guía, los programas de cumplimiento deben contar con elementos esenciales para su aplicación: (i) compromiso real de cumplir de la alta dirección; (ii) identificación y gestión de riesgos; (iii) procedimientos y protocolos internos; (iv) capacitaciones para los trabajadores; (v) actualización constante y monitoreo; (vi) auditorías; (vii) procedimientos para consultas y denuncias; y, (vii) designación de un oficial de cumplimiento[6].

Como podemos apreciar, esta herramienta únicamente brindará resultados positivos y beneficios para los agentes, en tanto cumpla la aplicación de dichos elementos. Por ello, las empresas deben empezar a actuar en base a conductas éticas desde la alta dirección. Asimismo, deberán tener en



[5] Cabe precisar que, sin perjuicio de la reciente publicación de la Guía, la Comisión ha venido aplicando en los últimos años, a los infractores de conductas anticompetitivas, en calidad de medidas correctivas, la implementación de programas de cumplimiento. Dicha información se puede visualizar en la página 42 de la Guía de Cumplimiento Normativo en materia de Libre Competencia emitida por la Comisión.

[6] Cabe precisar que dichos elementos recogidos en la Guía de Programas de Cumplimiento Normativo en materia de Libre Competencia, aprobada por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, en base a los sistemas de prevención planteados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo económico (OCDE), la Organización de Naciones Unidas (ONU), el Banco Mundial (WBG), entre otras entidades internacionales. Asimismo, resulta pertinente señalar que los elementos mencionados aplican para las grandes organizaciones. Además, en la mencionada Guía, se precisaron también los elementos que deben tomar en cuenta las empresas de menor envergadura, como las "PYME", siendo estos los siguientes: (i) compromiso real de cumplir; (ii) identificación de riesgos; (iii) programas de capacitaciones; y, (iv) designación de un Oficial de cumplimiento.

la mira cuales son los riesgos que podría afrontar ante diversos escenarios, para con ello evitar una posible conducta no permitida.

Además, para la ejecución del programa deberá capacitar a sus trabajadores sobre la normativa competente, a fin de que estos tengan conocimiento de que es lo que está permitido y que es lo que está prohibido. Asimismo, con la finalidad de recibir posibles denuncias deberán implementar un canal de denuncias para recibir las comunicaciones de sus trabajadores que tengan evidencias de una posible conducta ilícita. Finalmente, se debería designar a un oficial de cumplimiento, quien estará a cargo de la supervisión del programa.

Ante ello, debemos destacar la importancia de este cargo o función, el cual debe ser asumido por una persona independiente a la alta dirección y debe tener conocimiento de las normativas sobre las cuales supervisará su cumplimiento. Las funciones de los oficiales de cumplimiento resultan indispensables para facilitar el cumplimiento de las normativas que regulan al agente económico, así como para verificar la correcta ejecución de dichos programas.

En este punto, cabe resaltar la importancia de este mecanismo frente a los programas de clemencia. Al respecto, la Guía antes mencionada destacó que la implementación de los programas de cumplimiento no sólo podría prevenir las conductas anticompetitivas, sino que ante un contexto en el cual se advierta la existencia de una conducta infractora, la empresa podría acogerse a los beneficios de exoneración o reducción de la sanción previsto en el programa de clemencia. En ese sentido, la importancia de los programas de cumplimiento radica en su eficacia para prevenir y detectar incumplimientos, siempre que se encuentren debidamente diseñados y respeten la cultura de cumplimiento a nivel organizacional.

Ahora bien, como hemos podido apreciar diversos países comparten la idea que los programas de cumplimiento son una eficaz herramienta para la prevención de prácticas anticompetitivas y otro tipo de conductas ilícitas; sin embargo, algunas agencias de competencia han optado por buscar otros medios que complementen estas herramientas de detección de cárteles, de tal manera que la probabilidad de detección sea mucho mayor. Ante ello, existen jurisdicciones que han apostado por la aplicación de los programas de recompensas para la detección de cárteles. De tal forma, es preciso señalar que este tipo de mecanismo, al igual que los programas de cumplimiento, complementa los programas de clemencia, en tanto tienen la misma finalidad detectar y prevenir conductas anticompetitivas.

## III. EL PROGRAMA DE RECOMPENSAS

Los programas de recompensas tienen como propósito premiar económicamente, a través de las autoridades competentes, a aquel ciudadano, que suele ser un trabajador o incluso un ex trabajador de una empresa o compañía, que informe a la autoridad acerca de alguna conducta o práctica ilícita sobre la cual tenga conocimiento[7]. Este tipo de mecanismo se ha implementado en diversos países con el objetivo de facilitar la detección de prácticas ilícitas sobre diversas materias, como por ejemplo la corrupción, violaciones a leyes de inversiones (bolsa de valores) y prácticas anticompetitivas entre agentes competidores, entre otras.

Resulta oportuno mencionar que la doctrina extranjera ha considerado que este mecanismo cuenta con un proceso de cuatro etapas. En la primera etapa, ocurre el evento que involucra la actividad irregular o conducta ilícita. De manera posterior, en la segunda etapa, estaríamos en un escenario de toma de decisiones por parte de la persona (podría ser uno de los trabajadores de la organización), en la cual éste evalúa la información con la que cuenta. En la tercera etapa, el denunciante ejecutaría sus actos mediante una posible denuncia. Finalmente, en la cuarta etapa, se verían las acciones por parte de la organización frente a la denuncia (Clements, 2005, p. 150).

En efecto, las denuncias realizadas en el marco de estos programas consisten en actos deliberados que llevan a cabo determinadas personas que han tenido conocimiento de información privilegiada sobre conductas ilícitas en las que podría estar incurriendo una organización. En estas circunstancias, los trabajadores o quienes cuenten con la información a revelar, realizarían un análisis costo-beneficio para impulsar sus decisiones o actos (Yeoh, 2014, p. 463), lo que finalmente los llevaría a revelar ello ante la autoridad competente, a cambio de una recompensa.

Ahora bien, en cuanto a nuestra legislación, en el año 2019, la Ley de Represión de Conductas An-

[7] Actualmente, en Perú, el Ministerio del Interior viene ejerciendo y aplicando programa de recompensas que tienen como finalidad conocer a miembros de organizaciones criminales, organizaciones terroristas, así como presuntos autores o partícipes de diversos delitos.

ticompetitivas incluyó la posibilidad de otorgar recompensas económicas a favor de aquellas personas que brinden información determinante a la autoridad para detectar, investigar y sancionar posibles cárteles.

Posteriormente, en el año 2020, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi publicó el documento Lineamientos del Programa de Recompensas, con la finalidad de otorgar incentivos económicos a quienes aporten información sobre acuerdos anticompetitivos, precisando que el monto máximo a otorgar en calidad de recompensa sería hasta S/ 400 000. Asimismo, señaló que los programas de recompensas así como los de programas de clemencia constituían instrumentos 'premiales', de tal forma que otorgaban beneficios e incentivos positivos a sus beneficiarios. Resulta importante destacar, que al igual que la finalidad de los Programas de Clemencia, estos programas únicamente son de aplicación para la detección de conductas anticompetitivas, en particular de cárteles.

Además, a diferencia de los otros programas mencionados, quienes podrán ser beneficiarios de estas recompensas únicamente podrán ser aquellas personas naturales o jurídicas que, no habiendo participado en la conducta, brinden información y pruebas a la autoridad. Podría tratarse de trabajadores o colaboradores externos que se encuentran al margen de la realización de la posible conducta anticompetitiva pero que han tenido conocimiento de ella. Asimismo, la mencionada Guía señala que también podría resultar aplicable para aquellos trabajadores periféricos que no han participado estrictamente en la conducta asumiendo la decisión o control de la colusión, sino que han actuado en base a órdenes dictadas por los altos funcionarios (actuando como 'meros ejecutores')[8].

Aquellos que podrían ser los posibles beneficiarios de estas recompensas económicas a cambio de brindar información sobre cárteles, como mencionamos, son los trabajadores periféricos, extrabajadores, familiares de aquellas personas que estén ejecutando la conducta, o incluso el asistente de los funcionarios participes del cártel.

En este punto, resulta importante resaltar las diferencias que existen en el ámbito de aplicación de los programas de clemencia y recompensas. El primero está diseñado para quienes hayan formado parte de la conducta anticompetitiva y que, a cambio de ello, puedan ser beneficiados con una reducción de la multa que podrían recibir. Por otro lado, los programas de recompensas están dirigidos, como mencionamos, exclusivamente a aquellas personas que no han formado parte de la conducta o que su participación ha sido indirecta, es decir, no han tenido un rol fundamental. Por tanto, los programas de recompensas resultan ser una herramienta complementaria a los programas de clemencia. Pese a que su ámbito de aplicación comprenda a distintos sujetos, ambos mecanismos buscan lograr el mismo objetivo: la detección de cárteles.

## IV. COEXISTENCIA DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO Y EL DEL PROGRAMA DE RECOMEPENSAS

Resulta oportuno referirnos a la aplicación paralela o conjunta de los programas de cumplimiento y recompensas, en relación con los sujetos que comprenden cada una de estas figuras. Al respecto, determinadas legislaciones han considerado la aplicación simultánea de estas herramientas; sin embargo, otras normativas, han optado sólo por una de ellas.

En Perú, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia a través de la Guía de los Programas de Recompensas, señaló que entre las personas[9] que se encuentran excluidas de ser beneficiarias de las recompensas económicas otorgadas por el Indecopi son: (i) las empresas, los infractores o partícipes del cartel; y, (ii) los oficiales de cumplimiento.

Sobre este último punto, debemos precisar que por el cargo que desempeñan estas personas, reciben información confidencial por parte de trabajadores sobre determinadas conductas irregulares en las que podría incurrir una determinada empresa. Por ello, no sería ético que este funcionario reciba una recompensa económica por parte de la autoridad, al brindar información que ha recibido a través de un canal de denuncia implementado en el marco de un programa de cumplimiento por una empresa. Con ello, se pretende que los oficiales de cumplimiento no tengan incentivos para revelar indebidamente a la autoridad información recibida en un ámbito laboral y de confidencialidad.

Ahora bien, remitiéndonos al ámbito general en el cual se desarrolla esta figura, nos encontramos



[8] En este escenario, la Guía señala que estos trabajadores periféricos podrían haber actuado implementado los precios acordados o reportar precios de la competencia.

[9] Cabe precisar que la Guía también menciona que los funcionarios de Indecopi y los abogados se encuentran excluidos del Programa de Recompensas.

con la legislación estadounidense. Mediante la Ley Dodd-Frank de reforma financiera de Wall Street y protección al consumidor, norma que ampara los derechos de reforma financiera y protección al consumidor, promulgada en el año 2010, la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos y la Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos, autoridades que cuentan con programas de recompensas, operaron recibiendo denuncias sobre presuntas violaciones a la norma antes referida (U.S. Securities and Exchange Commission, 2012a).

Cabe precisar que uno de los riesgos que asumen aquellas personas que delatan alguna conducta a cambio de una recompensa (denominadas también *whistleblowers*), son las represalias que puede tomar la compañía o funcionario afectado. De esta manera, en caso la identidad de estos denunciantes sea descubierta, sus puestos de trabajo correrían un gran peligro (Stephan, 2014). Por lo tanto, surge una interrogante de si ¿existe protección alguna para estos informantes que arriesgan su carrera profesional a cambio, no sólo de un beneficio económico, sino de una conducta ética que evidencia una práctica ilícita?

En los Estados Unidos, la protección de aquellos denunciantes ha sido un aspecto que la Ley Dodd-Frank de reforma financiera de Wall Street y protección al consumidor sí ha considerado. Esta norma incluye protecciones de confidencialidad respecto de los datos de los denunciantes; sin embargo, la excepción a ello son los posibles procesos administrativos o judiciales, o aquellas situaciones en que otra autoridad solicite información. Asimismo, la mencionada ley también protege los derechos laborales ante eventuales represalias contra los informantes o también conocidos como *whistleblowers.*

Asimismo, resulta conveniente acotar que organizaciones internacionales como la Unión Europea también se han pronunciado sobre la protección de los *whistleblowers*. Mediante la Directiva (UE) 2019/1937, referida a la protección de personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión Europea, la mencionada organización se refirió a la importancia de prestar una protección equilibrada y efectiva a aquellos denunciantes o *whistleblowers* que trabajen tanto en el sector privado como público y hayan obtenido información sobre infracciones del derecho de la Unión Europea. Cabe indicar que la directiva estableció los procedimientos a seguir por los denunciantes mediante denuncias internas, a nivel privado, y denuncias externas llevadas a cabo ante las autoridades competentes. Algunas de las medidas de protección establecidas en la directiva están referidas a la prohibición de represalias contra los denunciantes y otorgamiento de medidas de apoyo a estos como asistencia jurídica.

Ahora bien, en relación con los incentivos otorgados a cambio de información, es conveniente remitirnos nuevamente a la legislación americana. La Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos, anunció una recompensa a un denunciante que brindó información que involucraba a dos entidades reguladoras. La importancia de este caso radicó en que el denunciante acudió previamente al canal interno de denuncia de la misma empresa (cabe señalar que los canales de denuncia internos son aquellos implementados en el marco de los programas de *compliance*) y de manera posterior a la autoridad (Nelson, 2019).

Un caso similar ocurrió en el año 2014, también en los Estados Unidos, en el cual se premió, por primera vez a un Oficial de Cumplimiento, quien acudió al canal de denuncias de la compañía en la cual laboraba para reportar irregularidades. Sin embargo, al transcurrir 120 días sin que la empresa tomara acciones, tuvo que acudir a la autoridad competente para denunciar, siendo premiado por la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos (U.S. Securities and Exchange Commission, 2014).

Como podemos apreciar, la falta de operatividad por parte de los canales internos genera que los empleados de las compañías acudan a la autoridad. Este tipo de prácticas en los trabajadores es común, pues al no ver una respuesta o acción por parte de la compañía, podrían considerar que el canal de denuncias (o canal interno), que algunas empresas implementan en el marco de un programa de *compliance*, no sería realmente eficiente y, por ello, ante esa falta de respuesta y protección, es que tales trabajadores deciden acudir a una vía segura la autoridad. Cabe indicar que, para los informantes o denunciantes, acudir a la autoridad no solo les generaría confianza en que la entidad tomará acciones sobre la conducta denunciada, sino que uno de los mayores incentivos a realizar su denuncia a través de tal vía sería la recompensa que obtendrían a cambio de la información a revelar (Nelson, 2019).

La importancia de esta herramienta radica en que la colaboración de una persona para delatar una conducta ilícita facilita en gran medida la probabilidad de detección para la autoridad. Con ello, la autoridad tendría mejores elementos y documentos para iniciar una investigación, considerando sumamente conveniente otorgar altas cantidades de dinero a cambio de tal información. A la fecha, la cantidad de dinero que ha sido otorgada a los denunciantes

por Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos ha superado los 400 millones de dólares (U.S. Securities and Exchange Commission, 2020).

Como vemos, tanto los programas de cumplimiento como los de recompensas presentan una serie de beneficios tanto para los agentes económicos, trabajadores y autoridad. Sin embargo, en materia de libre competencia, existen jurisdicciones que han optado por no aplicar recompensas económicas a cambio de información; y, también otras que han considerado que su aplicación podría ser realmente eficaz.

Uno de los países que no ha considerado conveniente desarrollar los programas de recompensas como complemento a los mecanismos para detectar conductas que distorsionen el mercado, es Estados Unidos. Ante ello, han existido diversas opiniones de académicos, quienes sostienen y propulsan la implementación de un programa de recompensas para la detección de cárteles, debido al gran daño que generan estos acuerdos para el mercado. De otro lado, nos encontramos con las posiciones en contra, de quienes sostienen que estos programas, al otorgar un beneficio económico a los denunciantes, debilitarían los programas de cumplimiento (U.S. Government Accountability Office, 2011).

Para Connolly y Justice, debería desarrollarse un canal de denuncias anticompetitivas (una figura muy similar a la que utilizan la Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos y la Comisión de Comercio de Futuros de Productos Básicos, las cuales hemos comentado en los párrafos anteriores), con el objetivo de recibir información de aquellas personas que tengan conocimiento de la presunta realización de cárteles y ofrecerles a cambio una recompensa financiera. Ante ello, sostienen que dicha herramienta no reemplazaría a las políticas establecidas en los programas de clemencia, sino que, sería un mecanismo adicional para detectar cárteles, y de esta forma disuadir la creación de nuevos acuerdos (2017). De otro lado, la posición contraria, considera que estos programas de recompensas podrían ser un gran peligro para socavar los canales de denuncia internos ejercidos en el marco de un programa de c*ompliance*, pues motivan a los trabajadores a acudir directamente por intereses personales a la autoridad, sin previamente acudir a la misma empresa que está realizando dichas conductas (Conolly, 2017). Es decir, omitirían los canales internos, pues el beneficio económico que obtendrían a través de la autoridad sería superior.

Sin embargo, ninguna de estas posiciones contra la implementación de un programa de recompensas para denunciantes antimonopolio, supera el beneficio que generaría el desarrollo de esta herramienta para detectar y sancionar cárteles (Conolly, 2017). En efecto, mientras que en los Estados Unidos aún continúa esta controversia, existen otros países que no han considerado que los programas de clemencia hayan sido suficientes para maximizar la detección de conductas anticompetitivas, por lo que han optado por otorgar recompensas económicas a delatores a cambio de información que evidencie la realización de estas prácticas que perjudican el desarrollo de la competencia.

Taiwán es uno de los países que ha implementado programas de recompensas para combatir los cárteles o acuerdos entre competidores. Mediante el Reglamento que Regula el Pago de Recompensas por denuncias sobre concertaciones ilegales, estableció que los informantes debían aportar a la autoridad documentos o pruebas que evidencien concertaciones ilegales (Orden Kung Fa Tzu No. 10415608631, 2015). Cabe indicar que el referido reglamento únicamente aplica para aquellas personas que se identifiquen y que no hayan formado parte de la concertación.

Así también, mediante *Act on Protection of Public Interest Whistleblowers* emitido por Corea del Sur, ha establecido un Programa de Recompensas que otorga un bono económico a aquel que acuda a la autoridad brindando información acerca de violaciones al interés público, entre ellas, conductas que alteren el desarrollo de la competencia, como la existencia de un cártel. Al respecto, en el año 2007, la Autoridad de Competencia de Coreana (KFTC- Korea Fair Trade Commission) entregó a un empleado la suma de USD $ 197,000 (KRW 210 millones) como recompensa por haber brindado información detallada sobre el lugar en donde empresas dedicadas a la producción de azúcar escondían la evidencia de la existencia del cártel, ubicándose en el sótano de una de estas empresas (Stephan, 2014).

De igual modo, Eslovaquia, mediante el Acta sobre la Protección de la Competencia, establece que las recompensas económicas son destinadas para aquellos delatores que proporcionen información que evidencie acuerdos anticompetitivos que afecten al mercado (Acta 136/2001, 2001).

Asimismo, la autoridad de competencia de Reino Unido –la Competition & Markets Authority– ofrece también recompensas a personas que den a conocer a la autoridad prácticas anticompetitivas realizados por otros agentes. Para ello, la autoridad solicita previamente la identidad de la persona que brinda la información, con la finalidad de asegurar un comportamiento transparente con la

autoridad y así también efectivizar las posteriores comunicaciones (2014).

No obstante, algunos países que la conforman, han apostado por otorgar incentivos económicos a los *whistleblowers*. Por ejemplo, Hungría es parte del bloque de países que han decidido utilizar una herramienta adicional para la detección de cárteles. A través del Acta sobre la Prohibición de Prácticas Injustas y Restrictivas otorga a los denunciantes recompensas, siempre que estos brinden información relacionada con acuerdos entre competidores (Acta LVII, 1996).

Como podemos apreciar en la aplicación de los programas de cumplimiento y de recompensas, ambos constituyen herramientas que brindan beneficios, uno a los agentes económicos, generando una cultura de ética organizacional y ayudando a prevenir posibles conductas irregulares; y el otro a la autoridad y a los beneficiarios de las recompensas, mediante denuncias que aportan pruebas para combatir los cárteles. De esta manera, ambos programas resultan complementarios a los programas de clemencia, en tanto buscan el mismo objetivo.

## V. 'CONFLICTO' ENTRE EL PROGRAMA DE CUMPLIMIENTO Y EL PROGRAMA DE RECOMPENSAS

Como hemos señalado anteriormente, el programa de cumplimiento se encuentra enfocado principalmente en la prevención de conductas anticompetitivas, buscando capacitar a los trabajadores de las empresas para que estos conozcan la normativa relacionada a libre competencia y puedan desarrollar sus labores, acorde con los principios y disposiciones establecidas en la ley.

Sin embargo, los programas de cumplimiento también presentan un segundo enfoque vinculado con la detección de conductas anticompetitivas. En ese sentido, esta herramienta permite que los trabajadores dentro de las empresas, quienes ya se encuentran capacitados sobre las normas de libre competencia, puedan denunciar algún tipo de hecho o comportamiento que podría afectar dicha normativa. Para ello, se establecen una serie de canales de denuncia a los que estas personas pueden acceder para poner en conocimiento del oficial de cumplimiento o quien haga sus veces, la posible conducta ilegal.

Hasta aquí el funcionamiento del programa de cumplimiento desarrollaría óptimamente ambos enfoques: el de prevención y el de detección. Sin embargo, la implementación de un programa de recompensas en materia de libre competencia aparentemente genera un conflicto en el segundo de los enfoques, trayendo consigo una serie de dudas sobre su implementación. Para presentar dicha situación, a continuación plantearemos un caso hipotético que ilustrará lo señalado.

> Sofía es licenciada en comunicaciones. Tiene cerca de 2 años de experiencia en el sector *retail* y es dedicada en su trabajo. Hace seis meses entró a trabajar a la empresa *retail* más importante del país, la cual cuenta con un programa de cumplimiento normativo en materia de libre competencia. A su llegada recibió las capacitaciones de rutina y un manual sobre las normas de libre competencia. La semana pasada, Sofía recibió por error un correo del gerente general de la empresa. La comunicación llevaba como asunto 'precios competencia' y hablaba de un acuerdo con las empresas competidoras para 'hacer más rentable el negocio' adjuntando un Excel con los precios que debían aplicarse y las fechas de implementación.

Ante esta situación, Sofía, quien había puesto atención a las capacitaciones, se dio cuenta de lo que dicha comunicación podría significar. Tratando de informarse un poco más, encontró información sobre el programa que la agencia de competencia venía promoviendo. En este, se ofrecía 400,000 soles a las personas naturales que aporten información sobre presuntas conductas anticompetitivas. Sofía se encuentra en un dilema.

Al igual que Sofía, muchos trabajadores de empresas podrían afrontar el mismo dilema, al conocer o tener indicios de posibles conductas anticompetitivas en las compañías: por un lado, están los canales de denuncia en el marco del programa de cumplimiento, y por otro, se encuentra el beneficio económico ofrecido por la agencia de competencia en el marco del programa de recompensas. ¿Qué debería hacer al respecto?

Debemos empezar señalando que este aparente conflicto es más bien la manifestación de una relación de subsidiariedad entre ambos programas: ante el caso de inexistencia o mal funcionamiento del programa de cumplimiento, se podría optar por el programa de recompensas. En vista de ello, esta relación actúa como un potente incentivo para la mejora y el perfeccionamiento de ambos programas para acoger de forma adecuada las denuncias de las personas. Es cierto que Sofía se encuentra habilitada para acudir tanto al programa de cumplimiento como al de recompensas; sin embargo, en el proceso de toma de decisión se evaluarán una serie de aspectos que dejarán mucho más claro la complementariedad de ambos programas.

En ese sentido, en la medida que una empresa cuente con un programa de cumplimiento efectivo, aquellos trabajadores que tengan indicios de un presunto ilícito, considerarían al canal de denuncias del referido programa como su primera opción. Sin embargo, en caso dicha empresa no cuente con un programa de cumplimiento, los colaboradores probablemente pensarían en recurrir directamente a la autoridad en el marco del programa de recompensas. Conforme a lo señalado, podemos observar la subsidiariedad con la que operan ambos programas, ver cuadro adjunto: Supuesto 1.

Por otro lado, tenemos el caso de Sofía, en el cual la empresa cuenta con un programa de cumplimiento en materia de libre competencia. Es evidente que, al tener la posibilidad de acudir tanto al programa de cumplimiento asó como al programa de recompensas, existe un conflicto; sin embargo, el análisis pasa por un proceso de retroalimentación en beneficio del fin principal, que es la detección de conductas anticompetitivas.

Este proceso se manifiesta en la medida que ambos programas competirán por obtener la información relacionada con la posible existencia de un cartel o alguna conducta ilícita. Esta competencia permitirá que ambos programas manifiesten lo mejor de sí, llevando a la mejora continua. Dentro de la evaluación, se tendrán en cuenta una serie de criterios que permitirán inclinarse por uno u otro, ver cuadro adjunto: Supuesto 2.

De lo explicado podemos concluir que, en el escenario ideal en el cual el programa de cumplimiento implementado por la empresa sea efectivo, será más probable que el colaborador prefiera dirigir su denuncia hacia los canales brindados en el marco de dicho programa en lugar de postular al programa de recompensas, reduciendo considerablemente los riesgos de una fuga de denuncias hacia el Indecopi. Teniendo en consideración ello, corresponde preguntarnos: ¿qué es un programa de cumplimiento efectivo?

### A. Aspectos resaltantes sobre un programa de cumplimiento efectivo

Como bien lo señalamos en la parte introductoria, en el presente acápite se desarrollarán algunas propuestas dirigidas a los agentes económicos, con la finalidad de que puedan adoptarlo a sus programas de cumplimiento y así promover una cultura de ética; y de otro lado, generar seguridad en aquellos trabajadores que en algún momento piensen en acudir al canal interno de denuncias de su organización.

Al respecto, resulta complejo determinar si un programa de cumplimiento en materia de libre competencia es efectivo. Ante ello, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos señala que, si bien no existe un formulario que determine los requisitos con los que debe contar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia, se deben considerar tres aspectos que son fundamentales: (i) si el programa de cumplimiento está bien diseñado; (ii) si el programa de cumplimiento se está aplicando seriamente; y, (iii) si el programa de cumplimiento corporativo está funcionando (U.S. Department of Justice, 2019).

La efectividad de un Programa de *compliance* se evidencia en su funcionamiento y los resultados positivos que genere en los agentes. Para ello es importante que la organización se enfoque en tener un buen diseño del programa, el cual permita identificar los elementos sustanciales como por ejemplo los posibles riesgos que podría afrontar. En general, hablamos de un programa de cumplimiento efectivo cuando este cumple con los parámetros más importantes, entre los cuales se encuentran la identificación y gestión de riesgos, el compromiso de la alta dirección, las capacitaciones para los trabajadores; la evaluación y monitoreo constante,

**Supuesto 1**
**La empresa no cuenta con un programa de cumplimiento**

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Trabajador de la Empresa | Indicios de conductas anticompetitivas en el trabajo | ¿La empresa cuenta con un programa de cumplimiento? | SI | Canal de denuncias establecido* |
| | | | NO | ¿Programa de Recompensas? |

* Que la empresa cuente con un programa de cumplimiento no impide que el trabajador pueda aplicar al Programa de Recompensas.

**Supuesto 2**
**La empresa cuenta con un programa de cumplimiento**

| | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Trabajador de la Empresa | Indicios de conductas anticompetitivas en el trabajo | ¿El programa de cumplimiento implementado es efectivo? | SI | Canal de denuncias establecido |
| | | | NO | ¿Programa de Recompensas? |

y los procedimientos y canales de denuncia. Definitivamente estos aspectos son importantísimos para determinar si un programa de cumplimiento está siendo aplicado de manera adecuada.

En relación con este aspecto, Raysa Paredes, especialista en la gestión de cumplimiento de una empresa de consumo masivo, manifestó que, si bien existe una norma técnica para los sistemas de gestión de cumplimiento (ISO 19600), actualmente no se cuenta con una certificación específica para programas de cumplimiento en materia de libre competencia (comunicación personal, 17 de abril, 2020). Sin embargo, en esta oportunidad no sólo se debe pensar en lo bien diseñado y útil que podría ser un programa de cumplimiento, sino más bien en lo que el trabajador podría percibir del programa. Si bien ambos aspectos están de cierta forma ligados, será la percepción del trabajador la que definirá si dirige su información hacia el canal de denuncias.

Tal como lo mencionamos, la propuesta busca centrarse en determinados aspectos que pueden ser más relevantes al momento en el que los trabajadores tomen la decisión de acudir a las vías establecidas en el programa de cumplimiento. Los cuales hemos dividido en cuatro criterios: beneficios, confidencialidad, afectividad laboral y funcionamiento.

1. Beneficios

En la toma de decisión, uno de los aspectos que cobra relevancia es el análisis sobre el beneficio esperado: mientras el programa de recompensas ofrece una considerable suma de dinero en retribución de la denuncia, los programas de cumplimiento no suelen otorgar beneficios económicos por ellas. Este aspecto será vital al momento de la toma de decisión por parte del trabajador, dado que objetivamente el programa de recompensas mejorará su posición financiera de manera directa.

La literatura especializada en programas de cumplimiento coincide en que no se deben otorgar beneficios económicos a los trabajadores que denuncien presuntos actos ilícitos en el marco de este tipo de programas, puesto que su finalidad principal es la prevención y el desarrollo de las actividades conforme a ley, por lo que estas personas deberían ceñirse al mandato legal establecido (García-Moreno, 2014, p. 58; Amoedo Barreiro, 2017). Así, el actuar conforme a ley no puede generar un beneficio, sino que ese debería ser el comportamiento por defecto.

Al respecto, para algunos especialistas el otorgamiento de incentivos pecuniarios a quienes reporten una conducta ilegal generaría que las decisiones de estas personas se basen únicamente en el aprovechamiento económico que obtendrían y no en cuestiones éticas. Para Caridad Molina Ortega, Gerente General en LimaLaw Consulting, los beneficios económicos podrían convertir a los trabajadores en personas codiciosas, quienes incluso podrían llevar a cabo actos ilegales, como manipular las pruebas o información, con el fin de obtener tal beneficio (comunicación personal, 10 de junio, 2020).

Sin perjuicio de ello, es importante que las empresas puedan establecer determinados incentivos vinculados a los programas de cumplimiento, que pudieran redirigir a los trabajadores hacia el canal de denuncias. La Guía recomienda considerar la evaluación de desempeño de los trabajadores como criterio para el otorgamiento de ascensos, de esa forma se puede contar con un incentivo a futuro que puede ser decisivo (2020, p. 35).

Debemos tener en cuenta que si bien dicha recomendación planteada por la Guía es interesante hay algunos puntos que podrían generar limitaciones en los trabajadores y la organización. Entre ellos tenemos que la oportunidad de ascenso para el trabajador informante se ejecutaría a mediano o largo plazo, lo cual al no ser un beneficio inmediato no necesariamente generaría incentivos, más aún si el ascenso también comprende considerar otros factores, tales como el rendimiento, conocimiento, conducta, entre otros. Por otro lado, consideramos que en el supuesto que existan diversos informantes activos con información útil para la organización, la cual podría verse limitada de recursos al no poder ascender constantemente a un gran número de trabajadores.

Por ello, consideramos que, de manera adicional al incentivo que propone la Guía, debería complementarse con acceso a cursos, diplomados, conferencias y talleres presenciales o virtuales, en la especialidad del profesional, dando preferencia a aquellos colaboradores que obtuvieron las mejores calificaciones en el marco del programa de cumplimiento. Ello generaría un impacto a corto plazo, en tanto una mayor cantidad de personas podría acceder a tales beneficios. Además, la información recibida en tales capacitaciones podría ser utilizada por el trabajador, no sólo en la empresa, sino fuera de ello, constituyendo un incentivo importante para la toma de la decisión de denunciar.

En ese sentido, coincidimos en que los beneficios no deben ser necesariamente económicos. En su lugar, consideramos que las organizaciones deberían concentrarse en brindar ventajas que puedan

ser de utilidad y con ello mejorar la productividad de sus trabajadores. Con ello, generaría que éstos actúen no sólo en base a cuestiones éticas y morales, sino también en base a conveniencias relacionadas a su crecimiento profesional.

Es necesario precisar que no consideramos que las personas requieran de beneficios específicos para actuar conforme a ley. Por el contrario, es necesario inculcar valores que permitan que los trabajadores actúen por propia voluntad, sobre todo cuando se trata de aspectos legales. Sin embargo, dada la situación en la que el trabajador se puede encontrar frente a la posibilidad de acudir a ambos programas, resulta de ayuda establecer algún beneficio para poder redireccionar la denuncia a los canales del programa de cumplimiento.

Al respecto, Sandra García Silva, Oficial de Cumplimiento y Auditor Corporativo de Intervial Chile, señaló que las capacidades de los trabajadores son evaluadas en la gestión de desempeño lo cual es considerado en la generación de oportunidades laborales para tener experiencias profesionales en las distintas compañías del grupo en los países donde opera Intervial Chile (comunicación personal, 11 de junio de 2020). Asimismo, indicó que los programas de cumplimiento no pueden existir sin una cultura ética que los soporte.

Teniendo en cuenta ello, agregó que no caben los incentivos económicos en las organizaciones, ya que se apunta a fortalecer los actos desde la lógica de la virtud y la excelencia en el actuar, como un propósito genuino colectivo, que se contrapone al interés económico e individual (García Silva, comunicación personal, 11 de junio, 2020).

De acuerdo con lo antes señalado, consideramos que las organizaciones deben reforzar sus incentivos direccionándolos en oportunidades útiles que promuevan la productividad de sus trabajadores, mediante la realización de eventos o talleres especializados en diversas materias. De esta manera, promovería el interés en sus trabajadores, dado que además de actuar en base a cuestiones éticas y morales también lo harían con el objetivo de crecer profesional y académicamente.

2. Confidencialidad

La confidencialidad es otro aspecto sumamente relevante en este tipo de análisis. Si el programa de cumplimiento no garantiza una total confidencialidad de los datos del informante y de la información que brinda, esta podría terminar filtrándose, generando la exposición del delator y desalentando a su vez a otros futuros denunciantes, quienes preferirán guardar silencio antes de tener el mismo problema. Este aspecto está vinculado con los canales de denuncia y la facilidad que tenga el usuario para presentarla. Si el trabajador tiene que incluir muchos datos específicos, o si además debe dejar alguna información de contacto, podría generarse un desinterés en informar dicha conducta, perdiendo así la posibilidad de detectarla a tiempo.

En general, los programas de cumplimiento tienen un manejo sumamente cuidadoso de la información presentada en el marco de denuncias informativas. Inclusive, algunas de las empresas que cuentan con dichos programas tercerizan la recepción de las denuncias a empresas especializadas en dichos temas (Suarez Mariño, 2018, p. 59; Linares, 2019). Sin embargo, muchas veces el problema no se genera en el manejo de la información, sino cuando el trabajador se dispone a presentarla. En efecto, por error el delator podría incluir algún tipo de información propia, como el correo electrónico, el código de la computadora desde la que se envió la comunicación, el pseudónimo que utilizó o incluso el estilo de redacción utilizado.

Sobre el particular, Caridad Molina Ortega señala que los canales de denuncia funcionarán debidamente siempre que los trabajadores confíen en que la organización para la cual trabajan va a protegerlos y a garantizar la información que brinden, de lo contrario optarán por no acudir a ella (comunicación personal, 10 de junio, 2020). En tal sentido, muchas empresas cuentan con las denominadas *hot lines*, líneas telefónicas anónimas que permiten mantener la confidencialidad del denunciante. Estas líneas son muy útiles para tener aproximaciones iniciales respecto del posible ilícito, presentándose como una alternativa útil para recibir denuncias. Sin embargo, estos mecanismos requieren también de una segunda etapa, en la cual se puedan remitir documentos o medios probatorios, puesto que la plataforma utilizada usualmente no permite adjuntar archivos. Cabe resaltar que pruebas como documentos, fotografías y capturas de pantalla pueden ser sumamente útiles para acreditar el presunto ilícito.

En ese sentido, nuestra propuesta comprende dos aspectos. En primer lugar, se propone implementar un sistema de correos electrónicos temporales asignados a cada trabajador. Ello permitiría que los trabajadores no tengan que crear ningún correo adicional en alguna plataforma gratuita para proceder con la denuncia. En segundo lugar, se plantea contar con formatos que requieran ingresar la información mínima precisa, inclusive con opciones predeterminadas, de manera que sea sumamente sencillo y no se pueda evidenciar el estilo de redacción de la persona. Adicionalmente,

podría permitirse adjuntar archivos que, a criterio del informante, resultarán útiles para la investigación.

Estas ideas coinciden con lo explicado por Guillermo Zapata, Senior Manager de Compliance y Riesgo Legal en PriceWaterhouseCoopers, quien considera que la implementación efectiva de un canal de denuncias comprende tres atributos esenciales: diseño, ejecución y efectividad en la práctica. En ese sentido, recalca que estos canales deben ser concebidos como un mecanismo que permita y facilite de manera sencilla que cualquier persona pueda presentar un reporte de situaciones sospechosas. Para ello, recomienda que el canal de denuncias cuente con acceso universal, es decir, que se difundan en páginas *web*, por ejemplo, utilizando siempre un lenguaje sencillo, claro y directo, en base a medios que sean amigable al usuario (comunicación personal, 13 de junio, 2020).

Asimismo, dada la necesidad de reserva de la información presentada, y teniendo en cuenta el impacto que esta podría generar tanto a nivel de la empresa como a nivel del delator, Zapata recomienda que esta sea catalogada con la categoría más alta de clasificación de información, aplicándosele todos los protocolos de seguridad en cuanto a su uso, administración, transferencia, custodia y eventual eliminación. Para ello considera importante, entre otros, diligenciar convenios de salvaguarda de confidencialidad a los colaboradores que administran la información, estableciendo sanciones aplicables por la vulneración de la confidencialidad.

Finalmente, Zapata considera que es necesario hacer revisiones periódicas sobre los accesos, autorizaciones y vulnerabilidad de las aplicaciones, así como evaluaciones de efectividad para conocer si el canal de denuncias está funcionando adecuadamente. Dentro de dichas pruebas, deberá analizarse si se presentan o no reportes, tipologías, identificación de tendencias, y seguimiento de las acciones frente a los hechos reportados, tanto en remedios implementados como en sanciones impuestas.

De lo expuesto, consideramos que las propuestas permiten atender las necesidades más importantes para los trabajadores denunciantes, quienes necesitan la garantía de reserva de su identidad y la confidencialidad de la información presentada. Pero además considera un aspecto poco usual en estos programas, como lo es el diseño amigable al usuario hecho que recoge la simplicidad que deben tener estos canales de denuncia, y las alternativas que debe ofrecerle al delator.

3. Afectividad laboral

Otro aspecto fundamental que se toma en cuenta al momento de decidir sobre presentar la denuncia al programa de cumplimiento es la afectividad laboral. Los trabajadores que estén indecisos sobre acudir a los canales de denuncia del programa de cumplimiento muchas veces querrán absolver algunas dudas, pero puede que el Oficial de Cumplimiento no sea de su confianza. Si bien una de las funciones del Oficial de Cumplimiento es generar espacios para acercarse a los trabajadores, siendo abiertos y generando vínculos con ellos, esto no necesariamente funciona en todos los casos. En determinados momentos, las relaciones afectivas, la amistad, el tiempo compartido con otros colaboradores y lo allegado que pueden ser algunas personas del entorno son aspectos que juegan un rol importante, especialmente tratándose de este tipo de casos en los que el trabajador cuenta con información sobre presuntos ilícitos, y no está convencida de realizar la denuncia o no tiene la certeza de que la información que conoce constituya una posible conducta anticompetitiva.

De manera general, es el Oficial de Cumplimiento quien debe crear lazos con los trabajadores para ganarse su confianza, mediante la realización de dinámicas, actividades o reuniones grupales, mostrándose totalmente presto a absolver las consultas que surgieran y manteniendo una relación horizontal, que permita un acercamiento a los colaboradores. No obstante, este tipo de conductas a veces es insuficiente.

Por otro lado, es también conocido que los Programas de Cumplimiento efectivos deben contar con lo que se denomina *tone at the top* y *tone from the top*[10]; es decir una conducta ética desde la alta dirección que muestre una voluntad real de cumplir, en base a lo que se podrá desarrollar un gobierno corporativo con pilares éticos sólidos. En ese sentido, es altamente probable que los trabajadores de una organización actúen siguiendo el ejemplo de los mencionados funcionarios de rango más elevado.

Al respecto, Caridad Molina Ortega considera que los funcionarios de la alta dirección u órganos de gobierno deberían ser quienes prediquen con el

[10] De acuerdo con la Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de libre competencia, estos conceptos refieren al liderazgo y el compromiso de la Alta Dirección de la empresa en relación con el cumplimiento de la norma y el desarrollo de una cultura organizacional ética, abierta y transparente.

ejemplo a los trabajadores de su organización. En esa línea, considera que, si ellos no son los primeros en actuar de manera transparente y establecer los parámetros a seguir, su programa de cumplimiento no va a funcionar (comunicación personal, 10 de junio, 2020). Sin perjuicio del ejemplo que deben transmitir los funcionarios de la alta dirección, en un supuesto en el que un trabajador tome conocimiento de una conducta ilícita dentro de la organización, puede resultar difícil para aquél hacer algún tipo de consulta o comentario a los gerentes o funcionarios de la alta dirección. Consideramos que ello, en algunas ocasiones podría ser por: (i) la subordinación existente en la relación laboral; (ii) la falta de confianza; o, (iii) la implicancia de dichos funcionarios en la posible conducta anticompetitiva.

En ese sentido, nuestra propuesta parte de crear un rango de 'líder de cumplimiento'. Los líderes de cumplimiento serían designados por el Oficial de Cumplimiento en base a los resultados de las distintas evaluaciones anuales en el marco del programa de cumplimiento, seleccionándose a los trabajadores que demuestren un total compromiso con el programa y un excelente desenvolvimiento en las capacitaciones. Estos líderes de cumplimiento serían una suerte de nexos del oficial de cumplimiento, cuya labor principal consistiría en extender las funciones que desarrolla el oficial. De esa forma, se lograría un mayor acercamiento con los distintos trabajadores y se ampliaría la difusión de una cultura de cumplimiento en la institución. Asimismo, los líderes podrían orientar a los colaboradores que formulen consultas generales, debiendo reportarlas al oficial de cumplimiento. Podríamos hablar de un equipo de cumplimiento, comandado por el oficial, el cual estaría constantemente capacitado con los objetivos del programa.

Esta idea permitiría que los trabajadores que tengan dudas sobre estos temas puedan acudir a personas de confianza que a su vez sean líderes de cumplimiento, permitiéndoles un ambiente más cercano y cómodo para conversar de estos temas en lugar de ir directamente con el oficial de cumplimiento. Adicionalmente, permitiría un mayor despliegue de las actividades del oficial de cumplimiento y de las políticas implementadas por la empresa.

La propuesta va en línea con lo señalado por Raysa Paredes, quien comentó que, en el marco del programa de cumplimiento se ha buscado incorporar y trabajar de manera más enfática con los líderes de negocio, es decir, con los gerentes de las áreas más sensibles en temas anticompetitivos, buscando un rol más activo por parte de ellos. Paredes aclaró que con este tipo de medidas se busca que los trabajadores se involucren más con la implementación del programa, en tanto es su jefe directo quien les recuerda los aspectos de la normativa referida, enfatizando la necesidad de cumplir con la normativa referida (comunicación personal, 17 de abril, 2020).

Esta idea tiene impacto también en el establecimiento de mecanismos simples para la presentación de denuncias. Considerando que, a parecer del delator, los mecanismos formales como las *hot lines* pueden presentar un riesgo por los aspectos antes señalados, este puede sentirse más seguro al tratar con personal de la empresa en quien confíe o con quien tengan algún vínculo más cercano. En ese sentido, Paredes señaló que, de la revisión de las vías utilizadas para las denuncias presentadas en el marco del programa de cumplimiento, las más utilizadas fueron las consultas al jefe directo y la comunicación con recursos humanos, siendo el canal de denuncias el menos utilizado por los colaboradores.

Teniendo en cuenta las ideas planteadas, la designación de líderes de cumplimiento facilitaría uno de los aspectos más complejos a tener en cuenta dentro de los programas de cumplimiento, al generar una red de colaboradores altamente capacitados quienes podrían servir de ayuda para la detección de ilícitos, acercando este tipo de programas a los trabajadores de rangos bajos quienes muchas veces se ven imposibilitados de presentar denuncias o recibir ayuda frente a las dudas que tengan.

4. Funcionamiento

Quizá el aspecto más evidente que los trabajadores tomarán en cuenta al momento de formular la denuncia está relacionado con el funcionamiento que tenga el programa de cumplimiento. Al tratarse de una decisión importante por los perjuicios que puede generarle, el trabajador deberá confiar en que el programa de cumplimiento es la mejor vía para revelar el posible ilícito. Ante esa disyuntiva, la actividad histórica del programa cobra mayor relevancia. Un programa de cumplimiento que haya tomado acciones inmediatas y contundentes respecto de las denuncias presentadas generará mayor confianza en los trabajadores al momento de elegir. Por el contrario, si el programa de cumplimiento no registra acciones tomadas a lo largo de su existencia, ni informa sobre las denuncias sobre presuntos ilícitos que han sido presentadas, podría dar la apariencia de que no funciona de manera adecuada.

La Guía de Programa de Cumplimiento establece la necesidad de elaborar reportes sobre el des-

empeño del programa de cumplimiento implementado, así como de las acciones tomadas ante posibles conductas anticompetitivas. Ello resulta provechoso para que la empresa pueda llevar un control sobre el avance de la implementación de dicho programa. Sin embargo, consideramos que también es necesario la difusión de dicha información hacia todos los colaboradores, permitiéndoles conocer el desarrollo de la implementación y las acciones que se vienen tomando en el marco del programa de cumplimiento.

Asimismo, en determinadas ocasiones, los denunciantes pueden hacer seguimiento a las denuncias presentadas para conocer las investigaciones realizadas y las acciones tomadas sobre el caso en particular. Si bien este mecanismo generaría mayor confianza en los trabajadores, podría terminar exponiendo al denunciante, en caso de que la vía para conocer del avance o resultado de la denuncia no sea realmente confiable y sus datos personales puedan quedar registrados en dicho proceso de búsqueda. Además, ello sólo aplicaría para quienes hayan presentado anteriormente una denuncia al canal interno, y no para quienes, sin haber denunciado, tengan curiosidad o interés por hacerlo y quieran saber de qué forma actuó la empresa en casos previos.

Para mejorar este aspecto, proponemos que se disponga la publicación de los reportes sobre la evaluación de la implementación del programa de cumplimiento. Esta publicación podría realizarse para todos los trabajadores de manera grupal, cumpliendo con proteger la información confidencial o sensible de dichos reportes. Adicionalmente, se podrían realizar encuestas anónimas a los trabajadores de la empresa, consultando si consideran que el programa viene funcionando de manera óptima.

Con estas medidas, se informaría a todos los trabajadores sobre los acontecimientos en el marco del programa, los avances de las denuncias y las acciones tomadas ante estas ocurrencias, generándoles confianza sobre la actividad del programa y su funcionamiento. Adicionalmente, al realizar la publicación de los reportes mediante reuniones grupales, se protegería la identidad del denunciante, quien podría acceder a la información sin tener que hacer seguimiento específico, presencial o individual. Finalmente, la encuesta planteada permitiría tener un esbozo de la opinión de los trabajadores, siendo posible replantear la estrategia para generar una mayor confianza, quizá con una mejor estrategia de comunicación.

La importancia de tomar acciones prontas y efectivas frente a posibles situaciones de riesgo como muestra del correcto funcionamiento de un programa de cumplimiento, fue recalcada por María Luisa Egúsquiza, *Compliance Officer*, al manifestar que el principal objetivo de un programa de cumplimiento en materia de detección debe ser identificar tempranamente situaciones que suponen riesgos de infracciones a las normas de libre competencia e implementar las medidas correctivas pertinentes para evitar que los incumplimientos se materialicen (comunicación personal, 13 de junio de 2020). De otro lado, cuando las infracciones se han materializado, deben establecerse acciones de mitigación de forma inmediata. En ese sentido, la posibilidad de que algún colaborador opte por acercarse a la autoridad de manera directa, en lugar de recurrir a los mecanismos de denuncia interna del Programa de Cumplimiento, es una señal de que éste no está funcionando adecuadamente.

En tal sentido, la propuesta comentada converge con lo señalado por Raysa Paredes, quien comentó que en el marco del programa de cumplimiento a su cargo se realizan encuestas cualitativas anónimas, con la finalidad de saber la opinión de los colaboradores sobre el programa de cumplimiento. Este tipo de encuestas contienen preguntas ácidas como: ¿considera haber recibido la información adecuada sobre el programa de cumplimiento?, o ¿considera que la empresa toma acciones inmediatas para resolver las situaciones de incumplimiento que son informadas? Paredes agregó que esta herramienta es una buena fuente de información que permite medir el funcionamiento de un programa de cumplimiento (comunicación personal, 17 de abril, 2020).

Por lo expuesto, consideramos que estas ideas pueden aportar a una mayor efectividad del programa de cumplimiento en normativa de libre competencia, logrando que el trabajador que cuente con dicha información definitivamente opte por utilizar el canal de denuncias implementado por la empresa.

En relación con ello, tanto Egúsquiza como Paredes coinciden en señalar que el programa de recompensas constituye un mecanismo que permite a la autoridad detectar conductas anticompetitivas. Muchas veces, el programa de recompensas es efectivo para aquellos casos en que los programas de cumplimiento no son efectivos, pues no generan los espacios para la detección dentro de la empresa.

A modo de conclusión, hemos podido presentar una serie de propuestas vinculadas a una mejor implementación del programa de cumplimiento desde la perspectiva del trabajador, permitiendo generar mayor confianza en el trabajador respecto del programa y otorgándole las facilidades necesarias para que pueda acceder y utilizar los

canales de denuncia. Adicionalmente, se incluyeron medidas estratégicas para el acercamiento a los trabajadores y la difusión de información, permitiendo fortalecer un programa de cumplimiento en todos los sectores y con una comunicación oportuna clara y útil.

Estos aspectos resultarán necesarios para afrontar la disyuntiva que se les presentará a los trabajadores ante tales situaciones, siendo necesario apostar por todo tipo de herramientas y métodos que permitan fortalecer. Todo ello contribuirá a consolidar este tipo de programas y generar espacios para promover una cultura de cumplimiento al interior de las empresas.

**B. Aspectos importantes del programa de recompensas**

Hasta el momento, se han desarrollado los programas de cumplimiento y los criterios que éstos deberían seguir para ser efectivos para los trabajadores que pudieran encontrarse en el caso de Sofía (ver el ejemplo en el acápite V). De lo anteriormente expuesto, el lector se habrá dado cuenta que, ante la respuesta negativa, en ambos cuadros (véase los cuadros de los supuestos 1 y 2) encontramos la opción del programa de recompensas entre signos de interrogación. Ello no se trata de un error tipográfico, sino más bien de un verdadero cuestionamiento: ¿el trabajador acudirá directamente al programa de recompensas?

A nuestro parecer, la respuesta es negativa. Dado que ambas no son vías excluyentes, Sofía podría terminar por decidir no acceder a ningún programa, en cuyo caso la infracción continuaría sin detectarse y la afectación al mercado se produciría por varios meses más, e incluso años. En ese sentido, deberíamos entender qué aspectos pueden influir en la decisión de Sofía al momento de decidir postular al programa de recompensas. Tal como en el caso anterior, hemos dividido nuestra propuesta en base a tres criterios: confidencialidad, publicidad y capacitación.

1. Confidencialidad

Al igual que en el programa de cumplimiento, en el programa de recompensas también se guarda la confidencialidad, en la medida que se trata de la denuncia de ilícitos que podrían generar severas sanciones. En particular, este es un aspecto sumamente importante en el caso planteado, dado que Sofía al optar por la agencia de competencia, es decir, Indecopi, estaría ventilando información sobre un ilícito, y de conocerse su identidad podrían generarse una serie de represalias contra ella.

Al respecto, los Lineamientos del Programa de Recompensas establecen que el Indecopi garantiza la reserva de la identidad del *whistleblower* y de la información que este aporte, las cuales serán debidamente protegidas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (2019, p. 37). En el marco de dicho programa, se ha habilitado un formulario virtual en la página web del Indecopi que permite que las personas puedan hacer sus denuncias de manera anónima, indicando un pseudónimo, un correo electrónico y un número telefónico[11].

Estos aspectos son sumamente útiles para garantizar la confidencialidad de la identidad en el marco del programa. Si bien consideramos el correo electrónico puede presentar similares problemas, resulta relativamente sencillo poder sobrellevarlo con las cuentas de correo gratuitas.

La propuesta aquí presentada está más enfocada al proceso interno de manejo de información. Consideramos que, dentro de la Secretaría Técnica, deberían manejarse determinados parámetros para el procesamiento de la información al interior del área. Para ello, consideramos conveniente designar a un pequeño equipo conformado por dos o tres personas designadas por el Secretario Técnico, quienes accederían a la información de la solicitud presentada y la identidad del postulante. Asimismo, deberían establecerse protocolos para las reuniones a realizarse en el marco de dicho programa, de manera que la exposición de la identidad del solicitante sea mínima.

Estos aspectos resultarían positivos para lograr la finalidad y además generarían confianza en los trabajadores como Sofía quienes, al ver garantizada la confidencialidad de su identidad, no dudarían en tener en cuenta al programa de recompensas como alternativa.

2. Publicidad

Un producto es tan exitoso como su estrategia publicitaria lo determine. El programa de recompensas implementado por el Indecopi podrá resultar útil en la medida que se difunda adecuadamente. En el caso de ejemplo, Sofía fue sumamente diligente al tomar atención a sus capacitaciones y conocimiento por cuenta propia de las ventajas que brindaba la agencia de competencia a través de su programa de recompensas. Sin embargo, no

[11] Dicho formulario se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://www.indecopi.gob.pe/solicitud-de-recompensas.

necesariamente todos los trabajadores actuaran de igual manera, con voluntad para entender y conocer sobre el funcionamiento del mencionado programa. En ese aspecto, la estrategia de difusión a utilizar será crucial.

En ese sentido, el Indecopi implementó una estrategia bastante efectiva para la difusión de su programa de recompensas. El primer paso fue la publicación del borrador de los Lineamientos del programa de Recompensas, con el cual se buscaba recibir comentarios de la sociedad en general respecto de las distintas disposiciones contenidas. Posteriormente, realizó la presentación oficial de los Lineamientos en un evento que contó con la participación de ponentes nacionales e internacionales. Finalmente, concluyó con la publicación de una campaña audiovisual que retrataba el daño generado por los cárteles e informaba acerca de las personas que podrían acogerse al Programa de Recompensas. Todo ello, acompañado de una cobertura en redes sociales permitió la extensa difusión del programa.

Consideramos que a esta estrategia pueden sumarse algunos mecanismos focalizados de difusión. Una idea podría ser realizar eventos o conferencias dirigidas a determinadas empresas y asociaciones en sectores específicos del mercado, de manera que el programa pueda ser presentado a los trabajadores, quienes se encuentran en mejor posición para poder acceder a este tipo de programas.

Sobre el particular, uno de los aspectos a tomar en cuenta son los sectores más propensos a la realización de conductas anticompetitivas. En ese sentido, sería oportuno realizar un *screening* que permita identificar los sectores más vulnerables ante este tipo de conductas, con la finalidad de dirigir la publicidad a los trabajadores de las empresas de dicho rubro.

Este tipo de medidas podrían generar ventajas en el impacto del programa de recompensas, dado que posibilita la determinación del personal que se encuentra en mejor posición y con la mejor información para presentar denuncias por presuntas conductas anticompetitivas. Ello a su vez influye en el comportamiento de los agentes colusores quienes, ante el peligro de la posible denuncia por parte de cualquiera de sus trabajadores, evitarán participar de este tipo de conductas o buscarán acogerse al programa de clemencia en caso se encuentren involucrados en un cártel.

3. Capacitación

Todas estas herramientas parten del supuesto de que las personas que acudirían al programa de recompensas conocen la normativa de libre competencia, y entienden la dinámica de las conductas anticompetitivas. Sin embargo, la realidad es que, en muchos casos, las personas desconocen exactamente esta materia, pudiendo confundir conductas legítimas con ilícitos inexistentes. Ello generaría una llegada masiva de solicitudes sin sustento apropiado, desgastando los recursos de la agencia de competencia.

En ese sentido, la Escuela Nacional del Indecopi viene realizando una ardua labor en la difusión de temas de libre competencia, con seminarios sobre las conductas anticompetitivas y la normativa de libre competencia, entre otros. Esta labor se mantiene a la fecha con la programación de seminarios web sobre la materia, permitiendo a las personas tener un acercamiento a las conductas anticompetitivas y por qué estas son tan perjudiciales para el mercado. Adicionalmente, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi estrenó en redes sociales el programa 'Hablemos de Libre Competencia', en el cual se conversan distintos temas sobre conductas anticompetitivas y todo lo referido a la difusión de la libre competencia.

Todas estas actividades han sido de gran ayuda para la ciudadanía, no solo para dar a conocer el programa de recompensas y ampliar el universo de potenciales delatores motivados por el beneficio económico a recibir, sino que además ha sido sumamente útil para difundir los temas de libre competencia y sus beneficios, y poder capacitar a más personas sobre la dinámica de los mercados en el Perú y las conductas ilícitas que pueden producirse en ellos en detrimento de la competencia.

Es preciso continuar con las labores mencionadas en la medida que ello permitirá a las personas en general acceder a información confiable sobre este tipo de ilícitos, con cuya base podrán hacer un mejor uso de las herramientas brindadas por el Indecopi para la detección de cárteles.

## VI. RETOS A FUTURO

A lo largo del artículo hemos resaltado el carácter subsidiario del programa de recompensas respecto del programa de cumplimiento normativo en materia de libre competencia. De acuerdo con el caso planteado, hemos propuesto algunos aspectos que consideramos serían tomados en cuenta por las personas al momento de decidir si dirigir su denuncia al canal brindado en el marco del programa de cumplimiento, o si aplicar al programa de recompensas de la autoridad.

Sin perjuicio de ello, consideramos que ambos programas a futuro deben entenderse desde una

perspectiva de compromiso con la sociedad, enfocándose en aspectos distintos a los que hoy en día se utilizan. En el caso de los programas de cumplimiento, creemos que estos no solo deben enfocarse en establecer altos niveles de prevención de riesgos en materia de libre competencia o buenas estrategias y herramientas para la detección de conductas ilícitas, sino que deberían orientarse principalmente al compromiso social de la empresa y al correcto actuar de sus colabores en el desarrollo de sus actividades. Este enfoque permitiría que los colaboradores, a través de la empresa, puedan involucrarse en problemáticas sociales ajenas al negocio de la compañía,

Sobre el particular, Sandra García manifestó que Intervial Chile cuenta con un programa de sostenibilidad 'Conexión Jaguar' en conjunto con las comunidades y expertos, para contribuir a la conservación de la biodiversidad y a la mitigación del cambio climático, a través de proyectos para la protección, recuperación y conexión de los hábitats y corredores del jaguar en zonas de presencia de la compañía en América Latina (11 de junio de 2020).

"Si reconocemos que nuestro planeta es frágil y hay que cuidarlo ¡Hay conexión! Una conexión de nuestros objetivos personales de cuidado del medio ambiente con los objetivos de la empresa y es maravilloso" señaló García. En ese sentido, nos mencionó que el compromiso de los colaboradores se extiende a todas las buenas prácticas empresariales y ello nos motiva a todos los colaboradores cuidar el ambiente ético y de hacer lo correcto en toda circunstancia.

Este tipo de actividades generan un nivel de compromiso que va más allá de lo económico, dada la trascendencia de su objetivo. Los colaboradores, al saber que la empresa no sólo se preocupa por las actividades económicas que desarrolla, sino también por el cuidado de una especie en particular, refuerzan su confianza en el programa de cumplimiento. No necesariamente tiene que ver con la evaluación de riesgos, pero identifica al trabajador con la empresa, consolidando su compromiso con ella y, por ende, le otorga prioridad a su desarrollo.

Por otro lado, en relación con el programa de recompensas, consideramos que, para su adecuado funcionamiento, el Indecopi deberá enfocarse en mantener y consolidar la confianza que le brinda la ciudadanía. Ello, entre otras cosas, debido a que el Perú es uno de los países con mayores problemas de corrupción, lo que podría generar que algunos sectores de la población desconfíen de las entidades estatales.

Sobre el particular, el Indecopi es un organismo comprometido con la mejora continua, la excelencia en el servicio y la satisfacción del usuario. Dicha entidad ha venido trabajando arduamente para sostener los niveles de calidad en el servicio, los cuales se encuentran certificados por ISO 9001, Sistemas de Gestión de la Calidad. Adicionalmente, el Indecopi cuenta con protocolos de manejo y seguridad de la información, certificados por ISO 27001, Sistemas de Seguridad en la Información. Finalmente, en mayo de este año el Indecopi obtuvo la certificación ISO 37001:2016, Sistema de Gestión Antisoborno, ratificando así su compromiso de prevención y rechazo frente a actos de corrupción.

A todo ello se suma la sinergia que puede generarse con la coexistencia de los programas de cumplimiento y el programa de recompensas en favor de la detección de conductas anticompetitivas en el Perú. De acuerdo con el parecer de Egúsquiza, la existencia de los programas de recompensas obliga a que los oficiales de cumplimiento sean más enérgicos en sus labores generando y promoviendo las vías internas para la detección y mitigación de conductas anticompetitivas (comunicación personal, 13 de junio, 2020).

Definitivamente es un mensaje importante de cara a los administrados quienes pueden sentirse seguros de acudir a esta agencia para realizar las denuncias correspondientes, teniendo como garantía el correcto actuar de sus funcionarios, la seguridad de la información que manejen las respectivas áreas y la calidad del servicio brindado ante sus necesidades.

## VII. CONCLUSIONES

Las autoridades de competencia, con el objetivo de salvaguardar los derechos de los consumidores y el correcto funcionamiento del mercado han venido desarrollando y aplicando diversos mecanismos para detectar conductas anticompetitivas, en particular cárteles, a través de los programas de clemencia, de recompensas y de cumplimiento.

De este modo, algunas autoridades han incentivado a los agentes económicos a implementar programas de cumplimiento, los cuales no sólo generan un impacto positivo para estos al fomentar una cultura de prevención y buenas prácticas; sino que, sirven de ayuda para la autoridad al prevenir y detectar oportunamente posibles prácticas anticompetitivas. La Guía de Programas de Cumplimiento Normativo en materia de Libre Competencia emitida por el Indecopi ha destacado una serie de elementos que las organizaciones deben tomar en cuenta para lograr la eficacia en la implementación y desarrollo de estos programas.

**Cuadro 1. Aspectos a tener en cuenta para un programa de cumplimiento efectivo**

| | |
|---|---|
| Beneficios para trabajadores | Acceso a cursos, diplomados y/o capacitaciones en la especialidad del profesional. |
| Confidencialidad de informante e información | Creación de formatos para ingresar información precisa sobre la denuncia y otorgamiento de correos electrónicos temporales a cada trabajador. |
| Afectividad laboral y cercanía | Implementar el cargo de un 'líder' de cumplimiento que permita absolver las dudas de posibles denunciantes. |
| Funcionamiento del programa | Realizar publicaciones y encuestas que den a conocer su correcto funcionamiento. |

**Cuadro 2. Aspectos a tener en cuenta para un programa de recompensas confiable**

| | |
|---|---|
| Confidencialidad de informante e información | La información debe manejada por una pequeña cantidad de personas designadas por el jefe del área. |
| Publicidad y difusión del programa | Enfocar la promoción y difusión de su programa en sectores propensos ante conductas anticompetitivas. |
| Capacitación sobre la materia | Continuar con la organización de seminarios y conversatorios que den a conocer las conductas anticompetitivas que podrían desarrollarse en el mercado. |

Los programas de recompensas resultarán atractivos para los informantes no sólo por el beneficio económico, sino también por la seguridad que la autoridad de competencia les brinde en relación con la información que aporten y a sus datos personales. De igual manera, estos informantes se verán inducidos a informar siempre que tengan conocimiento sobre el funcionamiento del programa y de aquellas conductas prohibidas.

La aplicación conjunta de los programas de cumplimiento y los programas de recompensas no suponen un conflicto, sino que ambos resultan ser complementarios y en algunos supuestos podrían tener una relación subsidiaria, buscando abarcar todas las posibilidades en las cuales se pueden recibir denuncias para la detección de cárteles. En tal sentido, a fin de que las organizaciones puedan adoptar un programa de cumplimiento efectivo, planteamos las siguientes propuestas (ver cuadro 1).

Asimismo, en el presente artículo se mencionaron determinados retos que podría afrontar la agencia de competencia en el marco de la aplicación de su programa de recompensa, por lo que planteamos las siguientes propuestas para que tales programas resulten confiables ante los informantes (ver cuadro 2).

Finalmente, con relación al fortalecimiento de la confianza de los trabajadores en las organizaciones y administrados con la autoridad de competencia, consideramos que los mencionados programas deben desarrollarse en un contexto de compromiso. Sobre el cumplimiento normativo, las organizaciones podrían desarrollar programas que permitan consolidar el compromiso de los trabajadores con los objetivos de la organización (los programas de sostenibilidad son un gran ejemplo). Por otro lado, en lo que respecta al programa de recompensas, la autoridad de competencia debe continuar ratificando su compromiso de prevención y rechazo frente a actos de corrupción. De esta manera, lograrían que los posibles denunciantes o informantes actúen en base a un real compromiso.

**REFERENCIAS**

Amoedo Barreiro, D. (2017). Elementos esenciales para un sistema de protección de denunciantes. *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, (4), 1-8. https://revistainternacionaltransparencia.org/wp-content/uploads/2017/09/Daniel-Amoedo.-.pdf

Baks, T., & Jalabert-Doury, N. (2012). Competition Law Compliance Programs and Government

Support of Indifference. *Best Practices for Compliance Programs: Results of An International Survey*, (2), 3-61. https://www.mayerbrown.com/en/perspectives-events/publications/2012/05/competition-law-compliance-programs-and-government

Clements, L. (2005): Whistleblowing: Who, What, When, Where, Why & How. *Journal of Forensic Accounting*, (2), 149-160. https://www.researchgate.net/publication/322132348_Whistleblowing_Who_What_When_Where_Why_How

Comisión Europea [C.E.] (2012). La importancia de Cumplir: Qué pueden hacer las compañías para respetar mejor las normas de competencia de la UE. https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/78f46c48-e03e-4c36-bbbe-aa08c2514d7a/language-es

(2019). Anonymous Whistleblower Tool. https://ec.europa.eu/competition/cartels/whistleblower/index.html?

Conolly, R. (2017, 9 de noviembre). It is time for an Antitrust Whistleblower Statue – Part 2. Antitrust Connect Blog. http://antitrustconnect.com/2017/11/09/it-is-time-for-an-antitrust-whistleblower-statute-part-2/?doing_wp_cron=1587251559.2864298820495605468750

Conolly, R., & Justice, K. (2017, 30 de octubre). It is time for an Antitrust Whistleblower Statue – Part I. Cartel Capers. http://cartelcapers.com/blog/time-antitrust-whistleblower-statute-part/

García-Moreno, B. (2014). Whistleblowing como forma de prevención de la corrupción en la Administración Pública. En Nieto Martín A.N., & Maroto Calatayud M. (coords.). *Public Compliance. Prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, (pp. 43-60). Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Ku, S.M., & Lee, J.R. (2007). *Price Fixing Cartel by Three Sugar Manufacturers.* http://www.ftc.go.kr/www/cmm/fms/FileDown.do?atchFileId=FILE_000000000079658&fileSn=0

Linares, J. (2019, 16 agosto). Compliance: ¿Qué servicios se pueden externalizar?. https://elderecho.com/compliance-servicios-se-pueden-externalizar

Nelson, M. (2019, 6 de mayo). CFTC Rewards Whistleblower Who First Reported Internally. Wolters Kluwer. https://lrus.wolterskluwer.com/news/securities-regulation-daily/cftc-rewards-whistleblower-who-first-reported-internally/79799/

Office of Fair Trading [Oficina de Comercio Leal] (2011). *How your business can achieve compliance with competition law*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284402/oft1341.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2000). *Hard Core Cartels. Competition Law & Policy*. https://www.oecd.org/competition/cartels/2752129.pdf

(2002). *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. http://www.oecd.org/competition/cartels/1935135.pdf

Quintana Sánchez, E. (2011). Prácticas Concertadas entre Competidores y Estándar de Prueba Requerido. *Revista de Derecho Administrativo*, *1*(10), 15-45.

Remacha, M. (2016). Compliance, ética y RSC. IESE Business School. https://media.iese.edu/research/pdfs/ST-0411.pdf

Rivadeneira Frisch, J. (2009) . *Economía Social de Mercado*. Konrad Adenauer Stiftung. https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0fa7d85d-101f-84f1-c646-027f7cea64f0&groupId=252038

Ros Cordon, E. (2017). *Los Programas de Compliance como Medida Anticártel* [Tesis para optar por el grado de Magister, Universidad Internacional de La Rioja]. https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/6482/ROS%20CORDON%2C%20ESTEFANIA.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Samuelson, P., & Nordhaus, W. (2009). *Economics*, (19na ed.). McGraw-Hill Irwing. http://pombo.free.fr/samunord19.pdf

Stephan, A. (2014*). Is The Korean Innovation Of Individual Informant Rewards A Viable Cartel Detection Tool?. ESRC Centre for Competition Policy & Norwich Law School, University of East Anglia* (Centre for Competition Policy Working Paper No. 14-3*).* http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8199490/CCP+Working+Paper+14-3.pdf/7a9c1d06-d790-4e83-86bf-d43c68c83d0d

Suarez Mariño, L. (2018). Del canal de denuncias como instrumento imprescindible de un

programa eficaz de prevención de delitos y de la obligación de denunciar en las sociedades de capital. *European Compliance & News*, 55-62. http://www.aeaecompliance.com/images/documentos/AEAEC_Julio2018.pdf

U.S. Department of Justice [Departamento de Justicia de los Estados Unidos] (2015). *Deputy Assistant Attorney General Brent Snyder Delivers Remarks at the Sixth Annual Chicago Forum on International Antitrust*. https://www.justice.gov/opa/speech/deputy-assistant-attorney-general-brent-snyder-delivers-remarks-sixth-annual-chicago

(2017). Leniency Program. https://www.justice.gov/atr/leniency-program

(2019). *Evaluation of Corporate Compliance Programs in Criminal Antitrust Investigations*. https://www.justice.gov/atr/page/file/1182001/download_

U.S. Government Accountability Office [Oficina de Contabilidad del Gobierno de los Estados Unidos] (2011). *Criminal Cartel Enforcement: Stakeholder Viwes on Impact of 2004 Antitrust Reform are Mixed, but Support Whistleblower Protection.* https://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf

U.S. Securities and Exchange Commission [Comisión de Bolsa y Valores de los Estados Unidos] (2012a). *SEC Issues First Whistleblower Program Award*. https://www.sec.gov/news/press-release/2012-2012-162htm

(2012b). *A Resource guide to the U.S. Foreing Corrupt Practices Act. Criminal Division of the U.S. of Justice and the Enforcement Division Of The U.S. Securities and Exchange Commission.* https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/fcpa-resource-guide.pdf.

(2014). *SEC Announces $ 300,000 Whistleblower Awars to Audit and Compliance Professional Who Reported Company's Wrongdoing*. https://www.sec.gov/news/press-release/2014-180

(2020). *SEC Awards Over $27 Million to Whistleblower.* https://www.sec.gov/news/press-release/2020-89

Yeoh, P. (2014). Whistleblowing: Motivations, Corporate Self-Regulation, And the Law. *International Journal of Law and Management*, (56), 459-473. https://www.researchgate.net/publication/280193862_Whistleblowing_Motivations_Corporate_self-regulation_And_the_law

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Act LVII, 1996 (Hung.).

Act on the Protection of Public Interest Whistleblowers, Act. 15023 (2017).

Autorité de la Concurrence (10 de febrero del 2012). Document-cadre sur les programmes de conformité aux règle de concurrence. https://www.competitionpolicyinternational.com/framework-document-of-10-february-2012-on-antitrust-compliance-programmes/

Autoritá Garante della Concorrenza e del Mercato (25 de septiembre de 2018). Guidelines on Antitrust Compliance. https://en.agcm.it/dotcmsdoc/guidelines-compliance/guidelines_compliance.pdf

Canadian Competition Bureau [Oficina de la Competencia canadiense] (13 de junio de 2015). Corporate Compliance Programs. https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03927.html

Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 11 de diciembre de 2020, Lineamientos del Programa de Recompensas, Resolución 037-2019/CLC-INDECOPI (Perú).

Comisón de Defensa de la Libre Competencia, 19 de julio de 2017, Aprobación de la Guía de Programa de Clemencia y Exposición de Motivos, Resolución 059-2017/CLC-INDECOPI (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 27 de marzo de 2020, Aprueban la Guía de Programas de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, Resolución 006-2020/CLC-INDECOPI (Perú).

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 10 de junio del 2020, Guía de Programas de Cumplimiento en Relación con la Defensa de la Competencia (España). https://www.cnmc.es/novedad/cnmc-guia-compliance-competencia-20200610

Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de multas y la reducción de su importe en casos de cártel (EC), No. 2006/C 298/11, (12 de agosto del 2006), 2012 O.J. (C 298) 17,

20. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC1208(04)&from=EN

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano,* 25 de junio de 2008 (Perú).

Directiva 2019/1937, del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre las infracciones del Derecho de la Unión, 2019 O.J. (L 305) 17

Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act 2010 (U.S.)

Fiscalía Nacional Económica, 2012, Programas de Cumplimiento de la normativa de Libre Competencia (Chile). https://www.fne.gob.cl/advocacy/herramientas-de-promocion/programa-de-cumplimiento/

Slovak Competition Act 136/2001 Coll.

Tribunal Constitucional [T.C.], 16 de febrero de 2013, sentencia recaída en el Expediente 008-2013-AI/TC (Perú).

U.S. Sentencing Commission, 1 de noviembre del 2016, Guidelines Manual (EE.UU.). https://www.ussc.gov/guidelines/2016-guidelines-manual

10.18800/themis.202002.007

# EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PERUANO EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ANTE INDECOPI

## *THE RIGHT TO DUE PROCESS ON THE PERUVIAN ADMINISTRATIVE PROCEDURE ON ANTITRUST MATTERS BEFORE INDECOPI*

**Francisco Marcos Fernández***

**IE Law School**

*Respect for the principle of "due process" in the administrative procedure envisaged for the application of the prohibitions on anticompetitive behavior established in Peru's antitrust regulations before Indecopi is called into question due to the lack of separation between the investigative body (Technical Secretariat of the Commission of Free Competition) and the decision-making body (Commission of Free Competition).*

*This article examines the issue from three perspectives. First, from the functional economic perspective, the organization and the administrative sanctioning procedure provided for in the Peruvian antitrust legislation are part of the public enforcement model that entrusts Indecopi (an agency divided into two units) with the enforcement of the prohibitions of anticompetitive conduct. Inevitably, this may lead to a confirmation bias (prosecutorial bias) -conscious or unconscious- of the final decisions adopted by the Commission. Secondly, from the perspective of the right to due process and the principle of impartiality in the European Convention on Human Rights (ECHR), Indecopi's procedure would respect the requirements of the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR). The author proposes that it is convenient to start with a reflection on how the jurisprudence has ruled that the extension of the human rights of the ECHR to legal persons (corporate human rights) should be examined in each case. Thirdly, from the perspective of comparative law, there are competition authorities with administrative procedures and organizations in other countries that have similarities with those followed by Indecopi. In particular, the European Commission and the Italian Autorità Garante de la Concorrenza (AGCM) are briefly mentioned.*

*Keywords: Due process; administrative procedure; impartiality; sanctioning procedure; competition defense.*

*Se cuestiona el respeto del principio del "debido proceso" del procedimiento administrativo previsto para la aplicación las prohibiciones de conductas anticompetitivas establecidas en la normativa de defensa de la competencia en el Perú ante Indecopi por la falta de separación entre el órgano instructor (Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia) y el órgano decisor (Comisión de Libre Competencia).*

*El presente artículo examina la cuestión desde tres perspectivas. En primer lugar, desde la perspectiva económico funcional, la organización y el procedimiento administrativo sancionador previstos en la legislación peruana de defensa de la competencia se encuadran en el modelo de aplicación pública que encarga el enforcement de las prohibiciones de conductas anticompetitivas del Indecopi. Inevitablemente, ello puede conducir a un sesgo confirmatorio, consciente o inconsciente, de la decisión final adoptada por la Comisión. En segundo lugar, desde la perspectiva del derecho al debido proceso y el principio de imparcialidad en la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), el procedimiento de Indecopi respetaría las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). El autor señala que conviene arrancar con la reflexión de que la extensión de los derechos humanos de la CEDH a las personas jurídicas (derechos humanos corporativos) debe ser examinada en cada caso. En tercer lugar, desde la perspectiva del derecho comparado, existen autoridades de defensa de la competencia con procedimientos y organizaciones administrativas en otros países que presentan similitudes con los seguidos por el Indecopi. En particular, se alude concisamente a la Comisión Europea y a la Autorità Garante de la Concorrenza (AGCM) italiana.*

*Palabras clave: Debido proceso; procedimiento administrativo; imparcialidad; procedimiento sancionador; defensa de la competencia.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la University of California, Berkeley, y Doctor en Derecho por la Università degli Studi di Bologna. Profesor en IE Law School (Madrid, España). Contacto: francisco.marcos@ie.edu

Este artículo reproduce las ideas vertidas en un informe emitido a petición del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (Indecopi). El autor agradece a Indecopi que ha permitido su reelaboración como artículo doctrinal, así como los comentarios de dos revisores anónimos y del Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 7 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 9 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

En Perú la aplicación administrativa de las prohibiciones de conductas anticompetitivas prohibidas[1] es competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi). Según la regulación vigente, el procedimiento administrativo previsto para la investigación y sanción de que la instrucción del expediente corre a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, STCLC), mientras que la eventual declaración de la infracción e imposición de la sanción compete a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, CLC).

Este artículo argumenta que procedimiento seguido por Indecopi es coherente con el modelo institucional elegido por el legislador peruano para la aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, pues respeta las exigencias del derecho al debido proceso. Las conclusiones que aquí se alcanzan se fundamentan en lo siguiente[2]:

(i) En un análisis económico-funcional de la singularidad del proceso de aplicación pública de las prohibiciones *antitrust* que permite explicar el sistema y la organización seguidos por Indecopi, cuyo diseño busca la administración eficiente de los recursos, siendo claro que la organización y el procedimiento de Indecopi no pueden ser infalibles, y que (como ocurre en este tipo de instituciones) puede existir el riesgo de un sesgo confirmatorio o acusatorio en las decisiones de la CLC, se establecen mecanismos varios y suficientes para corregir los errores, también los derivados de ese sesgo (*infra* apartado §2);

(ii) En la conformidad de la organización y procedimientos del Indecopi con las exigencias de la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) según se ha establecido en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) (*infra* apartado §3); y,

(iii) Finalmente, en el derecho comparado de defensa de la competencia, donde se observa que hay diversas autoridades de defensa de la competencia extranjeras que se organizan y operan de manera similar a como lo hace Indecopi, sin una separación absoluta entre la instrucción y resolución de los expedientes, y respecto de ninguno de ellos se haya concluido que vulneran los principios de debido proceso o las exigencias sobre la imparcialidad del órgano resolutorio (*infra* apartado §4).

Este análisis comparado se enmarca en la reciente tendencia internacional de alinear los derechos y garantías de defensa de los imputados en los procedimientos sancionadores por defensa de la competencia[3]. La International Competition Network (en adelante, ICN) ha aprobado unos principios comunes sobre esta materia[4], que han sido suscritos también por el Indecopi[5]. Por tanto, no está de más examinar si el procedimiento administrativo sancionador seguido en el Indecopi y, en particular, si la separación existente entre instrucción y separación de los procedimientos respeta los parámetros exigidos por la jurisprudencia del TEDH[6]. El cumplimiento con los principios y garantías de defensa en los procedimientos sancionadores ante las autoridades de defensa de la competencia es esencial para fortalecer la legitimidad de su misión y dar credibilidad a su contribución al bienestar común (O'Brien, 2018).

---

1 Conforme lo señala el Título III del Decreto Supremo 030-2019-PCM que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA).

2 No se realiza una evaluación con arreglo a la legislación, jurisprudencia y doctrina peruanas, las referencias a las misma se realizan a efectos de contextualizar el examen y las opiniones vertidas aquí. El análisis que aquí se realiza pretende ser más abstracto, pues examina la organización y el procedimiento sancionadores en materia *antitrust* en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual desde una lógica económico-funcional y comparada.

3 Véase Yoo (2019).

4 Desde abril de 2019 la ICN ha establecido unos principios y garantías comunes en los procedimientos de sanción de cárteles que serán de cumplimiento voluntario por las autoridades de competencia que así lo soliciten (con su propio sistema de cooperación, control y revisión), entre los que se encuentran el derecho a que la decisión sea objetiva e imparcial (2019a, pp. 6-7).

5 Indecopi figura entre los suscriptores originarios del documento mencionado en la nota anterior. Véase el ICN (2019b).

6 Sobre la homogeneidad de los derechos fundamentales y las garantías a nivel comparado, véase lo señalado por Waldron: "Ciertamente, las protecciones y garantías no son iguales en todos los países, pero existe una similitud sustancial en los principios a los que se refieren" (2012, p. 32) [traducción libre]. En particular, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se encuentra entre ese tipo de normas y principios, a los que se acude por Estados que no son parte (Waldron, 2012, p. 70). El autor (hablando de Nueva Zelanda) subraya el carácter universal de estos derechos y principios (2012, pp. 117-123).

## II. ANÁLISIS ECONÓMICO Y FUNCIONAL DEL SISTEMA Y LA ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

### A. Introducción: la aplicación pública de prohibiciones de conductas anticompetitivas

La existencia de autoridades administrativas especializadas en la persecución y castigo de prácticas anticompetitivas de los operadores económicos en el mercado es común a todos los sistemas de defensa de la competencia[7]. Estas instituciones son esenciales para dotar de efectividad a las prohibiciones *antitrust* (*enforcement*), pues son las que permiten incrementar la probabilidad de aprehensión, prueba y sanción de los infractores, dotándolas de mayor fuerza disuasoria (Becker, 1968). En efecto, para incrementar la probabilidad de detección (y, en su caso, la posterior convicción y sanción) de las infracciones de las prohibiciones *antitrust* es esencial crear instituciones especializadas, dotadas de recursos y poderes adecuados y suficientes, y con incentivos para conseguir información sobre las infracciones[8]. La maximización del bienestar social así lo exige[9].

Las dificultades de obtener y procesar adecuadamente la información que permita detectar y probar la existencia de infracciones de las prohibiciones de defensa de la competencia, junto a la ausencia de incentivos de los particulares para directamente perseguir estas infracciones en los tribunales ordinarios (*private enforcement*) explican que el recurso a las agencias independientes especializadas en la investigación de conductas anticompetitivas (*public enforcement*) sea universal en todos los sistemas de defensa de la competencia[10].

A diferencia de otras normas jurídicas, las prohibiciones *antitrust* son particularmente complejas y ello dificulta su *enforcement*. La aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas resulta dificultosa por el carácter de estándares legales abiertos que frecuentemente se utilizan en la formulación de estas prohibiciones[11]. Aunque ello dota a estas normas de flexibilidad para hacer frente a las conductas contrarias a la libre competencia, proporcionando gran discrecionalidad en su aplicación[12], a la vez incrementa la incertidumbre en los operadores sobre si su comportamiento ha incurrido en dichas prohibiciones[13].

Por ello, la aplicación de las prohibiciones solo es posible tras la obtención y acumulación de prueba de los hechos potencialmente infractores, que suele requerir una intrincada investigación y un profundo análisis para evaluar los potenciales efectos de las conductas en el mercado[14], conforme a la doctrina jurídico-económica consolidada en la materia, y que sea coherente con la interpretación previa de las prohibiciones en decisiones precedentes de las autoridades de competencia.

El procedimiento administrativo de investigación de las presuntas infracciones busca evitar la arbitrariedad y abusos de las autoridades de defensa de la competencia que impongan castigos sin haber seguido un itinerario reglado en el que se acumule prueba sobre los hechos constitutivos de la infracción y en el que se posibilite la defensa del acusado, con garantías de defensa por su parte.

Dada la imposibilidad de conocer el universo existente en la realidad de conductas anticompetitivas prohibidas por el Título III del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticom-



7 El término *antitrust* se utiliza en este artículo como sinónimo de defensa de la libre competencia, para comprender exclusivamente a las prohibiciones de conductas anticompetitivas y su aplicación en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, conforme lo señala el Título III del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la LRCA). Se excluyen otras políticas públicas destinadas a la promoción y abogacía de la competencia o el control de concentraciones económicas

8 Son útiles al respecto las observaciones de Shavell (1993, pp. 258-259 y 267-270).

9 Véanse Polinsky y Shavell (2007).

10 Conforme lo señalan Polinsky y Shavell, "usualmente la fuerza pública se favorecerá si es que se requiere de esfuerzos para identificar y castigar a los infractores" (2007, p. 406) [traducción libre]. Véase también Kaply y Shavell (2005).

11 Frente a otras normas jurídicas específicas y precisas, de más fácil aplicación, los estándares legales que configuran las prohibiciones de conductas anticompetitivas reducen los costes de formulación de las normas (véase la amplitud de las prohibiciones establecidas en los arts. 10, 11 y 12 del TUO de la LRCA), pero incrementan los costes de aplicación y la incertidumbre de los operadores sobre la aplicación de las mismas en cada caso. Al respecto, Kaplow (1992).

12 Como lo señala Ottow: "[l]as reglas de competencia son muy flexibles y pueden aplicarse a un amplio rango de situaciones a las que no necesariamente el legislador se anticipó" (2015, p. 30) [traducción libre].

13 Existe un equilibrio entre su precisión y su administrabilidad. Véase Ibáñez (2018, p. 29).

14 Basta pensar en el complejo análisis que puede exigir, en cada caso, la definición del mercado relevante (art. 6. del TUO de la LRCA), la evaluación de los efectos para la aplicación de las prohibiciones relativas del art. 9 TUO de la LRCA, la existencia de posición de dominio de un agente económico (art. 7 del TUO de la LRCA), y no digamos de la apreciación la concurrencia de alguna de las circunstancias que determinan la existencia de infracción, *ex.* art. 10, 11 o 12, que se tratan de listados meramente abiertos.

petitivas (en adelante, TUO de la LRCA), es difícil evaluar el rendimiento y la actividad de las autoridades encargadas de aplicarlas (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019)[15]. No existe un estándar de medida o un punto de referencia (*benchmark*) objetivos, universalmente aceptados, que le sean exigibles[16]. La verdadera medida de la efectividad de la actividad de investigación y sanción del derecho de defensa de la competencia será el cumplimiento de la ley y la disuasión de la comisión de nuevas infracciones. Y eso es muy difícil de medir (White, 2019; Breit & Elzinga, 1974, pp. 943-961).

En cualquier caso, en lo que atañe a las decisiones que adopta cualquier autoridad encargada de la aplicación de las normas de defensa de la competencia como Indecopi (excluyendo la posible corrupción, el fraude y otras patologías graves que pudieran afectar al funcionamiento de la autoridad, pero que no se examinan en este artículo, por más que tampoco conste que ninguna de ellas haya afectado en el pasado o afecten en la actualidad a Indecopi) la aspiración principal es minimizar los errores en sus decisiones de aplicación (Ergas, 2009, p. 71). Es decir, desde esta perspectiva se trata de evitar la adopción de decisiones equivocadas en la aplicación de las prohibiciones *antitrust* (Devlin & Jacobs, 2010, p. 86).

Una autoridad de defensa de la competencia yerra si declara y castiga infracciones que no lo son (errores tipo 1 o falsos negativos), pero también cuando exonera indebidamente a los infractores (errores tipo 2 o falsos positivos), bien en decisiones explícitas o por actividad insuficiente o tardía (omisión) (Ergas, 2009, p. 72).

Establecer el nivel óptimo de actuación de la autoridad, que excluya los errores y mantenga la fuerza disuasoria de las prohibiciones, es una tarea en la que intervienen distintos factores, relacionados con su organización y diseño, las formas en que la autoridad accede a información sobre posibles vulneraciones de las prohibiciones, las prioridades de la autoridad de competencia, el diseño de sus procedimientos de actuación (investigación y resolución) y la eficiencia y rapidez de sus actuaciones (Ottow, 2015, pp. 87-90).

En cualquier caso, es imposible confiar en la infalibilidad de la aplicación de las prohibiciones por la autoridad de defensa de la competencia. Se producirán errores; por ello, es lógico y natural que en los distintos sistemas de aplicación de estas normas se prevean mecanismos para la posible revisión de sus decisiones en una o diversas instancias, que permitan detectarlos y corregirlos[17].

Los mecanismos de revisión se muestran principalmente preocupados en la corrección de los errores tipo 1 (escepticismo y sobre aplicación de la prohibición o falso negativo)[18], lo que conduciría a la revocación y reducción de condenas. En algún caso, la revisión judicial puede también corregir errores tipo 2, cuando se revisan decisiones de las autoridades de aplicación que exoneraban o eximían la aplicación de las normas a determinadas conductas. Pero esto último no es lo más frecuente, pues la principal manera de corregir los errores tipo 2 (credulidad e infra aplicación de la prohibición o falso positivo) es mediante el aumento de los recursos destinados a la detección y prueba de las infracciones, dadas las dificultades normalmente existentes para ello.

De otro lado, desde una perspectiva jurídica se entiende que las agencias de defensa de la competencia desarrollan una actividad de policía administrativa de los mercados, vigilando el comportamiento de los operadores económicos "con el objetivo de asegurar que el proceso competitivo en la realidad se acerque lo máximo posible al modelo teórico de competencia perfecta" (Stucchi López-Raygada & Ballón Estacio, 2017, pp. 16-18). Siguiendo esta lógica, para dar efectividad a las prohibiciones de prácticas anticompetitivas la legislación peruana prevé que la aplicación administrativa de las normas se realice por el Indecopi (*public enforcement*)

[15] Aunque esto sea una obviedad, es imposible conocer cuál es la *ratio* óptima de decisiones de aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas que deben producirse. Como cualquier otra norma que declara y proscribe conductas ilícitas, no existe un "censo" de infracciones o infractores que perseguir, sancionar o exigir compensación. Esto afecta tanto la aplicación privada como la aplicación pública realizada por autoridades administrativas independientes, como el Indecopi.

[16] Es más, no conviene llamarse a engaños, no serán necesariamente mejores las autoridades que incoan un mayor número de expedientes, adopten un mayor número de decisiones, o impongan un mayor número de sanciones. Al respecto, Kovacic *et al*. subrayan las limitaciones de los métodos basados en el cómputo de expedientes incoados o de decisiones sancionadoras adoptadas por la autoridad (2011, pp. 26-27 y 36-39).

[17] Esta taxonomía se explica y describe, últimamente, por Ottow (2015, pp. 88 y 199) y Devlin y Jacobs (2010, pp. 75-132), quienes también argumentan en contra de la preocupación por la sobre-aplicación, falsos negativos o errores tipo 1 de las prohibiciones antitrust).

[18] Los sistemas de defensa de la competencia se han preocupado normalmente más por la prevención y corrección de los errores tipo 1. Véanse Devlin y Jacobs (2010, p. 79) y Easterbrook (1984 pp. 3 y 16). Críticamente, véase a Baker (2015, pp. 1-38).

(Stucchi López-Raygada, 2008, p. 313; Stucchi López-Raygada, 2011, pp. 51-55). Conforme lo señala el TUO de la LRCA, el acceso a la vía jurisdiccional de los perjudicados por esas conductas para la obtención de compensación u otros remedios (*private enforcement*) solo es posible una vez que Indecopi ha adoptado una decisión y ésta es firme (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 54).

La organización, las competencias y los poderes de las agencias especializadas de defensa de la competencia varían en los distintos países (Kovacic & Hyman, 2012, p. 535). Existe una rica diversidad de los modelos comparados a través de los que se efectúa la aplicación de las prohibiciones *antitrust* en el interés público a través de procedimientos administrativos sancionadores. Razones de diverso tipo (legales, históricas, sociales, económicas, culturales, etc.) explican la variedad en los diseños seguidos a nivel comparado (Fox, 2010, pp. 473-474).

Finalmente, es importante recordar –como ocurre con otras autoridades de defensa de la competencia– que la función de investigación y sanción de las infracciones de las normas *antitrust* no es la única que Indecopi posee[19]. Esta función represiva se complementa con otras funciones (asesoramiento y abogacía de la competencia, prevención de infracciones), que coadyuvan al propósito de la salvaguarda de la libre competencia en los mercados y la mejora del bienestar social[20].

### B. Modelo institucional peruano para la aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas

La estructura y organización del Indecopi es singular en el panorama institucional comparado[21]. Al margen de que acumule competencias muy dispares junto a las de defensa de la competencia (insolvencia, propiedad intelectual e industrial, competencia desleal, barreras burocráticas, dumping y subsidios)[22], cada una de estas ramas funcionales tienen el apoyo de una rama administrativa común a todas ellas, entre la que se incluye el órgano rector de la institución (Consejo Directivo)[23].

En particular, en materia de defensa de la competencia, el sistema y la organización institucional peruanas se podría caracterizar como el modelo de **agencia administrativa especializada única** en el que se separa la investigación y la resolución de los procedimientos sancionadores[24]. En cambio, existen otros países en los que las agencias actúan como acusadoras frente a un juez, que es finalmente quien resuelve e impone la sanción (*v. gr.*, Chile) (Duke, 2015, p. 272). Estos sistemas se conocen como **modelos judiciales bifurcados**[25].

La existencia de agencias administrativas únicas en materia de defensa de la competencia es común a nivel comparado y se explica por razones de eficiencia y por la complejidad y las necesidades de especialización técnica que la materia requiere (Duke, 2017, p. 276; Davidson, 2005, p. 105; Diez-Canseco Núñez, 1997, pp. 48-49). Se trata, además, de una opción crecientemente preferida en la organización institucional de los sistemas de defensa de la competencia, con muchos países que las han instaurado en los últimos años[26]. Esta preferencia por los sistemas de aplicación integrados se relaciona también con las particularidades del derecho de la competencia que se construye a base de prohibiciones abiertas y estándares de conducta que son indeterminados o ambiguos (Davidson, 2005, p. 110).

Además, en alguna medida, casi todos los sistemas que encargan la aplicación de las normas *antitrust* a agencias administrativas únicas contemplan una división del proceso en varias fases u órganos (**mo-**



19 El diseño y la organización de las autoridades de competencia deben necesariamente tener en cuenta esas facetas no coercitivas de su actividad. Al respecto, véase Ottow (2015, p. 147).

20 Véase Ottow (2015, pp. 25-26 y 30-31).

21 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) y el Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante, BID) la define como "poco habitual", apuntando al funcionamiento adecuado y a las sinergias de la estructura adoptada (2018, p. 118). Sin embargo, ha sido sido ensalzado ensalzada por los expertos frente al sistema preexistente (Stucchi, 2008, p. 326).

22 La literatura especializada discute la conveniencia de esa acumulación de funciones, pero la evaluación de ese extremo está excluida de este artículo. Véanse Kovacic e Hyman (2012, p. 533; 2013 pp. 9-36), Delgado y Mariscal (2014, pp. 134-159) y Ottow (2015, pp. 130-144).

23 Véase OCDE y BID (2018, p. 27).

24 Al respecto, véase Trebilcock e Iacobucci, quienes describen que las posibles fórmulas de organización de las agencias especializadas, dentro de las amplias categorías descritas, son ilimitadas (2002, p. 362). También véase Fox y Trebilcock, que aluden a la debilidad del poder judicial como explicación de la opción por esa alternativa (2012, p. 5).

25 Con respecto al sistema canadiense hasta 1976, véase Trebilcock e Iacobucci (2002, pp. 368-372). Asimismo, con respecto al sistema federal norteamericano seguido por el Departamento de Justicia, veáse Ottow (2015, p. 124).

26 Por ejemplo, en Estonia, Francia, Portugal y España. Al respecto, véase Duke (2017, p. 281).

**delos administrativos bifurcados o duales**)[27]. Así, aunque en el Indecopi la investigación, acusación y la resolución se concentran en una misma institución, en el procedimiento se separan la instrucción, investigación y la resolución de los expedientes[28]. Con variaciones, este modelo es seguido en Canadá y era el empleado en el Reino Unido hasta la creación de la Competition & Markets Authority[29]. También es el modelo que se sigue en España en la organización de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Por otra parte, el procedimiento administrativo sancionador que sigue Indecopi para aplicar las prohibiciones *antitrust* se presenta como más largo que el seguido en otras jurisdicciones, contemplando dos instancias administrativas sucesivas ante órganos diferentes (Stucchi López-Raygada, 2008, p. 325). Aparentemente, el modelo seguido busca garantizar los derechos de los investigados y acusados de vulnerar las prohibiciones y asegurar la solidez de las pruebas que acreditan la realización de la conducta prohibida, permitiendo corregir los eventuales errores en que pudiera incurrir la autoridad[30].

Como es sabido, la primera instancia tiene lugar a nivel de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (CLC) y, en ella, se distinguen dos etapas, la de fase instrucción/investigación y la fase de resolución. Esta separación es también frecuente en otros procedimientos administrativos sancionadores distintos de la defensa de la competencia (en el Perú y en otros ordenamientos).

En segunda instancia, pero sin salir del procedimiento administrativo, corresponde al Tribunal de Libre Competencia (TLC) resolver sobre los recursos contra las decisiones adoptadas por la CLC (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 16.1; Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 31)[31]. Finalmente, contra las resoluciones definitivas del TLC será posible interponer recurso contencioso-administrativo en la vía jurisdiccional (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 44). Con posterioridad al pronunciamiento de la CLC existe pues, otra instancia administrativa de revisión dentro del propio Indecopi y luego el acceso a la vía judicial.

Entre los principios de la potestad administrativa, la legislación peruana reconoce el principio al debido procedimiento. La separación entre instrucción y resolución busca asegurar la imparcialidad y la objetividad del procedimiento, y el respeto y garantía de los derechos de defensa de los investigados (Decreto Supremo 004-2019-JUS, 2019, arts. 248.2 y 254.1.1)[32]. Ello ha llevado en la práctica a que diversas entidades reguladoras con potestades sancionadoras en el Perú (*v. gr.*, la Superintendencia Nacional de Salud; la Superintendencia de Transporte Terrestre de Personas, Cargas y Mercancías; el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental) identifiquen a una unidad como encargada de conducir los procesos de instrucción pero que se encuentre dentro de otra unidad (superior jerárquico) que es la decide y, en su caso, impone las sanciones[33].

En materia de defensa de la competencia, en Indecopi, la fase de instrucción corre a cargo de la ST-CLC, que es un órgano técnico independiente que desarrolla la investigación sobre la posible existencia de infracciones de las prohibiciones de conduc-

---

27 En referencia a la Comisión Europea y a la estadounidense Federal Trade Commission (en adelante, por sus siglas en inglés, FTC), véase Duke (2017, pp. 273-274) y Trebilcock e Iacobucci (2010, pp. 259-461).

28 En el fondo, se podría decir que combina el modelo administrativo integrado y bifurcado como ocurre también, por ejemplo, en la India, Al respecto, véase Fox y Trebilcock (2013, p. 19).

29 Véase a Trebilcock e Iacobucci (2002, pp. 372-380)

30 A la vista de lo anterior, la reciente revisión de la OECD y BID recomienda la simplificación y acortamiento del proceso (2018, pp. 130-131). El 21 de junio de 2019 se presentó un Proyecto de Ley que modificaría el Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del Indecopi, y el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, con la finalidad de que exista una única instancia de resolución de los procedimientos en materia de libre competencia y, de ese modo, agilizar su tramitación.

31 En palabras de Stucchi López-Raygada y Ballón Estacio:

> Este esquema procedimental tiene como garantía en favor de los administrados la posibilidad de apelar las decisiones de la primera instancia ante una Sala del Tribunal del Indecopi (conformada por cinco (5) miembros) como segunda instancia revisora (facultad que también le corresponde a la Secretaría Técnica, en caso discrepe del pronunciamiento final de la Comisión). Este Tribunal, en sintonía con el principio de verdad material, cuenta con la facultad de actuar medios probatorios dirigidos a esclarecer los hechos acusados como infracción, de estimarlo necesario (2017, p. 58).

32 En España, la doctrina ha abogado por una interpretación flexible y no rigorista de un precepto muy similar, que impone la separación del órgano acusador y del órgano resolutorio, art. 134.2 de la Ley española 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Al respecto, véase López Torralba (2005).

33 Así, por ejemplo, el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA) quien conduce la instrucción es una subdirección, pero quien aplica la sanción es la dirección de la cual depende, mientras en la Superintendencia Nacional

tas anticompetitivas establecidas en el Título III del TUO de la LRCA (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 15.1). Todo parece indicar que la STCLC es prudente y razonable a la hora de decidir incoar una investigación de una posible infracción de las prohibiciones *antitrust* (American Bar Association [ABA], 2019, p. 60).

La investigación de la Secretaría finaliza con el informe técnico que concluye la fase de instrucción, en el que la STCLC evalúa la existencia de infracción y da traslado del expediente, junto con las alegaciones de las partes a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019, art. 36). A continuación, la fase de resolución se desarrolla ante la CLC, un órgano separado de la STCLC (también independiente[34]), que es el encargado de resolver sobre las propuestas de decisión en materia sancionadora que recibe de la STCLC, como lo señala la Ley de Organización y Funciones del Indecopi (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 23).

La concepción de la CLC como un órgano de carácter estrictamente decisorio hace que en la práctica sus miembros desempeñen sus cometidos a tiempo parcial (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2008, art. 21.d)[35]. Esa situación contrasta con la del personal que presta sus servicios en la STCLC, que lo hace a tiempo completo y en régimen de exclusividad[36]. De ahí que, como no existe personal específico de soporte y asistencia para la CLC, la legislación prevea que la STCLC proporcione ese apoyo administrativo (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2008, arts. 21.h y 44.1).

### C. Posible sesgo confirmatorio en las decisiones de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

Los sistemas de defensa de la competencia consistentes en una agencia administrativa única suelen asegurar un mayor conocimiento o experiencia en sus decisiones y proporcionan una mayor eficiencia administrativa (Trebilcock & Iacobucci, 2010, pp. 463-464; Ottow, 2015, pp. 129-130)[37]. El ahorro es considerable[38]; no obstante, en el panorama comparado existe una variación notable en el grado de integración o bifurcación/dualidad orgánica que presentan, de modo que en la práctica no existe una separación tajante entre solo dos tipologías de organizaciones, presentándose un *continuum* en el que son posibles alternativas y combinaciones múltiples.

Precisamente por la integración que subsiste en la organización de los sistemas de agencia administrativa "única", se les censura por apariencia de falta de imparcialidad[39]. En la medida que se combinan las funciones de investigación/instruc-

de Salud quien lleva la investigación es una intendencia, pero quien resuelve e impone las sanciones es una superintendencia adjunta de la cual depende. En la práctica, al parecer, el superior jerárquico suele seguir (copiando en algunos casos) el informe de la autoridad instructora pues las decisiones ya están alineadas y puede incluso ocurrir que la autoridad que decide la aplicación devuelva al instructor para que corrija su propuesta y la envíe de nuevo. Un caso particular presenta el Organismo Superior de Contrataciones con el Estado, pues aquí el propio Tribunal recibe la denuncia evalúa si hay indicios para incoar un procedimiento, lo inicia, requiere información a los investigados y, eventualmente, sanciona (Decreto Supremo 344-2018-EF, 2018, art. 260).

34 Según la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, los cuatro integrantes de la CLC son nombrados por el Consejo Directivo de Indecopi entre profesionales "de reconocida solvencia e idoneidad profesional y cinco (5) años de experiencia en temas afines a la materia de competencia de la respectiva Comisión" (Decreto Legislativo 1033, 2008, art. 22.b). En la actualidad estos miembros son Dña. María Pilar Cebrecos González (presidente), D. Dante Mendoza Antonioli, D. Lucio Andrés Sánchez Povis y D. Raúl Lizardo García Carpio y, a primera vista, son todos ellos profesionales con conocimiento y experiencia en materia de defensa de la competencia y regulación. Para mayor información, véase la página web de Indecopi (https:/www./indecopi.gob.pe/web/defensa-de-la-libre-competencia/comisionados - numero_118733).

35 Al respecto, la OCDE y el BID señalan que sus "miembros ejercen sus funciones a tiempo parcial y están escasamente retribuidos" (2018, p. 11), que "desempeñan su función a tiempo parcial" (2018, p. 31) y que "[las] funciones escasamente retribuidas que los comisionados y los vocales del Tribunal desempeñan, además, a tiempo parcial" (2018, p. 37). Una de las recomendaciones de la OCDE y el BID es precisamente cambiar la dedicación de los miembros de la Comisión y dotarla de más recursos (2018, pp. 127 y 131).

36 Sobre el particular, la OECD y el BID alertan que dicha "situación excesivamente ventajosa [de la] Secretaria Técnica (cuyos miembros se desempeñan) a tiempo completo, […] podría dar también lugar a conflictos de intereses y a que se atraigan candidatos menos cualificados de lo que sería deseable" (2018, p. 37).

37 En concreto, Ottow apunta cómo los modelos que establecen separación estricta pueden conducir a costes adicionales, largos procedimientos y menor efectividad en el *enforcement* de las prohibiciones (2015, pp. 129-130).

38 Según Wils,

> ciertamente, un sistema puro en el que una persona o grupo de personas investigue y decida es administrativamente más económico que un segundo sistema donde una persona o grupo investiga y otra persona o grupo decide. En el segundo sistema, la persona o grupo que decida inevitablemente deberá adquirir al menos parte del conocimiento del caso reunido por la persona o grupo que investigue (2004, p. 221) [traducción libre].

39 En palabras de Crane: "Un proceso que depende de una sola entidad para iniciar una investigación, realizar una orden administrativa y revisarla, genera preocupación sobre la independencia del proceso de adjudicación" (2011, pp. 221-222) [traducción libre]. También Ottow señala:

ción y de resolución/sanción en una misma institución y, al margen de que desde el punto de vista de la organización interna habrá algún tipo de división, se considera que existirá siempre un sesgo acusador o confirmatorio (*prosecutorial bias/confirmatorial bias*) de la agencia en su conjunto. En efecto, de algún modo se percibe que operan como "jueces de su propia causa" (Fox & Trebilcock, 2012, p. 7) y eso nublaría la independencia de sus decisiones (*nemo judex in re sua* decía el Código Justiniano)[40].

La crítica anterior se formula, por ejemplo, tanto del procedimiento ante la Comisión Europea como del procedimiento ante la autoridad estadounidense, la Federal Trade Commission (Shapiro & McCarthy, 2011, pp. 4-5; Duke, 2017, p. 464)[41]. La autoridad de defensa de la competencia holandesa (Authority for Consumers & Markets) o la británica (Competition & Markets Authority) tampoco establecen una separación formal entre distintas entidades para la investigación, persecución y decisión de las infracciones de las normas *antitrust*, aunque introducen diversas medidas destinadas a evitar y controlar los posibles sesgos en las decisiones (Ottow, 2015, p. 125). Finalmente, el caso de la Comisión Europea es particularmente ilustrativo a los efectos del presente artículo, pues pueden encontrarse alguna similitud con el procedimiento administrativo ante Indecopi (Trebilcock & Iabocucci, 2010, p. 463, §4.1). El mismo equipo de la Dirección General de Competencia (en adelante, DGCOM) asume la tarea de investigar las posibles infracciones y, en su caso, declarar la existencia de infracción (OCDE, 2005, p. 62; Forrester, 2009, pp. 836-839). Se prevén mecanismos de control interno para evitar los sesgos[42], "pero, aunque estos controles internos deban ser bienvenidos y constituyan salvaguardas adicionales, no proporcionan una separación funcional dentro de la Comisión Europea" (Ottow, 2015, p. 127).

Una apreciación análoga, sobre la falta de separación entre la CLC y la STCLC y a la dependencia de la CLC de la STCLC se hace sobre la organización y el procedimiento del Indecopi para la investigación de violación de prohibiciones de conductas anticompetitivas. La STCLC se presenta como el órgano con más recursos, lo que inicialmente supondría una mayor efectividad en la detección e investigación de conductas potencialmente prohibidas. En cambio, la CLC se limita a pronunciarse sobre la propuesta hecha por la STCLC y se apoya en esta última para el desarrollo de sus funciones. Por ello, se critican los amplios poderes de que dispone la STCLC, el desequilibrio de poderes y recursos que existe en comparación con la CLC y la discrecionalidad en el proceso de nombramiento de los directivos de la STCLC[43].

Al margen de las cuestiones relativas al nombramiento y designación de cargos, que resultan problemáticos y suelen censurarse en casi todos los sistemas[44], interesa examinar que el evidente desequilibrio de recursos de la STCLC con la CLC, y el apoyo que el primero presta a la segunda, lleve la CLC a caer el sesgo acusador o confirmatorio en la adopción de las decisiones sancionadoras.

Los estudios de psicología cognitiva ponen de relieve lo difícil que puede ser actuar de manera objetiva e independiente en el contexto y circunstancias en las que opera la CLC[45]. En su proyección sobre el caso concreto supondría el sesgo de la CLC de confirmar las acusaciones y propuestas de la STCLC: "Este sesgo confirmatorio se produce porque los sujetos ignoran todas las pruebas nuevas una vez ya han tomado postura, o porque erróneamente interpretan que las pruebas que contradicen sus pensamientos les soportan" (Cooper & Kovacic, 2012, p. 47). De hecho, esta crítica se deslizó sutilmente en la revisión *inter pares* de la Organización para la Coo-

> Podría existir una falta de controles y balances en el proceso de toma de decisiones […] [p]odría también existir un 'sesgo de persecución'; en sus palabras, el equipo que maneje la causa podría poseer una tendencia natural a examinar los hechos de forma que favorezca el hallazgo de una infracción (2015, p. 123) [traducción libre].

40 Como luego veremos, existe una sobrevaloración de esta regla y de sus implicaciones en el diseño de las instituciones. Al respecto, Vermeule sostiene que:

> El resultado es que nunca es un argumento constitucional suficiente señalar que una propuesta institución o propuesta interpretación de prácticas o reglas constitucionales ambiguas podrían violar el principio de *nemo iudex,* o podrían 'poner al zorro a cargo del gallinero'. Uno debe preguntarse si el conflicto es evitable o inevitable; y, en caso fuera evitable, si sería en general bueno o malo evitarlo. En varios casos, las violaciones de *nemo iudex* son inevitables o afirmativamente deseables (2014, p. 110) [traducción libre].

41 A pesar de que se adoptaron medidas para corregir esos riesgos, véase Fox y Trebilcock (2010, p. 464).

42 Véase Marsden (2009, pp. 24-29).

43 Al respecto, Patrón centra su crítica en la persona individual que asume la dirección de la STCL, aunque para eso subraya su función de apoyo de la CLC, lo que contrasta con la censura que otros hacen de tal extremo (2008, pp. 142-143).

44 Respecto de las autoridades de defensa de la competencia en España, véanse Rallo (2014) y Marcos (2017).

45 Al respecto, véanse Moore *et al.* (2010) y Nickerson (1998).

peración y el Desarrollo Económicos y el Banco Interamericano de Desarrollo en 2018[46].

Según este argumento, el procedimiento sancionador de Indecopi no garantizaría adecuadamente los derechos de defensa de los acusados porque existe una posible falta de imparcialidad del órgano decisorio. La aparente falta de independencia de la CLC se cifraría en un sesgo acusatorio y confirmatorio, agravado por la asistencia y apoyo que la STCLC presta a la CLC. A resultas del sesgo, existiría el riesgo de que la CLC se limite a confirmar y seguir las propuestas de la STCLC con demasiada facilidad, adoptándose decisiones erróneas[47].

En suma y *a grosso modo*, el problema radicaría en la falta de criterio propio de la CLC que siempre seguiría las propuestas de la STCLC. Aunque no se dispone de una evidencia empírica de este extremo, hay referencias a que la CLC suele seguir las propuestas de la STCLC y otro tanto ocurre después ante la Sala Especializada en Libre Competencia del Tribunal de Indecopi[48], aunque esto suela ocurrir en todas las agencias de competencia de modelo integrado, siendo excepcionales las decisiones del órgano resolutorio discordantes con la propuesta del órgano instructor.

### D. Prevención y remedios frente a los errores de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

En abstracto, es cierto que podría argumentarse que sería deseable que hubiera una separación mayor entre la STCLC y la CLC, y que la última contase con más recursos y personal de apoyo propio y distinto de la STLC. Pero la realidad no es panglosiana, por los motivos que sean esa no es la situación actual. Este diseño es el resultado de un equilibrio de los recursos y objetivos perseguidos, en el que la imparcialidad decisoria es un valor por tener en cuenta, pero ni la única, ni la más importante (Vermeule, 2014, pp. 107-108).

Aunque la separación entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores constituye una recomendación estándar de las organizaciones internacionales expertas en esta materia para asegurar la integridad del procedimiento y la imparcialidad de las decisiones (Gómez Apac, 2009, p. 478), en el panorama comparado existen varios modelos en los que esa separación no existe[49]. La explicación es sencilla: responden a diversas alternativas en la organización de las autoridades de competencia, con sus costes y sus beneficios. En efecto, lo que se gana con la separación en términos de integridad se pierde en el aprovechamiento conjunto del conocimiento y de los recursos sobre el expediente objeto de enjuiciamiento[50].

Por ello, lo mejor es establecer mecanismos preventivos y reactivos para evitar y corregir los errores derivados del sesgo confirmatorio o acusador por la falta de separación[51].

En principio, parece que la organización actualmente existente en Indecopi responde a las posi-

[46] Al respecto, la OCDE y el BID señalan que señalan que "se dice que esta presunta subordinación estaría desdibujando los límites entre las funciones de instrucción y de toma de decisiones" (2018, p. 11) y que "la Comisión de Defensa de la Libre Competencia […] dependa excesivamente de la Secretaría Técnica" (2018, p. 120. Véase también lo señalado por Stucchi y Ballón (2017, pp. 57-58 y 70).

[47] Aunque la crítica se formula respecto de las condenas y multas, con los que se incurriría en errores tipo 1 (falsos negativos), podría predicarse igualmente respecto de los archivos, que supondrían errores tipo 2 (falsos positivos). Véanse supra notas 23 y 26 y texto correspondiente.

[48] Según la OCDE y el BID:

> Cabe señalar que, de acuerdo con fuentes internas del Indecopi, entre 2015 y 2018 se recurrieron ante el Tribunal sesenta y cinco casos. De estos sesenta y cinco casos, cincuenta y siete fueron confirmados (87,7%), dos fueron parcialmente confirmados (3,1%), en dos de ellos el procedimiento fue sobreseído por pérdida sobrevenida de su objeto (3,1%), en uno de ellos la parte apelante desistió (1,65%) y solo tres de las resoluciones emitidas por la Comisión fueron revocadas y/o anuladas (4,75%) y 53 (El porcentaje de éxito del Indecopi ante los órganos jurisdiccionales es del 100% (2018, p. 32).

Así también, véase Valencia Dongo (2017).

[49] En referencia a los sistemas norteamericano, chino y europeo, Yoo *et al.* señalan:

> Las tres jurisdicciones difieren en señalar la extensión a partir de la cual se separan los equipos de investigación y de decisión, a partir de un principio de separación de funciones. Si bien ninguna jurisdicción propone una complete separación del equipo de investigación y decisión, en general los Estados Unidos observan una más estricta separación de funciones que en China o la Unión Europea (2019, p. 62) [traducción libre].

[50] Según Vermeule, "la combinación de funciones es necesaria para asegurar decisiones administrativas expertas en una sociedad compleja […] debido a las compensaciones entre la imparcialidad y la experiencia informada en el estado administrativo, la implementación del *nemo iudex* promovería la imparcialidad a un precio demasiado alto" (2014, p. 120) [traducción libre].

[51] Vermeule sostiene que frente a la prevención *ex ante*, puede contemplarse la reacción *ex post,* asumiendo los riesgos (2014, pp. 137-138).

bilidades y limitaciones prácticas que derivan de la configuración concreta de la CLC. Desde una perspectiva funcional, como ya se ha apuntado antes, todos los modelos disponibles a nivel comparado presentan ventajas e inconvenientes[52], siendo muchos los que siguen una organización y estructura similar a la Indecopi, incluso los que la han adoptado recientemente[53].

Naturalmente, todos ellos pueden criticarse por el posible sesgo acusatorio, pero normalmente existen remedios eficaces para evitar la adopción de decisiones erróneas y garantizar los derechos de defensa de los acusados. En primer lugar, en el **plano preventivo**, hay que pensar en la responsabilidad, legitimidad y transparencia de la CLC, que no es un mero "órgano de paja", aunque presente las lógicas limitaciones de recursos de un órgano que actúa a tiempo parcial. En segundo lugar, en el **plano reactivo**, incluso si existiera una tendencia confirmatoria excesiva de la CLC, se prevé otra revisión posterior ante la Sala de Libre Competencia del Tribunal de Indecopi y, sobre todo, una judicial en varias instancias[54].

Vistas así las cosas, *ex ante* la independencia de criterio y reputación del órgano resolutorio se presenta como garantía de la imparcialidad de su decisión. No conviene olvidar que, al margen de las apariencias, la potestad decisoria en los procedimientos *antitrust* en Indecopi recae exclusivamente en la CLC y sus integrantes son libres de seguir o no la propuesta de la STCLC. En efecto, la decisión última de los expedientes sancionadores es prerrogativa de la CLC, y sus miembros gozan de independencia y criterio para separarse de la propuesta de la Secretaría, incluso adoptando una decisión diferente. Es obvio que la STCLC tendrá un criterio y presentará una propuesta sobre las conductas imputadas e investigadas, pero presumir que se imponga ese criterio a la CLC significaría ignorar la cualificación y reputación de los integrantes de la CLC. Naturalmente, siempre pueden existir sesgos inconscientes de los miembros de la Comisión e inercia a seguir el criterio de la STCLC, pero ese efecto será inherente a cualquier modelo de agencia administrativa integrada a cargo de la investigación y sanción de las infracciones de la legislación *antitrust*. Lo más preocupante en estos casos sería la falta de independencia del poder político y no los riesgos derivados de la eventual inercia y endogamia institucional.

Además, incluso si el procedimiento pueda presentarse sesgado a favor de la confirmación de la propuesta de la STCLC, los riesgos y peligros que ese sesgo pueda engendrar se reducirán en la medida que existen otros controles posteriores dentro de Indecopi y un ulterior derecho a una revisión judicial plena e independiente de esas decisiones[55]. Presumiblemente, la revisión judicial de la actividad sancionadora de la administración corregirá los posibles errores, excesos y cualquier sesgo en que se hubiera podido incurrir[56]. El diseño adoptado, con una doble instancia administrativa revisora, permitiría detectar y corregir los eventuales errores tipo 1 (sobre aplicación de las prohibiciones, falsos negativos) que pudieran derivarse de un sesgo confirmatorio de la STCLC[57].

A diferencia de la tesis que aboga por una mayor separación entre CLC y STCLC, no parece razonable que en la realidad actual de los procedimientos sancionadores de Indecopi la separación entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores deba conducir necesariamente un "aislamiento" de la instrucción, visto que el órgano resolutorio tiene recursos limitados para examinar y evaluar las conductas investigadas y adoptar una decisión[58]. Esta limitación de recursos será particularmente acuciante en los expedientes complejos, con múltiples partes y conductas enjuiciadas, y en

52 Según Komesar, las desventajas son de índole organizativo y de información, y varían en cada modelo (1997, p. 8).

53 Las ventajas en términos de eficiencia y especialización técnica son elevadas, y, por ello, se suele recomendar su adopción en los sistemas de defensa de la competencia de reciente adopción y en economías menos desarrolladas (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 470).

54 Existe una plena competencia del Poder Judicial para revisar las decisiones administrativas de Indecopi (en los hechos y en el derecho), aunque el porcentaje de confirmación también sea muy elevado (100%). Al respecto, véase lo señalado por la OCDE y el BID (2018, p. 79).

55 Véanse Duke (2017, p. 278) y Ottow (2015, p. 198) .

56 En comparación al modelo vigente en Estados Unidos,

> nuestro Derecho se basa en la imposición de sanciones administrativas, que son menos gravosas que las penales (si las compramos con las penas privativas de libertad) y que, aunque llegan teóricamente pronto (frente a la lentitud de los procesos penales), están sometidas al "partido de vuelta" del contencioso-administrativo en el que se pierde la inicial ventaja temporal" (Huergo, 2019, p. 526).

57 Sobre la relevancia de la revisión para corregir errores de las autoridades de competencia, véase OCDE (2018, p. 6) .

58 Según Vermeule, "en algunos arreglos, el sesgo de los tomadores de decisión puede reducirse solo si se reduce la información que mantienen o sobre las cuales mantienen incentivos para invertir al adquirir nueva información" (2014, p. 117) [traducción libre].

los que el conocimiento y experiencia del órgano instructor en el caso pueden ser muy valiosos para el órgano resolutorio[59]. Parece lógico que, en tales circunstancias, se contemple la asistencia y el apoyo del órgano instructor y de investigación en la adopción de una decisión sobre el asunto (*máxime* si existe transparencia plena sobre este extremo, incorporándose al expediente las actas de las reuniones mantenidas entre la CLC y la STLC).

En suma, incluso en aquellas agencias administrativas integradas en las que el órgano de resolución gozase de recursos y medios suficientes para actuar de manera completamente autónoma, carecería de sentido abogar por el "autismo" institucional del órgano resolutorio[60]. La independencia de criterio del órgano resolutorio existirá al margen de los contactos y relaciones que eventualmente tenga con el órgano de instrucción. En todo caso, la revisión por la Sala de Libre Competencia del Tribunal de Indecopi y el recurso a la jurisdicción contencioso administrativa contra las condenas erróneas por Indecopi se presenta como una solución eficiente y de uso generalizado en el derecho comparado para corregir los posibles errores y excesos de la autoridad por falta de imparcialidad[61]. Esta es su principal justificación social[62].

Finalmente, no puede olvidarse la credibilidad y reputación de Indecopi como una institución eficaz y respetuosa de los procedimientos de defensa de la competencia[63]. Hace unos meses, en su sección dedicada al Derecho de la Competencia, la American Bar Association valoró muy positivamente los procedimientos de Indecopi de acuerdo con los principios de transparencia procedimental (que la adoptó en 2015), concluyendo:

> Aunque los criterios aplicados y/o la aproximación de la autoridad pueda variar en cada caso dependiendo de sus particulares circunstancias y aspectos, Indecopi es generalmente reconocida como una entidad seria, que desarrolla sus funciones de acuerdo con su regulación y se compone de personal competente y con buena formación (2019, p. 60).

## III. CONFORMIDAD DE LA ORGANIZACIÓN Y DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DEL INDECOPI CON EL ARTÍCULO 6 DE LA CONVENCIÓN EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS

### A. Introducción

El principio de imparcialidad y la separación de instrucción y resolución de los procedimientos administrativos sancionadores en el Indecopi se conecta con el derecho a un proceso debido o a un proceso equitativo (*due process*). El derecho a un proceso debido o justo se reconoce y es común a otros ordenamientos, incluida la Constitución peruana (Const., 1993, arts. 2.24 y 3)[64].

Aunque obviamente la Convención Europea de Derechos Humanos no es aplicable en el Perú, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos interpretando el artículo 6.1 de la CEDH es muy elaborada y, por ello, son frecuentes las referencias a la misma, incluso al margen de su falta

[59] Sobre el valor de la información y el eventual sacrificio de la imparcialidad, véase Komesar (2010, pp. 446 y 448) .

[60] Esta previsión suele existir en otros ordenamientos. Véase, por ejemplo, en España al artículo 34. 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Reformulado en el artículo 20.8 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, esta disposición permite que el órgano resolutorio (el equivalente a la CLC) inste al órgano instructor (el equivalente a la STLC) a investigar determinados hechos susceptibles de constituir una vulneración de las prohibiciones de conductas anticompetitivas. Al respecto, véase Gómez Apac (2009, p. 478).

[61] También Ottow alude a la revisión judicial como clave en el control del desempeño de las autoridades de competencia, aunque su discusión, como luego veremos *infra* apartado §3.5, se centre más en la intensidad y profundidad de la intervención y control judicial (2015, pp. 197 y 217-224).

[62] *Mutatis mutandi* vale la argumentación sobre la revisión judicial en sede de apelación de Shavell, que expresamente la extiende al ámbito contencioso-administrativo y construye su argumentación partiendo de que este mecanismo es la receta preferible para la corrección de errores frente a la reforma del procedimiento para introducir cambios que mejoren la calidad de las decisiones (su precisión y exactitud) y reduzcan los posibles errores (1995, p. 380).

[63] Prueba de lo anterior es la buena posición que Indecopi alcanza en los rankings elaborados por la American Bar Association, siendo la única nota negativa referida a la duración excesiva de los procedimientos (2019, pp. 142-147).

Véase también lo indicado por Stucchi López-Raygada:

> Indecopi ha consolidado una experiencia institucional y funcional en la esforzada labor de defender los derechos e intereses de los consumidores, garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones. Desde esta consideración, el Indecopi, en el contexto actual, es una institución confiable, con trayectoria técnica y que ha desarrollado un progresivo proceso de desconcentración a nivel nacional (2011, p. 58).

[64] El artículo 139 de la Constitución recoge, además, el principio del debido proceso (139.3) y el derecho de defensa (139.14) en el desarrollo de la función jurisdiccional.

de aplicación en otras jurisdicciones[65]. Según el artículo 6.1 de la CEDH[66]:

> Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

Para evaluar la conformidad del procedimiento sancionador de Indecopi con el artículo 6.1 de la CEDH es oportuno examinar la fundamentación del derecho a un proceso debido en los procedimientos administrativos sancionadores (como el de defensa de la competencia) que ha realizado la jurisprudencia del TEDH. Esa construcción arranca como una extensión de su aplicación procedimientos penales, con las limitaciones que el propio TEDH ha establecido. Solo si se tienen en cuenta las limitaciones en la extensión del derecho a un debido proceso a los procedimientos administrativos sancionadores se puede evaluar la compatibilidad con la jurisprudencia del TEDH del procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia de Indecopi. De hecho, son ya varias las sentencias del TEDH que se pronuncian específicamente sobre las exigencias concretas y la adaptación de la aplicación del artículo 6 de la CEDH a los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia (*infra* apartado §3.3).

Además, como se analizará a continuación, el TEDH ha restringido notablemente el alcance de los derechos reconocidos en la CEDH a las personas jurídicas (*infra* apartado §3.2). La práctica totalidad de los sujetos investigados y sancionados por Indecopi suelen ser empresas y operadores económicos que tienen la forma de sociedad mercantil. La jurisprudencia del TEDH ha modulado la extensión de los derechos reconocidos en la CEDH a las personas jurídicas (**derechos humanos corporativos**) y eso debe afectar también a las diversas garantías comprendidas en el derecho al debido proceso establecido en el art. 6.1 de la CEDH.

Finalmente, y en lo que más interesa a los efectos de este artículo, el TEDH ya ha dictaminado específicamente sobre las exigencias del principio de imparcialidad en los procedimientos administrativos sancionadores por vulneración de las normas de defensa de la competencia y, en concreto, sobre la separación de instrucción y resolución de los expedientes que se tramitan ante autoridades de defensa de la competencia (*infra* apartado § 3.4).

Como se verá, y esta conclusión es coherente con la que se alcanza desde la perspectiva económico funcional (*supra* apartado §2), el TEDH ha dictaminado que cuando en las autoridades administrativas de defensa de la competencia no exista separación entre la investigación e instrucción del expediente y la resolución del mismo (y la eventual imposición de sanciones), la posible falta de imparcialidad del órgano decisor no infringirá el derecho a un debido proceso –*ex* art. 6 de la CEDH– si existe una ulterior instancia de revisión judicial que pueda pronunciarse tanto sobre los hechos como sobre el derecho (*A Menarini Diagnostics SRL c. Italia,* 2011)[67]. Lo relevante para satisfacer las exigencias del derecho a un debido proceso ex art. 6.1 CEDH es que las decisiones de la autoridad sancionadora sean susceptibles de recurso ante un órgano judicial con plena jurisdicción para revisar tanto las cuestiones de hecho como de derecho (*infra* apartado §3.5)[68].

### B. Los derechos humanos en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia

El reconocimiento de estos derechos de defensa y a un proceso debido protege la debilidad y vulnerabilidad de los individuos en los procesos penales y litigios sobre derechos y obligaciones civiles[69].

---

65 A partir del conocido aforismo de Gayo en sus Instituciones "*omnes populi, qui legibus et moribus regentur, partim suo propprio, partim communi ómnium hominum jure utuntur*", véase el interesante estudio de Waldron (2012, pp. 3-4 y 20). Aunque centrado en el Derecho estadounidense, se refiere a la oportunidad y utilidad de las referencias e invocaciones a tradiciones jurídicas comparadas y al peso de su invocación en contenciosos puramente domésticos

66 Se maneja el texto del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales hecho en Roma el 5 de noviembre de 1950, enmendado por varios protocolos posteriormente, que fue firmado por España el 24 de noviembre de 1977.

67 Moreno Trapiella expresamente distingue la sentencia recaída en el caso *De Cubber c. Bélgica,* relativa a un proceso penal y en el que el cumplimiento del art. 6 CEDH es necesario desde la primera instancia judicial, de los procedimientos administrativos, en que ello no es preciso siempre y cuando exista una ulterior revisión judicial con plena jurisdicción (Sentencia 9186/80, 1984).

68 Además, ese derecho figuraba ya en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

69 Véase el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Igualmente, véase el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En el Perú, el derecho al debido proceso y el principio de imparcialidad se reconocen también en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El artículo 6 de la CEDH establece el conjunto de derechos y garantías procedimentales que aseguran la integridad del proceso en todas sus fases (instrucción y resolución), incluyendo los estándares de prueba y de revisión de las posibles sanciones[70].

La jurisprudencia del TEDH ha extendido progresivamente algunas de las garantías a un proceso equitativo establecidas en el art 6.1 del CEDH a muchos procedimientos administrativos sancionadores. La prolongación de las exigencias de los procesos penales a los procedimientos administrativos se fundamenta en la naturaleza represiva y preventiva de algunas sanciones administrativas, que se dirigen al conjunto de la población (a diferencia, *v. gr.*, de las sanciones disciplinarias)[71]. Esa extensión es coherente con la unidad ontológica de los poderes represivos y punitivos del Estado (sean penales o administrativos) (Nieto, 2012, pp. 125-127), que exige el cumplimiento de ciertas garantías para acreditar la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos de la infracción y la eventual imposición de una sanción.

No obstante, no se trata de que todas las garantías del proceso penal se trasladen al procedimiento administrativo sancionador[72]. La exigencia de imparcialidad e independencia del órgano que resuelve el procedimiento y la separación entre instrucción y resolución es precisamente una de las garantías cuyo trasplante al procedimiento administrativo se modula, atendiendo a las exigencias de eficiencia administrativa (Suay Rincón, 1990, pp. 167-171).

En particular, desde la sentencia del TEDH recaída en el caso *Société Stenuit c. Francia* (Sentencia 11598/85, 1992) las garantías y exigencias del derecho al debido proceso (Convención Europea de Derechos Humanos, art. 6.1.) y las limitaciones a las acciones de los poderes públicos se extienden también a los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia. Aunque no se trata de procesos de naturaleza penal (sin que en ellos se prevean las sanciones típicas de privación de libertad), dada la gravedad de las sanciones y el elevado importe que pueden alcanzar las multas de las autoridades de defensa de la competencia, el TEDH ha entendido que las garantías del proceso debido deben extenderse de algún modo también a los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia.

Sin embargo, la extensión por el TEDH del ámbito de protección del derecho al debido proceso a los procedimientos administrativos sancionadores se ha realizado de manera flexible según la gravedad de la sanción que podría imponerse al imputado y de cómo afectase a la situación del individuo[73]. Aunque no puede negarse el carácter sancionador de las multas por infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, la extensión de las garantías del debido proceso al procedimiento administrativo sancionador debe tener en cuenta el contexto y las circunstancias del procedimiento en cuya aplicación tiene lugar (Andreangeli, 2012, p. 25). En efecto, el TEDH ha progresivamente ensanchado la protección del debido proceso a los procedimientos sancionadores considerados de naturaleza cuasipenal (*Jussilla c. Finlandia*, sentencia 73053/01, 2006)[74], pero cabe considerar que la extensión de todas las garantías que el artículo 6.1 de la CEDH exige en los procedimientos penales puros a los procedimientos administrativos sancionadores resultaría excesiva, debiendo modularse el ámbito y la intensidad de la protección del derecho al debido proceso en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia (Andreangeli, 2010, pp. 225-227 y 233-234).

### C. Los derechos humanos de las personas jurídicas ("derechos humanos corporativos")

La esencia de los derechos fundamentales es la protección de la vulnerabilidad de los seres humanos para asegurar a los individuos ciertas condiciones de dignidad y libertad básicas, principalmente frente a las injerencias y potenciales abusos del Estado. Sin embargo, la mayoría de los sujetos imputados (y sancionados) en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia ante el



70 Comprendiendo la garantía de imparcialidad, independencia, presunción de inocencia, la igualdad de armas, derecho de acceso pleno a las pruebas, derecho de audiencia, derecho a no declarar contra sí mismo y a obtener un pronunciamiento sin demoras justificadas.

71 Véase la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos recaída en *Ötzürk c. Alemania* (Sentencia 8544/79, 1984).

72 Véase Huergo (2007, pp. 156-170).

73 Véanse los casos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Engel et al. c. Holanda* (1976, párr. 81) y *Marttinen c. Finlandia* (2009, párr. 42).

74 La evolución de la noción de una «imputación criminal» ha apuntado a expandir gradualmente la responsabilidad del autor del hecho hacia casos que no pertenecen estrictamente a las categorías tradicionales del Derecho Penal, por ejemplo […] el Derecho de la Competencia […] [el cual] difiere de la parte esencial del Derecho Penal [de forma que] las garantías del autor del hecho no necesariamente se aplicarán con todo su rigor [traducción libre].

Indecopi son compañías mercantiles. Obviamente, la fragilidad y posible sufrimiento físico o psicológico de los individuos no caben en las personas jurídicas, sin cuerpo o identidad vulnerables.

No obstante, aunque los fundamentos morales y filosóficos de los derechos humanos no existan cuando los afectados por las intervenciones del Estado sean personas jurídicas[75], progresivamente se ha asistido a una "humanización" gradual de las sociedades de capital[76], que ha llevado a una progresiva extensión del reconocimiento de los derechos humanos a las personas jurídicas[77].

Una evolución análoga se ha producido en Estados Unidos. Desde principios del siglo XIX el desarrollo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos en materia de debido proceso (*due process*) a partir del artículo 3 de la Constitución de 17 septiembre de 1787 ha culminado en 1868 la decimocuarta enmienda a la Constitución Federal estadounidense (cláusula del debido proceso y sobre protección equitativa): "Ningún Estado podrá […] privar a una persona de su vida, libertad o propiedad, sin un debido proceso legal; ni negar a persona alguna dentro de su jurisdicción la protección legal igualitaria". Aunque parece claro que, originariamente, los derechos emanados del artículo 3 de la Constitución norteamericana se ceñían en su reconocimiento a los individuos, ciudadanos y personas físicas, desde tempranas fechas se suscitó –aceptándose de manera progresiva– su extensión a las compañías mercantiles y personas jurídicas[78]. Paradójicamente, la consolidación de estos derechos constitucionales corporativos se anticipó en varias décadas a la de los derechos civiles de las minorías raciales[79]. La lucha contra los monopolios y los *trusts* a finales del siglo XIX (Standard Oil, American Tobacco Co.), criminalizando sus conductas y sus responsabilidades a través de la Sherman Antitrust Act[80], dio lugar a la extensión de algunos derechos y libertades constitucionales (debido proceso, intimidad, no autoincriminación) a las compañías mercantiles, aunque la extensión no haya sido nunca idéntica (Winkler, 2018, p. 190).

Volviendo a Europa, de manera progresiva, la jurisprudencia del TEDH ha extendido el reconocimiento de derechos humanos a las personas jurídicas, mediante una interpretación dinámica y no formalista de la CEDH[81]. Esa extensión arranca con la sentencia *Sunday Times c. Reino Unido* (Sentencia 6538/74, 1979) y ha tenido lugar de manera particularizada a lo largo de diversos pronunciamientos. El reconocimiento de derechos fundamentales a las personas jurídicas no puede ser simétrico: estas carecen de muchos de los atributos humanos que sí justifican, en cambio, la protección de las personas físicas[82]. Así ha ocurrido, por ejemplo, sobre derecho a la privacidad del domicilio (CEDH, art. 8), materia en la que el TEDH ha estimado que el nivel de protección de las sedes de las personas jurídicas es inferior al del domicilio de las personas naturales (*Société Colas Est. et. al. c. Francia,* 2002)[83] .

Curiosamente, una de las áreas en las que la difusión de los derechos humanos corporativos en la jurisprudencia del TEDH ha sido más amplia ha sido en materia de procedimientos sancionadores por infracciones de defensa de la competencia[84]. Aunque esta creciente utilización por las compañías mercantiles de la vulneración de sus derechos humanos como argumento frente a las sanciones impuestas en procedimientos de investigación de conductas anticompetitivas es conceptualmente cuestionable (Sánchez Graells, 2014, p. 269)[85], se trata de una realidad que es preciso aceptar[86].

---

75 Véase, ampliamente, Ferrajoli (2009).

76 Véase Winfried (2012).

77 Para lo que sigue, véase Marcos y Sánchez Graells (2015).

78 Véanse *Bank of US c. Deveaux* (9 U.S. 61, 1809); *Hope Insurance Co. c. Boardman* (9 U.S. 57, 1809); *Darmouth College c. Woodward* (17 U.S. 528, 1819) y *San Mateo County c. Southern Pacific Railroad Co.*, (116 U.S. 138, 1885).

79 Véase lo desarrollado por Winkler, quien describe la hábil y acaso controvertida contribución de varios abogados en la consecución de tal logro (Horace Binney y Daniek Webster en las dos primeras décadas del siglo XIX y, sobre todo, después de la aprobación de la 14ª Enmienda, Roscoe Conkling) (2018).

80 Véase Winkler (2018).

81 Ampliamente, véase Emberland (2006).

82 Véase Adelstein (2013).

83 Véase Emberland (2003).

84 Véase Lande (2009).

85 A mi juicio, lo preferible y conceptualmente correcto (frente a una extensión indiscriminada y acrítica a las compañías mercantiles de los derechos humanos en el proceso penal) hubiera sido la construcción de un procedimiento *antitrust* justo, transparente y predecible, que reconociera las empresas garantías para proteger sus intereses frente a los posibles abusos de las autoridades de competencia.

86 Véase Díez Estella y Pérez Fernández (2018).

### D. El principio de imparcialidad en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia: la separación de la instrucción y la resolución

La atenuación de las diversas garantías que se contienen en el derecho al debido proceso del art. 6 CEDH en los procedimientos administrativos sancionadores (*supra* apartado §3.2), modulada aún más cuando los acusados son personas jurídicas (*supra* apartado §3.3), es el resultado de la jurisprudencia del TEDH, que se ha ido pronunciando al hilo de las reclamaciones planteadas en casos concretos.

La garantía de imparcialidad e independencia exige que exista separación entre el órgano acusador y el órgano resolutorio, sin que se confundan sus roles, de modo que pueda legítimamente dudarse de su imparcialidad (*Kyprinaou c. Chipre*, 2005, párrs. 118 y 127). La extensión de esa garantía de un proceso imparcial e independiente a los procedimientos administrativos sancionadores ha motivado varios pronunciamientos del TEDH, y el Tribunal ha dicho con claridad que la exigencia de

> [q]ue las sanciones sean impuestas en primera instancia por un tribunal imparcial e independiente solo [opera] respecto de casos pertenecientes al núcleo duro del derecho penal, mientras en los demás casos admite que las sanciones puedan ser impuestas (en primera instancia) por autoridades administrativas o, más en general, por órganos no judiciales, siempre que la decisión de éstos sea sujeta a un control jurisdiccional posterior (Bertazzo, 2015, §2 *in fine*)[87] .

De modo que, por tanto, "el Tribunal admite una relajación de dichos principios y garantías ante la entidad de primera instancia, siempre que se permita la revisión de las decisiones de aquella ante un órgano judicial que tenga plena jurisdicción" (Bertazzo, 2015, §III.4.1)[88].

Dicho brevemente, el TEDH traslada la garantía del debido proceso desde el procedimiento administrativo sancionador al proceso judicial posterior y esa garantía se cumple siempre que un juez pueda revisar los hechos y sanciones impuestas por la Administración, reemplazando la decisión de esta con su propia decisión (Moreno Trapiella, 2008, p. 326). Esta interpretación es plenamente coherente con el principio de separación de poderes. Aunque exista cierta discrecionalidad en el ejercicio de las potestades administrativas sancionadoras, la revisión judicial de ese ejercicio permitirá controlar cualquier eventual desviación de poder y corregir los errores manifiestos sobre la concurrencia de los elementos de la infracción en que pudiera haber incurrido la Administración.

En efecto, el TEDH ha concluido que respetan las exigencias del principio de imparcialidad los procedimientos sancionadores ante las autoridades administrativas únicas o integradas –como Indecopi– aunque no exista separación entre la instrucción y la resolución del expediente, siempre que exista la posibilidad de un recurso ante un órgano que reúna los requisitos previstos en el artículo 6.1 de la CEDH y que tenga **plena** jurisdicción para revisar el fondo del asunto, tanto los hechos como las cuestiones jurídicas (*A Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, sentencia 43509/2008; Moreno Trapiella, 2008, p. 29). Así, para respetar las exigencias derivadas de la extensión del ámbito de aplicación del art. 6 CEDH a los procedimientos administrativos sancionadores por infracciones del Derecho de la Competencia, si la organización interna adoptada por la autoridad no respeta el principio de imparcialidad, bastará con que las decisiones sancionadoras de las autoridades de competencia sean susceptibles de una revisión judicial por un órgano con jurisdicción bastante para anular la decisión si se identifican errores materiales de hecho o de derecho (Harris *et al.*, 2009, pp. 228-229).

En el fondo, una regla análoga se extrae del recientemente aprobado por la ICN en el ICN Framework



---

87 Con referencias a las sentencias del TEDH *Janosevic c. Suecia*:

> En esas circunstancias, la Convención invoca a optar por lo menos por uno de los dos sistemas: o los órganos jurisdiccionales cumplen con los requisitos del párrafo 1 del Artículo 6 (art. 6-1), o al hacerlo no cumplen, pero se someten a un control consecutivo por un control judicial que tiene completa jurisdicción y otorga las garantías del párrafo 1 del Artículo 6 (sentencia 34169/97, 2002, párr. 81).

Así como a *Bendenoun c. Francia* (sentencia 12547/86, 1994, párr. 44).

88 Con referencias a Albert & Le Compte c. Bélgica (1983, párr. 29).

Así también, en *Gradinger c. Austria* se indica:

> En dichas circunstancias, la Convención invoca la aplicación de al menos dos de los siguientes sistemas: por una parte, los órganos jurisdiccionales que cumplan con los requisitos del párrafo 1 del Artículo 6, o que no cumplan con ello pero se sometan a un control posterior por un órgano judicial con poderes jurisdiccionales, que garanticen el cumplimiento del párrafo 1 del artículo 6 (1995, párr. 44) [traducción libre].

on Competition Agency Procedures, suscrito por el Indecopi[89], conforme al cual:

> Revisión independiente
>
> […] k) Ninguna agencia participante impondrá a una persona una prohibición, remedio o sanción en un procedimiento sancionador por infracción del derecho de la competencia aplicable sin que exista una oportunidad de que esa persona tenga derecho a la revisión por una entidad independiente e imparcial de decisión (p. ej., un juez, tribunal o corte de apelación) (ICN, 2019, p. 7) [traducción libre] .

**E. Estándar de revisión en vía judicial**

Por tanto, la garantía de imparcialidad e independencia del órgano resolutorio de los procedimientos administrativos no exige, en todo caso, la separación del órgano instructor/acusador y del órgano resolutorio, siempre y cuando esa garantía se cumpla y exista en el control judicial posterior de sus decisiones[90]. Por tanto, para asegurar el respeto al debido proceso establecido en el artículo 6.1 de la CEDH, las decisiones de las autoridades administrativas que impongan sanciones deben ser susceptibles de recurso ante un órgano judicial con **plena** jurisdicción para pronunciarse sobre cualesquiera cuestiones de hecho o de derecho contenidas en la decisión que se impugna[91]. El juez debe tener potestad para hacer una apreciación de los hechos y pruebas empleados por la Administración en su decisión, revisando la existencia de infracción, pero también la proporcionalidad de la relación entre la infracción y la sanción, con posibilidad en su caso de modular o fijar la sanción adecuada (Moreno Trapiella, 2012, pp. 30-31).

No obstante, a diferencia de los procesos penales, la complejidad de las materias objeto de investigación en los procedimientos administrativos sancionadores y la experiencia y los conocimientos especializados que se requieren para la apreciación de la existencia de una infracción sancionable en materia de defensa de la competencia determinan que la intensidad del control pueda aminorarse, aceptándose por el TEDH que ese control sea limitado cuando concurran tales circunstancias y exista cierto margen de discrecionalidad administrativa[92].

De nuevo, de manera análoga a lo que ocurría con los diferentes modelos o diseños de organización y estructura de las agencias de defensa de la competencia integradas, el alcance de la revisión judicial se presenta como una cuestión gradual, en la que en la intensidad y profundidad del control judicial depende del diseño y configuración de la autoridad de competencia y del procedimiento seguido en cada caso, de modo que "cuantas más salvaguardas y precauciones adopte la autoridad en la adopción de sus decisiones para evitar el sesgo condenatorio, menor será la necesidad de una revisión intensa (desde la perspectiva del principio de independencia)" (Ottow, 2015, p. 223).

En particular, dadas las particularidades de las prohibiciones de conductas anticompetitivas y su aplicación[93], los conocimientos especializados (*v. gr.*, económicos o científicos), la complejidad del análisis requerido para su aplicación y el margen de discrecionalidad que otorgan a las autoridades de competencia se prevé que el control que ejerzan los tribunales sea restringido. Así, el estándar de revisión en sede judicial de las decisiones sancionadoras de las autoridades administrativas de la competencia no es necesario que comprenda una revisión total del fondo del asunto, aunque debe garantizar en todo caso que el órgano sancionador no ha actuado de manera ilegal, irrazonable o injusta (*Weeks c. Reino Unido*, 1987, párr. 69).

La jurisprudencia del TEDH permite fundamentar esta revisión judicial "más ligera" de las decisiones de naturaleza sancionadora de las autoridades administrativas si se cumplen ciertas condiciones. El órgano administrativo que adopta la decisión debe seguir un procedimiento que satisfaga debidamente las garantías del debido proceso, de modo que el diseño del procedimiento de aplicación sea apropiado (*Bryan c. Reino Unido*, 1995, párr. 47), y la decisión debe implicar "un ejercicio clásico de discreción administrativa", dicho en otras palabras, las cuestiones a decidir requieren un grado de co-

89 Véase *supra* nota 5.

90 Véase *Schmautzer c. Austria* (1995, párr. 34) y Bertazzo (2015, §III.4.4.).

91 Véanse *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italia* (2011, párr. 59) y *Segame S.A. c. Francia* (2012, párr. 55). A tal efecto, la calidad y extensión de la revisión judicial son esenciales. En efecto, no existe "plena jurisdicción" si el órgano judicial no puede reformar y revisar la decisión de la administración impugnada. La anulación de la decisión y el reenvío a la administración para que se pronuncie de nuevo no parece suficiente (Moreno Trapiella, 2008, p. 328; Moreno Trapiella, 2012, 65-66).

92 Véanse *Crompton c. Reino Unido* (2009, párr. 73) y *Bryan c. Reino Unido* (1995, párr. 47).

93 Véase *supra* notas 14-17 y texto correspondiente

nocimiento profesional o de experiencia y ejercicio de discreción administrativa en ejecución de objetivos públicos más generales (*Tsfavo c. Reino Unido*, 2006, párr. 46). En tales casos la revisión de la legalidad de la decisión será suficiente, y no sería necesaria una revisión del fondo del asunto (*Zumbotel c. Austria*, 1993, párr. 32), siempre y cuando la jurisdicción revisora pueda examinar todas las cuestiones de hecho y de derecho que en ella se contengan y efectivamente proporcionar un remedio para el recurrente en caso de éxito (*Kingslev c. Reino Unido*, 2002), incluida la posibilidad de anular la decisión y reenviar el caso a las autoridades de competencia para que adopten una nueva decisión (O'Boyle *et al.*, 1995, pp. 229-232). En suma, no es suficiente con un mero control externo de la decisión, sino que es necesario que analice sus fundamentos y la adecuación y proporcionalidad de la sanción.

La información disponible permite constatar que en el Perú esa posibilidad existe[94], y que la legislación vigente para la revisión de las decisiones del Indecopi en sede judicial cumpliría esos requisitos:

> En primer lugar, un solo juez examinará la resolución administrativa. La decisión de este juez también podrá ser impugnada ante un tribunal colegiado. Finalmente, la decisión de este tribunal es apelable ante la Corte Suprema. Los tribunales podrán anular, dejar sin efecto y reformar las resoluciones administrativas. El Poder Judicial es plenamente competente para apreciar los hechos y el Derecho –excepto la Corte Suprema, que solo puede examinar las cuestiones jurídicas relacionadas con las decisiones judiciales. En este contexto, esto significa que un tribunal puede anular una resolución y devolverla al Indecopi; asimismo, un tribunal podrá sustituir la resolución dictada por el Indecopi (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] & Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2018, p. 79)[95].

## IV. EVALUACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN DEL INDECOPI A NIVEL COMPARADO

En este apartado se analiza la organización seguida en otros sistemas de defensa de la competencia que presentan similitudes al diseño del Indecopi y en los que se ha cuestionado también su conformidad con el principio de imparcialidad y las exigencias del debido proceso, dado que tampoco en ellos existe una separación absoluta entre instrucción y resolución de los procedimientos sancionadores. Tanto la Comisión Europea (*infra* apartado §4.1), como la autoridad de defensa de la competencia italiana (*infra* apartado §4.2), presentan similitudes en su organización y procedimientos al modelo de Indecopi, habiéndose suscitado respecto de ambas algunas de las dudas sobre el respeto del derecho al debido proceso que ahora se vierten sobre el Indecopi (OCDE & BID, 2018, p. 79).

### A. Comisión Europea

En la Unión Europea, coexisten las autoridades nacionales de competencia y la Comisión Europea con competencias para la investigación y sanción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE).

Como es sabido, la Comisión Europea no es un órgano judicial; es una entidad administrativa supranacional que, en materia de procedimientos sancionadores de defensa de la competencia, se organiza como una agencia administrativa integrada. La incoación e instrucción de los expedientes corre a cargo de la DGCOM, que es también la que decide sobre la imposición de sanciones, aunque formalmente las decisiones sean adoptadas colectivamente por el colegio de comisarios[96]. El procedimiento es de carácter administrativo y se regula en el Reglamento 1/2003, de 16 de diciembre de 2002 (desarrollado por el Reglamento 773/2004, de 7 de abril de 2004), que confiere amplias potestades a la Comisión para la investigación de las posibles infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE (requerimientos de información e inspecciones, con la eventual colaboración de las autoridades nacionales de defensa competencia de los Estados Miembros). Si la DGCOM tiene pruebas de que se ha producido una vulneración de los artículos 101 y 102 del TFUE formulará un pliego de cargos (*statement of objections*) en el que expone todas las pruebas y su valoración preliminar de las mismas (Reglamento 773/2004, art. 10). Los sujetos imputados tienen derecho a acceder al expediente administrativo y a contestar por escrito a los cargos contra ella, y también a una au-



[94] Véase Ochoa Cardich (1996, p. 197).

[95] Aunque ocasionalmente se haya censurado que los órganos judiciales suelan confirmar casi siempre sus decisiones (OECD & BID, 2018, p. 146). Esta crítica contradice otras afirmaciones del propio informe OECD/BID, aunque pudiera deberse a una constatación anecdótica y no empírica del marco jurídico vigente (que, en verdad, es lo que cuenta, véase (Ibañez Colomo, 2018, p. 8).

[96] Véase Yoo *et al.* (2019, p. 63).

diencia oral del caso (Reglamento 773/2004, arts. 12 y 13)[97]. Finalmente, si la Comisión entiende que las alegaciones de los imputados no alteran su valoración preliminar sobre la existencia de una infracción, la Comisión adopta una decisión que declara la comisión de la infracción e impone las sanciones previstas. La Decisión se redacta por los mismos funcionarios de la Dirección de Competencia que realizaron la investigación y elaboraron el pliego de cargos, aunque se consulta al servicio jurídico de la Comisión y a un Comité Asesor integrado por funcionarios de los Estados Miembros (OCDE, 2005, p. 40) .

Las decisiones de la Comisión Europea que declaran la existencia de una infracción e imponen sanciones a los sujetos responsables de la misma son recurribles ante el Tribunal General de la Unión Europea (en adelante, el TGUE). El recurso ante el TGUE puede fundarse tanto en cuestiones relativas a los hechos como en la valoración jurídica efectuada por la Comisión (Reglamento 1/2003, arts. 261 y 263). La sentencia del TGUE que resuelva los recursos de apelación contra las decisiones de la Comisión Europea son susceptibles de un ulterior recurso, ahora sólo sobre la fundamentación jurídica, ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

La falta de separación entre el órgano encargado de la instrucción y la resolución de los expedientes sancionadores en el procedimiento sancionador ante la Comisión Europea ha motivado que se haya dudado de si se respeta el derecho de los imputados al debido proceso y el principio de imparcialidad. Aunque el artículo 23.5 del Reglamento CE 1/2003 establece que las sanciones impuestas por la Comisión "no tendrán carácter penal" (2002), esas multas puedan alcanzar elevados importes que las convierten en cuasi penales. Ello activaría la necesidad de respetar la protección de los acusados y sancionados prevista en el artículo 6 de la CEDH[98]. Por ello, en todo el procedimiento se han de respetar los derechos y garantías de los investigados, de conformidad con el artículo 47 de la Carta Europea de Derechos fundamentales[99] y con la CEDH. Sin embargo, el derecho al debido proceso en los procedimientos administrativos de defensa de la competencia ante la Comisión Europea no tiene el mismo alcance que la que se prevé en para los procedimientos penales. Está claro que la combinación en el mismo órgano de las funciones de instrucción/investigación y resolución impiden que pueda considerarse de un órgano independiente e imparcial, pero eso no hace que sea incompatible con el art. 6.1 de la CEDH (véase *supra* apartado §3). Es verdad que existe el riesgo de que la Comisión (*rectius* sus funcionarios) sean víctimas de un **sesgo acusador**, que podría conducir a errores en las sanciones impuestas por la autoridad (Wouter, 2004, p. 212). Este sesgo cognitivo supondría la inclinación de la Comisión a concluir mediante decisiones sancionadoras los expedientes incoados y las investigaciones iniciadas (Slater *et al.*, 2009, p. 129). Desde otra perspectiva, pero ineludiblemente vinculado a lo anterior, existiría un posible prejuicio de retrospectiva (*hindisight bias*), que dificultaría la revisión por los funcionarios de la Comisión de las posiciones seguidas en los pliegos de cargos ya enviados a los acusados por la Comisión (Wils, 2004, pp. 215-216)[100].

Por ello, en coherencia con la jurisprudencia del TEDH, si las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas se castigan con sanciones "cuasi penales" –en el sentido de dicho precepto– y se encarga a autoridades administrativas su aplicación, el respeto del derecho al debido proceso se entiende asegurado si los sujetos sancionados tienen derecho a recurrir la decisión de las autoridades administrativas ante un órgano con jurisdicción plena y que cumpla las garantías del art. 6.1 de la CEDH[101].

Aunque la ética profesional del personal de la Comisión y la credibilidad de la institución pueden

---

97 La audiencia oral se desarrolla ante un oficial de la comisión (*hearing officer*), que no pertenece a la Dirección General de Competencia. Véase la Decisión del Presidente de la Comisión Europea del 13 de octubre de 2011, relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia (DOUE L 275, 2011).

98 Véase Slater *et al.* (2009, pp. 103-121).

99 Que reza:

> toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. **Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley**. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar. Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia (Carta de los Derechos de la Unión Europea, 2016, art. 47) [el énfasis es nuestro].

100 *Id. últ.* 130. Aunque se trata de un fenómeno que puede ser recurrente en esta materia, véase recientemente Leslie (2018).

101 Véase Ibañez Cólomo (2018, pp. 7-8) y Wils (2004, p. 209).

ayudar a evitar los mencionados errores[102], se han introducido otras medidas internas de control para intentar prevenir los errores, corrigiendo el posible sesgo acusador y la miopía retrospectiva. Así, se prevén la revisión de los pliegos por equipos distintos de funcionarios dentro de la Dirección de Competencia, la participación del equipo del Economista jefe cuando fuera pertinente, y la intervención con un papel primordial del oficial encargado de audiencias previas (*hearing officer*) y el comité asesor (OCDE, 2005, pp. 39-40 y 62-63). Sin embargo, no es posible excluir en todo caso que ocurran errores[103], y por eso debe entenderse que es esencial el reconocimiento del derecho de los sancionados a instar la revisión judicial de las decisiones de la Comisión ante el TGUE y el TJUE[104].

Como antes hemos visto (*supra* apartado §3.5) lo relevante entonces será el alcance de la revisión judicial[105], y en varias sentencias del Tribunal de Justicia de la UE ha aclarado que, en particular, en el caso de cárteles ese control judicial es pleno e ilimitado[106]:

> Por lo que se refiere al control de legalidad, el Tribunal de Justicia ha declarado que, si bien en los ámbitos que exijan apreciaciones económicas complejas, la Comisión dispone de cierto margen de apreciación en materia económica, ello no implica que el juez de la Unión deba abstenerse de controlar la interpretación que haga la Comisión de datos de carácter económico. En efecto, el juez de la Unión no sólo debe verificar la exactitud material de los elementos probatorios invocados, su fiabilidad y su coherencia, sino también comprobar si tales elementos constituyen el conjunto de datos pertinentes que deben tomarse en consideración para apreciar una situación compleja y si son adecuados para sostener las conclusiones que se deducen de los mismos (2011, párr. 94)[107].

### B. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato (AGCM)

En Italia la investigación y sanción de las infracciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas es competencia de la Autoritá Garante della Concorrenza e del Mercato (en adelante, AGCM)[108]. Se trata de una agencia de defensa de la competencia integrada ante la que se tramitan los procedimientos administrativos sancionadores antitrust. La AGCM se rige por un órgano colegial compuesto de un presidente y cuatro miembros, que adoptan decisiones por mayoría (Ley 287, 1990, art. 10.2). Son elegidos por el presidente de la Cámara de Diputados y del Senado de la República entre personas de reconocido prestigio e independencia y son nombrados por un período de 7 años, no renovables.

La decisión de investigar determinadas conductas y de incoar un expediente sancionador le corresponde al consejo de la AGCM (formado por el presidente y los cuatro miembros) (Ley 287, 1998, art. 6.1.)[109] que, además, desempeña un rol primordial durante la instrucción –siendo además el competente para autorizar inspecciones o prácticas de pruebas periciales (Decreto 217/98, arts. 10 y 11)–. Aunque la investigación de las posibles infracciones corre a cargo de la Dirección General de Instrucción (Direzione Generale Istruttoria) de la AGCM, dependiente de la Secretaría General de la AGCM, corresponde al consejo de la AGCM permitir el envío del pliego de cargos y propuesta de resolución a los investigados: "El consejo, tras comprobar que las propuestas formuladas por las unidades de investigación en relación con las pruebas obtenidas no son manifiestamente infundadas, autoriza la comunicación de las conclusiones preliminares alcanzadas a las empresas" (Decreto 217/98, art. 14.1). También ante el consejo de la AGM se efectúa la vista oral del



102 Véase Wils (2004, pp. 217-218).

103 Véase Wils, (2004, pp. 219-220) y Van der Woude (2019).Sobre una muestra, de la praxis de la Federal Trade Commission en materia de fusiones entre 1950 y 1988, véase Coate y Kleit (1998).

104 Véase Wils (2004, p. 220). Igualmente, refiriéndose a las decisiones tanto de la autoridad española como europea, Ortiz y Lamadrid señalan "en la medida en que las decisiones […] son en todo caso susceptibles de impugnación ante los órganos jurisdiccionales, su compatibilidad formal con las necesarias garantías de imparcialidad y de protección de los derechos de defensa no plantea problemas" (2009, pp. 282-283).

105 Cfr. MacGregor y Gecic (2012, pp. 430-431) y Nagy (2016, pp. 232-238).

106 Véanse SSTJUE de 8 de diciembre de 2011 (sala 2ª) KME (tubos industriales) C-272/09P (ECLI:EU:C:2011:810); Chalkor C-286/10P ( ECLI:EU:C:2011:815) y KME Germany AG et al. C-389/10 (ECLI:EU:C:2011:816).

107 Finalmente, el Tribunal de Justicia también ha aclarado que así se respetan las exigencias del derecho a un debido proceso (2011, párr. 106).

108 Véase Siragusa *et al.* (2010).

109 Art. 6.1 (*avvio dell'istruttoria*) del Decreto Presidencial 217 de 30 de abril de 1998 (reglamento en materia de procedimientos de instrucción competencia de la AGCM. Esta norma detalla la regulación de los procedimientos ante la AGCM, las potestades de investigación y los derechos de las partes. Se aplica también la normativa general en materia de procedimiento administrativo contenida en la Ley 241 de 8 de agosto de 1990.

procedimiento (Decreto 217/98, art. 14.5), y concluida la instrucción, es el consejo el que adopta la decisión final (Decreto 217/98, art. 14.9). Las decisiones de la AGCM son recurribles al Tribunal Administrativo Regional de Lacio (Ley 287/1990, art. 33.1), y luego las sentencias del T.A.R. de Lacio son apelables ante el Consejo de Estado (Consiglio di Stato)[110].

La somera descripción anterior pone de relieve que el consejo de la AGCM interviene tanto en la instrucción como en la resolución del expediente, sin que pueda hablarse de una separación de funciones y de su atribución a distintos órganos (aun así, no es infrecuente que el consejo discrepe del parecer de la Dirección General de Instrucción). No obstante, lo anterior, de acuerdo con la jurisprudencia del TEDH sobre el art. 6.1 CEDH (examinada *supra* apartado §3), que está vigente también en Italia, se entiende que el derecho al debido proceso queda garantizado por la existencia de un ulterior control judicial pleno sobre las decisiones de la AGCM. En efecto, aunque el T.A.R. de Lacio no ejerce un control de plena jurisdicción sobre las cuestiones jurídicas, para respetar la discrecionalidad de la AGCM, si lo efectúa sobre las cuestiones fácticas y sobre la aplicación de las sanciones, pudiendo anular la decisión de la AGCM. Además, el Consejo de Estado sí que puede controlar la valoración jurídica, con lo que se garantizaría el derecho al debido proceso de las partes[111].

En particular, la antes citada sentencia del TEDH *A Menarini Diagnostics SRL c. Italia*, (sentencia 43509/2008, 2011) se refiere a un caso que tuvo lugar ante la AGCM, cuya relevancia hace pertinente una referencia detallada en este momento. La empresa A. Menarini Diagnostics S.R.L. fue sancionada por la AGCM con una multa de 6 millones de euros por vulnerar la prohibición de prácticas anticompetitivas mediante la participación en un cártel que fijó los precios y se repartió el mercado de los equipos para la diagnosis de la diabetes en Italia[112]. Menarini acudió al TEDH alegando que el T.A.R. de Lacio que había decidido su recurso contra la decisión de la AGCM no había ejercido una jurisdicción plena. Tras considerar que los procedimientos de aplicación de las prohibiciones *antitrust* caen bajo el ámbito de aplicación del art. 6 de la CEDH debiendo respetarse el derecho al debido proceso, el TEDH afirmó que esa norma no se opone a una decisión de primera instancia por un órgano administrativo, siempre y cuando exista posibilidad de recurrir ante un órgano judicial con jurisdicción plena para revisar el asunto. El órgano judicial revisor debe tener potestad para anular la decisión administrativa, revisando tanto su fundamentación fáctica como jurídica (*A Meranini Diagnostics SRL c. Italia*, 2011, párrs. 38-44 y 58-59). Finalmente, el TEDH dictaminó que en el caso concreto los tribunales administrativos italianos habían ejercido jurisdicción plena en la revisión del asunto (2011, párrs. 60-69).

## V. CONCLUSIONES

La aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en el Perú se realiza por el Indecopi a través de un procedimiento administrativo que prevé diversas fases. En el procedimiento participan, en primera instancia, la STCLC y la CLC, encargándose la primera de la investigación e instrucción del expediente sancionador y la segunda de su resolución. Está contemplado apoyo y asistencia de la STCLC a la CLC, de modo que no existe una separación o aislamiento absoluto entre estos dos órganos ni, por ende, entre la instrucción y resolución del procedimiento. En segunda instancia administrativa, la decisión de la Comisión puede recurrirse a la Sala Especializada de Libre Competencia del Tribunal del Indecopi. Después, las decisiones adoptadas por el Tribunal del Indecopi pueden recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa que tiene potestad plena para revisar las decisiones administrativas tanto en las cuestiones de hecho como en las cuestiones de derecho, pudiendo anular la decisión si se apreciasen errores de valoración o en la tramitación del expediente sancionador. Se trata de un diseño y una organización eficientes, que tienen en cuenta los recursos, objetivos y limitaciones existentes, sin que la imparcialidad sea el único, ni el principal criterio a seguir. Además, las sucesivas fases administrativas del procedimiento sancionador *antitrust* ante el Indecopi y la ulterior revisión judicial se presentan adecuados para prevenir y corregir los riesgos

[110] Excepcionalmente estas decisiones podrían recurrirse al Tribunal Supremo (*Corte di Cassazione*) en casos tasados (*Codice Procedura Civile*, art. 396).

[111] Véanse Chieppa & Giovagnoli (2018, pp. 351-353) y Giosis (2017).

[112] Decisión AGCM de 30 de abril de 2003. el T.A.R. de Lazio rechazó el recurso mediante sentencia de 3 de diciembre de 2003 que se limitó a controlar la legitimidad del acto administrativo adoptado por la AGCM, dado que su competencia es limitada para revisar la valoración jurídica discrecional efectuada por la AGCM (aunque el TAR tendría, en su caso, plena jurisdicción tanto para revisar la valoración de los hechos por la AGCM como para revisar la aplicación de la sanción). También el Consejo de Estado rechazó el recurso contra la sentencia del T.A.R. mediante sentencia de 16 de marzo de 2006. Finalmente, la sentencia del Consejo de Estado fue confirmada por el Tribunal Supremo a través de sentencia de 17 de marzo de 2008.

de prejuicios y errores en la aplicación de las prohibiciones por parte del Indecopi y, en particular, el posible sesgo acusatorio y de sobre aplicación (falsos negativos o errores tipo 1).

Por otra parte, existe una tendencia progresiva de extender los derechos reconocidos a los acusados en los procesos penales a los imputados en los procedimientos sancionadores administrativos. La jurisprudencia del TEDH es una buena ilustración de esa tendencia en la que es preciso apuntar que la asimilación de esas garantías no es simétrica y menos cuando los imputados en los procedimientos sancionadores son compañías mercantiles y personas jurídicas, debiendo examinarse y modularse en su proyección al caso concreto. En particular, el derecho al debido proceso y la garantía de imparcialidad del órgano que adopta las decisiones e imponga las sanciones exige que en los procesos penales exista separación entre la instrucción y la resolución.

En cambio, en el caso de los procedimientos administradores sancionadores el TEDH entiende que si esa separación no existe en la fase administrativa de instrucción y resolución del expediente sancionador, la garantía de imparcialidad se verá asegurada si existe el derecho a recurrir la decisión sancionadora ante un órgano judicial con plena jurisdicción para revisar tanto los elementos fácticos como la valoración jurídica efectuada por la autoridad administrativa, que pueden llevar incluso a la anulación de la decisión. La legislación vigente en el Perú reconoce el derecho de recurso en vía judicial de los sancionados por el Indecopi por la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas (una vez agotada la vía de recurso administrativo ante el Tribunal del Indecopi), con lo que se salvaguarda el derecho al debido proceso.

**REFERENCIAS**

Adelstein, R. (2013). Fimrs as persons. *Cahiers d'Economie Politique,* (65), 161-182.

American Bar Association [ABA] (29 de abril de 2019). *Assessment of Global Competition Agency Implementation of ABA Best Practices for Antitrust Procedure*. https://www.americanbar.org/content/dam/aba/administrative/antitrust_law/sal-procedural-transparency-2019-04-29.pdf

Andreangelli, A. (2010). Between Economic Freedom and Effective Competition Enforcement: The impact of Antitrust Remedies provided by the Modernization Regulation. *Competition Law Review, 6*(2), 225-257.

(2012). Competition law and human rights: striking a balance between business freedom and regulatory intervention. En I. Lianos & D. Sokol (eds.), *The Global Limits of Competition Law.* Standford University Press.

Baker, J. B. (2015). Taking the error out of 'error cost' analysis: What's wrong with the antitrust's right. *Antitrust Law Journal*, *80*(1), 1-38. https://www.antitrustinstitute.org/wp-content/uploads/2018/08/Error-Cost-Baker-ALJ-80-1-FINAL-PDF-1.pdf

Becker, G. S. (1968). Crime and Punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy, 76*(2), 169-217.

Bertazzo, S. (2015). El Derecho Administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. *Revista General de Derecho Administrativo,* (39).

Breit, W. & Elzinga K. G. (1974). The Instruments of Antitrust Enforcement. *Emory Law Journal*, (23), 943-961.

Chieppa, R. & Giovagnoli, R. (2018). *Manuale di Diritto Amministrativo* (4ta ed.). Giuffrè Francis Lefebvre.

Coate, M. B., & Kleit, A. N. (1998). Does it Matter that the Prosecutor is Also the Judge? The Administrative Complaint Process at the Federal Trade Commission. *Managerial Decision Economics,* (19), 1-11.

Cooper, J. C. & Kovacic. W. E. (2012). Behavioral economics: implication for regulatory behavior. *Journal of Regulatory Economics,* (41), 41-58.

Crane, D. A. (2011). *The Institutional Structure of Antitrust Enforcement.* Oxford University Press.

Davidson, K. (2005). Creating Effective Competition Institutions: Ideas for Transitional Economies. *Asian Pacific Law & Policy Journal, 6*(1), 71-129. http://blog.hawaii.edu/aplpj/files/2011/11/APLPJ_06.1_davidson.pdf

Delgado, J. & Mariscal, E. (2014). Integrating Regulatory and Antitrust Powers: Does it work? Case studies from Spain and Mexico. *Competition Policy International, 10*(1), 135-159. https://ssrn.com/abstract=2403047

Devlin, A. & Jacobs, M. (2010). Antitrust Error. *William & Mary Law Review*, *52*(1), 75-132. https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol52/iss1/3

Diez Canseco Núñez, L. J. (1997). Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica. *THĒMIS-Revista de Derecho,* (36), 39-63. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11725/12286

Duke, A. (2015). Public Enforcement. En Duns, J., Duke, A., & Sweeney, B. (Eds.), *Comparative Competition Law* (pp. 271-300). Edward Elgar Publishing Limited.

Easterbrook, F. H. (1984). The Limits of Antitrust. *Texas Law Review*, *63*(1). https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2152&context=journal_articles

Emberland, M. (2006). *The Human Rights of Companies. Exploring the Structure of ECHR protection.* Oxford University Press.

(2013). Protection Against Unwarranted Searches and Seizures of Corporate Premises under article 8 of the European Convention of Human Rights: The Colas Eat SA v. France Approach. *Michigan Journal of International Law,* (25), 77-116.

Ergas, H. (2009). Error and Design: Economics in (and Some Economics of) the Australian Competition Tribunal. *Agenda: A Journal of Policy Analysis and Reform*, *16*(3), 71-91.

Ferrajoli, L. (2009). *Los fundamentos de los derechos fundamentales* (4ta ed.). Trotta.

Forrester, I. S. (2009). Due process in EU competition cases: A distinguished institution with flawed procedures. *European Law Review,* (34), 817-843.

Fox, E. M., & Trebilcock, M. J. (2012) Introduction. En Fox, E.M., & Trebilcock, M.J. (Eds.), *The Design of Competition Law Institutions, Global Norms, Local Choices* (pp. xi-lxi). Oxford University Press.

Fox, E. M. (2010). Antitrust and Institutions: Design and Change. *Loyola University Chicago Law Journal, 41*(3), 473-488. https://lawecommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=&httpsredir=1&article=1065&context=luclj

Gómez Apac, H. (2009). El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. *Revista de Derecho Administrativo,* (7), 472-483.

Harris, D., O'Boyle, M., Bates, E., & Buckley, C. (2009). *Harris, O'Boyle & Wabrick: Law of the European Convention on Human Rights* (2da ed.). Oxford University Press.

Huego, A. (2007). *Las sanciones administrativas.* Iustel Madrid.

(2019). Las sanciones administrativas en el marco del law enforcement. En D. Zegarra (ed.), *La Proyección del Derecho Administrativo Peruano. Estudios por el Centenario de la Facultad de Derecho de la PUCP* (515-539). Palestra.

Ibáñez Colomo, P. (2018). *The Shaping of EU Competition Law*. Cambridge University Press.

International Competition Network [ICN] (2019a). ICN Framework on Competition Agency Procedures. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/04/ICN_CAP.pdf

(2019b). ICN CAP Participants (as for August 2019). https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2019/08/CAPparticipants.pdf

Kaplow, L. (1992). Rules versus standards: an economic analysis. *Duke Law Journal*, 42, 557-629. http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:10611784

Kaplow, L., & Shavell, S. (2002). Economic Analysis of Law. En Auerbach, A.J. & Feldstein, M. (Eds.), *Handbook of Public Economics* (Vol. III, pp. 1665-1784). http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/99_Economic_analysis_of_law.pdf

Komesar, N. (2010). Stranger in a Strange Land: An Outsider's View of Antitrust and the Courts. *Loyola U. Chicago L. J.,* (41), 443-453.

Kovacic, W. E., Hollman, H. H. & Grant, P. (2011). How does your competition agency measure up? *European Competition Journal*, *7*(1), 25-45. https://www.jonesday.com/files/Publication/6bf2d85c-ea82-4c6e-8d77-977afbf26ab7/Presentation/PublicationAttachment/169372fa-b7ab-4529-83fd-43207901b1b9/competitionagency.pdf

Kovacic, W. E. & Hyman, D. A. (2012). Competition Agency Design: What's on the Menu? *European Competition Journal*, *8*(3), 527-538. https://doi.org/10.5235/ECJ.8.3.527

(2013). *Competition Agencies with Complex Policy Portfolios: Divide or Conquer? (Chicago, 28 Oct. 2011)* [Entrada de blog]. Concurrences:

Antitrust Publications & Events. https://www.concurrences.com/en/review/issues/no-1-2013/conferences/competition-agencies-with-complex-policy-portfolios-divide-or-conquer-chicago

Lande, R. H. (2009). Quick-Somebody call Amnesty International! Intel Says EU Antitrust Violated Human Rights. *Federal Trade Commission: Watch, 746*(9).

Lawrence, W. (21 de noviembre de 2019). Why isn't "Deterrence" Included in the Measurements of Antitrust "Enforcement"? [Entrada de blog]. CPI Competition Policy International. https://www.competitionpolicyinternational.com/why-isnt-deterrence-included-in-the-measurements-of-antitrust-enforcement/

Leslie, C. (2018). Hindsight Bias in Antitrust Law. *Vanderbilt Law Review, 71*(5), 1527-1591.

López Torralba, V. (2005). Breve estudio en torno al Procedimiento sancionador y sus garantías. *Revista jurídica de la Comunidad de Madrid,* (22), 181-244.

MacGregor, A., & Gecic, B. (2012). Due Proces in EU Competition Cases Following the Introduction of the New Best Practices Guidelines on Antitrust Proceedings. *Journal of European Competition Law & Practice, 3*(5), 425-438.

Marcos Fernández, F. (2017). Independencia de las autoridades de defensa de la competencia en España. *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución,* (21).

Marcos Fernández, F., & Sánchez Graells, A. (2015). En contra del reconocimiento de "derechos humanos corporativos" en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia. En J. Guillén Caramés & M. Cuerdo Mir (dirs.), *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia.* Civitas. Thompson-Reuters.

Marsden, P. (2009). Checks and balances: EU competition law and the rule of law. *Competition Law International,* (1), 25-29.

Moore, D. A, Tanlu, L., & Bazerman, M. H. (2010). Conflict of interest and the intrusion of bias. *Judgement and Decision Making, 5*(1), 37-53.

Moreno Trapiella, P. (2008). El control judicial de las sanciones administrativas en el convenio europeo de derechos humanos. *Documentación Administrativa,* (280-281), 323-258.

(2012). *Convenio Europeo de Derechos Humanos y contencioso administrativo español. El caso específico del control judicial de las sanciones.* Marcial Pons.

Nagy, C. I. (2016). EU Competition law's fair trial revolution: much ado about nothing? *European Competition Law, 37*(6), 232-238.

Nieto, A. (2012). *Derecho administrativo sancionador* (5ta ed.). Tecnos.

O'Brien, P. (14 de noviembre de 2018). *Procedural Fairness: Convergence in Process* [Entrada de blog]. CPI Competition Policy International. https://www.competitionpolicyinternational.com/procedural-fairness-convergence-in-process/

Ochoa Cardich, C. (1996). Límites de la potestad sancionadora del Indecopi y las garantías del administrado en los procedimientos administrativos del Derecho de la Competencia. *Ius et Veritas,* (13), 185-198.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2018). *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú.* https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf

Ortiz, L, & Lamadrid, A. (2009). El procedimiento sancionador y sus garantías. En S. Martínez & A. Petitbó (dirs), *Los acuerdos horizontales entre empresas* (pp. 279-307). Marcial Pons.

Ottow, A. (2015). *Market and Competition Authorities: Good Agency Principles*. Oxford University Press.

Patrón, C. (2008). Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. *Ius et Veritas,* (36), 122- 144.

Polinsky, A. M. & Shavell, S. (2007). The Optimal Structure of Law Enforcement. En Polinsky, A.M. & Shavell, S. (Eds), *Handbook of Law and Economics* (Vol. I, pp. 404-454). Elsevier. http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/07-Polinsky-Shavell-Public%20Enforcement%20of%20Law-Hdbk%20LE.pdf

Rallo, A. (2014). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: Los reparos de las instituciones europeas sobre la independencia del regulador. *Teoría y Realidad Constitucional-UNED,* (34), 193-234.

Sánchez Graells, A. (2014). The EU's Accession to the ECHR and Due Process Right in UE Competition Law Matters: Nothing under the Sun. En V. Kosta, N. Skourotakis & V. Tzevelekos (eds.), *The Accesion of the UE to the ECHR* (255-270). Hart.

Shapiro, I., & Mc Carthy, C. W. (2011). Are Federal Agencies the Sole Judges of Their Own Authority? *Regulation,* (34), 4-5.

Shavell, S. (1993). The Optimal Structure of Law Enforcement. *Journal of Law & Economics*, (36), 255-287. http://www.law.harvard.edu/faculty/shavell/pdf/36_J_law_Econ_255.pdf

(1995). The appeals process as a means of error correction. *Journal of Legal Studies,* (24), 379-426.

Sigurasa, M., Beretta, M., & Bay, M. (2010). Competition law in Italy: The first 20 years of law practice. En *Competition Laws Outside the United States* (2da ed.). ABA.

Slater, D., Thomas, S., & Waelbroeck, D. (2009). Competition Law Proceedings before the European Commission and the Right to a fair trial: No need to reform. *European Competition Journal,* (5).

Stucchi López-Raygada, P. (2008). El nuevo diseño del control de conductas para la defensa de la libre competencia: Apuntes sobre el Decreto Legislativo 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *THĒMIS-Revista de Derecho,* (56), 309-330. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9217/9628

(2011). Apuntes sobre la relevancia constitucional del mandato funcional del Indecopi. *Advocatus*, (23), 47-60.

Stucchi López-Raygada, P. & Ballón Estacio, F. (2017). Síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú. Contenido y aplicación del Decreto Legislativo N° 1034. Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA). *Revista de Derecho de la Universidad de Piura,* (18). https://pe.lejister.com/pop.php?option=articulo&Hash=70b2c9d5abea8e61553762f767997206

Suay Rincón, J. (1990). La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y contradicción en el procedimiento administrativo sancionador. *RAP,* (123), 153-184.

Trebilcock, M. J. & Iabocucci, E. M. (2002). Designing Competition Law Institutions. *World Competition*, *25*(3), 361-394. https://ssrn.com/abstract=2064918

(2010). Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate. *Loyola University of Chicago Law Journal,* (41), 455-471. https://www.luc.edu/media/lucedu/law/students/publications/llj/pdfs/trebilcock_iacobucci.pdf

Valencia Dongo, A. (2017). Juntos y revueltos: diseño institucional y Garantías de un debido proceso. *Bullard Falla Ezcurra+.* https://www.bullardabogados.pe/publications/wp-content/uploads/2017/11/Juntos-y-revueltos_AVD.pdf

Vermeule, A. (2014). *The Constitution at Risk.* Cambridge University Press.

Waldron, J. (2012). *'Partly Laws Common to All Mankind': Foreign Law in American Courts.* Yale University Press.

White, L. (2019). Why isn't 'Deterrence' Included in the Measurements of Antitrust 'Enforcement'. *CPI Antitrust Chronicle.*

Wils, P. J. (2004). The combination of the Investigative and Procedural Function and the Adjudicative Function in EC Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis. *World Competition,* (27), 201-224.

Winkler, A. (2018). *We The Corporations. How American Businesses won their civil rights.* Liveright.

Yoo, C. (23 de septiembre de 2019). *Due Process in International Antitrust Enforcement: An Idea Whose Time Has come* [Entrada de blog]. CPI Competition Policy International. https://www.competitionpolicyinternational.com/due-process-in-international-antitrust-enforcement-an-idea-whose-time-has-come/

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Albert & Le Compte c. Bélgica, 5 E.H.R.R. 533 (1983).

A Menarini Dignastics SRL c. Italia (2011).

Bank of US v. Deveaux, 9 U.S. 61 (1809).

Bendenoun c. Francia, 18 E.H.R.R. 54 (1994).

Bryan c. Reino Unido, 21 E.H.R.R. 342 (1995).

Case C-272/09 P, KME Germany y otros v. Comm'n, 2011 E.C.R. I-12789.

Case C-386/10 P, Chalkor AE Eperxergasias Metallon v. Comm'n, 2011 E.C.R. I-13085.

Case C.389/10 P, KMG Germany y otros v. Comm'n, 2011 E.C.R. I-13125.

Chrompton c. Reino Unido, E.C.H.R. 27 (2009).

Darmouth College v. Woodward, 17 U.S. 528 (1819).

De Cubber c. Bélgica, E.C.R.R. 14 (1984).

Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la ley de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, de 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, de 25 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aprobada por el Decreto Legislativo N°1034, Diario Oficial *El Peruano*, de 18 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 344-2018-EF, Decreto Supremo que aprueba el Reglamente de la Ley N° 30225, Diario Oficial *El Peruano*, de 31 de diciembre de 2018 (Perú).

Engel et al. c. Países Bajos, 1 E.H.R.R. 647 (1976).

Gradinger c. Austria (1995).

Hope Insurance Co. v. Boadman, 9 U.S. 57 (1809).

Janosevic c. Suecia, 38 Eur. Ct. H.R. 473 (2004).

Jussila c. Finlandia, 2006 E.C.H.R. 996.

Kingsley c. Reino Unido (2002).

Kyprinaou c. Chipre, 2005 Eur. Ct. H.R. 873.

Levages Prestation Services c. France (1996).

Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (B.O.E. 2013, 3) (Esp.).

Ley de Defensa de la Competencia (B.O.E. 2007, 15) (Esp.).

Ley del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (B.O.E. 1992, 30) (Esp.).

Marttinen c. Finlandia, 2009 Eur. Ct. H.R. 658.

Menarini Diagnostics SRL c. Italia, 2011 Eur. Ct. H.R.

Öztürk c. Alemania, 6 E.H.R.R. 409 (1984).

Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (B.O.E, 2003, 1) (Esp).

San Mateo County v. Southern Pacific Railroad Co., 116 U.S. 138 (1885).

Segame S.A. c. Francia (2012).

Société Colas Est. et. al. c. Francia, 2002 Eur. Ct. H.R. 418.

Sociéte Stenuit c. Francia, 232 E.H.R.R. (ser. A) (1992).

Sunday Times c. Reino Unido, 2 E.H.R.R. 245 (1979).

Tsfayo c. Reino Unido, E.C.H.R. 14 (2006).

Zumbotel c. Austria, E.C.H.R. 41 (1993).

10.18800/themis.202002.008

# ¿QUÉ TAN LEJOS ESTAMOS DE ESTAR CERCA?: ALCANCES DE LA ARBITRABILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA Y APROXIMACIONES EN EL PERÚ

## *HOW FAR ARE WE FROM BEING CLOSE?: SCOPES OF THE ARBITRABILITY OF ANTITRUST LAW AND APPROXIMATIONS IN PERU*

**Antonio Robles Vargas***
**Universidad del Pacífico**

**Cesar Gutiérrez Tercero****
**Universidad del Pacífico**

**Jacqueline St. Laurent del Castillo*****
**Universidad del Pacífico**

*In recent years, arbitration has been an alternative route to judicial proceedings, especially in commercial disputes. This, as a result of its lottery, for its flexibility, speed, confidentiality, among other aspects. Nonetheless, part of the doctrine considers that this route is not suitable for private disputes relating to matters of antitrust law.*

*In this article, the authors assess the scope of arbitrability, in private matters, on antitrust law in Peru. Thus, they examine whether the courts may interpret compliance with antitrust laws and subsequently issue a ruling on civil liability resulting from this analysis. In this regard, they analyze the most important concepts on the arbitrability of antitrust law, identify the most relevant issues related to the arbitration of antitrust law and, finally, review some Peruvian cases to identify the barriers that make it impossible to arbitral practice on antitrust law in Peruvian law.*

*Keywords: Arbitrability; Free Competition; antitrust law; public order; arbitral award; trade conflict.*

*En los últimos años, el arbitraje ha sido considerado como una vía alternativa a los procesos judiciales, sobre todo en conflictos comerciales; esto, por su flexibilidad, rapidez, confidencialidad, entre otros aspectos. Pese a ello, una parte de la doctrina considera que esta vía no es adecuada para someter controversias privadas relacionadas a materias de libre competencia.*

*En el presente artículo, los autores evalúan el alcance de la arbitrabilidad, en materia privada, sobre la Libre Competencia en el Perú. Así, examinan si los tribunales, efectivamente, pueden interpretar o no el cumplimiento de las leyes de libre competencia para, posteriormente, emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil resultado de este análisis. En esa línea, analizan los conceptos más importantes sobre la arbitrabilidad de la Libre Competencia, identifican las cuestiones más relevantes relacionadas al arbitraje de la Libre Competencia y, por último, revisan algunos casos peruanos para identificar cuáles son las barreras que imposibilitan su práctica arbitral en el ordenamiento peruano.*

*Palabras clave: Arbitrabilidad; Libre Competencia; orden público; laudo arbitral; conflicto comercial.*

* Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociado de la Revista Forseti (DEREUP Editores). Contacto: as.roblesv@alum.up.edu.pe.

** Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociado de la Revista Forseti (DEREUP Editores). Colaborador de la Clínica Jurídica de Libertades Informativas de la Universidad del Pacífico. Contacto: ca.gutierrezt@alum.up.pe.

*** Alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad del Pacífico (Lima, Perú). Asociada de la Revista Forseti (DEREUP Editores). Colaborada de la Clínica Jurídica de Libertades Informativas de la Universidad del Pacífico. Contacto: jr.stlaurentd@alum.up.edu.pe.

Los autores agradecen a Nicolás Ayala Badillo por su gentil ayuda con la sistematización de la bibliografía.

Nota del Editor: El presente texto fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THEMIS-Revista de Derecho el 2 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 7 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Obtener justicia trasciende a la obtención de un resultado favorable. Implica también llegar en un momento oportuno tras la realización de un análisis riguroso. En ese sentido, el arbitraje, en los últimos años, ha sido considerado como una vía alternativa a los procesos judiciales por su flexibilidad, rapidez, confidencialidad, entre otros aspectos. Sin embargo, a pesar de que el mismo sea considerado por muchos como la vía ideal para procesos que versan en su mayoría sobre conflictos comerciales, otros consideran que no es la vía indicada para someter controversias privadas relacionadas a materias de libre competencia.

En realidad, esta última perspectiva subestima el papel práctico que desempeña la libre competencia en los negocios. No es posible afirmar que las empresas realicen sus negocios sin competir entre ellas, por ello, el incurrir en una práctica anticompetitiva sin lugar a duda tendrá un enorme impacto sobre el negocio, su planificación futura e incluso sus ingresos. De esa manera, el derecho de la competencia cumple un rol trascendental en la toma de decisiones empresariales, por lo que resulta lógico el poder acudir a la vía arbitral como mecanismo para resolver aquellas controversias que tengan relevancia empresarial o contractual (Najar, 2011, p. 119).

Dicho lo anterior, el presente artículo busca determinar el alcance de la arbitrabilidad sobre la libre competencia en el Perú en materia privada, y con ese fin, evaluar si los tribunales arbitrales efectivamente pueden interpretar o no el cumplimiento de las leyes de libre competencia y, posteriormente, emitir un pronunciamiento sobre la responsabilidad civil resultado de este análisis.

En primer lugar, analizaremos los conceptos más importantes sobre la arbitrabilidad de la libre competencia. Así, partiremos sobre el concepto de arbitrabilidad, orden público y atribución imperativa de jurisdicción, y con ello, responderemos a si el arbitraje sobre libre competencia es posible bajo la teoría de estos tres conceptos. Consecuentemente, identificaremos las cuestiones más relevantes relacionadas al arbitraje de la libre competencia, tales como el acuerdo arbitral, la aplicación privada de la libre competencia y las materias que suelen concurrir en estos arbitrajes. Por último, aterrizaremos todo lo mencionado al caso peruano para identificar cuáles son las barreras que imposibilitan la práctica arbitral sobre su práctica arbitral en el ordenamiento peruano.

## II. LA ARBITRABILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA

La noción de arbitrabilidad responde la pregunta: ¿qué es arbitrable? En ese sentido, dicho término será aplicable a las materias (arbitrabilidad objetiva) y a las personas (arbitrabilidad subjetiva). La primera de ellas responde a la pregunta sobre qué materias pueden someterse a arbitraje, mientras que la segunda abarca el campo de personas que están habilitadas a acudir al arbitraje. Si bien ambas presentan aspectos comunes, sus aproximaciones parten de perspectivas distintas. Así, para efectos del presente artículo, se debe abordar el primer concepto.

### A. Arbitrabilidad objetiva

La denominada **arbitrabilidad objetiva** es un tema de continua y permanente discusión en la legislación internacional en tanto es un concepto clave para definir qué materias son susceptibles de ser arbitradas. La pregunta **qué debe someterse a arbitraje** no es de fácil respuesta en los diversos ordenamientos jurídicos, toda vez que cada país puede determinar qué materias entran en la categoría de lo arbitrable o lo inarbitrable, en función, entre otros factores, de sus procesos históricos, políticos y legislativos.

Esta falta de consenso se aprecia principalmente en los sistemas jurídicos europeo-continentales de raíz latina o germánica y el sistema del *common law* (Vásquez Palma, 2006, p. 186). En el primero, el legislador es el que determina las categorías de litigios que escapan al arbitraje, recurriendo a ciertas fórmulas generales, esto es, materias que interesan al orden público, que no pueden ser objeto de transacción o en el que las partes no pueden disponer libremente de sus derechos. Por otra parte, en los países del *common law* no existen tales limitaciones, razón por la cual es la jurisprudencia la que, caso por caso, perfila las categorías jurídicas del arreglo arbitral (Calvo Caravaca & Fernández de la Gándara, 1989, p. 31). En ese sentido, será cada ordenamiento jurídico el que determinará si una materia es arbitrable.

Por ello, para Caivano, la arbitrabilidad objetiva implica, en otras palabras, "aquellas materias no sujetas a jurisdicción exclusiva de los tribunales judiciales" (2013, p. 65). De esta manera, el concepto "permite ubicar la frontera que divide la autonomía de la voluntad de las partes para pactar el sometimiento de sus controversias a arbitraje y la imperativa e irrenunciable jurisdicción del Estado" (2013, p. 65). Es así como, la arbitrabilidad no solo funcionará como un requisito de validez y eficacia para el convenio arbitral, sino también como un límite a la autonomía de las partes y un reconocimiento al poder de los árbitros.

En ese sentido, una primera consideración será que no existe legislación en la cual sea arbitrable toda controversia que se presente ante un tribunal arbitral. Asimismo, una segunda será que "la cuestión de arbitrabilidad es esencialmente una cuestión de derecho doméstico" (Igartua Arregui, 2011, p. 264). Por ello, las legislaciones suelen definir un criterio general para establecer qué materias serán arbitrables.

Como bien señala Vásquez Palma, el derecho español, por ejemplo, usa como criterio la **libre disposición conforme a derecho,** criterio compartido por muchos otros ordenamientos que se identifican con nociones afines tales como **derechos susceptibles de transacción**[1], materias patrimoniales y, materias ajenas al orden público. Por otro lado, el derecho suizo y alemán se refieren a las **causas de naturaleza patrimonial**[2], y a las **pretensiones que tienen un valor económico para las partes**[3], respectivamente. Por último, la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en adelante, Ley Modelo), asimismo, plantea la **mercantilidad** como criterio a seguir en torno a la arbitrabilidad[4] (2006, p. 186).

### B. La arbitrabilidad en Perú

La Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de Nueva York 1958 (en adelante, CNY) establece que se puede denegar el reconocimiento de un laudo por dos motivos: (i) cuando la autoridad judicial del país donde se pide el reconocimiento compruebe que el objeto de la diferencia no es susceptible de ser arbitrada de acuerdo a la ley de ese país o (ii) cuando el objeto de la diferencia contravenga el orden público de ese ordenamiento[5]. Al igual que la CNY, la Ley Modelo, elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, dispone los mismos motivos para denegar el reconocimiento de un laudo[6].

De esa manera, en el Perú, siguiendo la línea de lo dispuesto en la CNY y la Ley Modelo, se estipula en el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje Peruana (en adelante, LA) el marco normativo de materias que pueden ser susceptibles de ser arbitradas:

> Artículo 2.- Materias susceptibles de arbitraje. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la Ley o los tratados o los acuerdos internacionales autoricen [...] (2008).

Como se observa, al igual que su predecesora (la Ley General de Arbitraje de 1996) la LA emplea como criterio principal la disponibilidad de derechos de libre disposición. En esa línea, Lorca Navarrete y Silguero Stagnan señalan que este criterio implica que

> [l]os términos poder de disposición - libre disposición son [...] **aquellas sobre las que las partes están facultadas para ejercer su autonomía de voluntad con la válida creación, extinción, modificación o configuración de relaciones jurídicas**, esto es, la potestad normativa creadora que, a través del negocio jurídico, expresión de ese poder o libertad y fuente de disposiciones, reglamentaciones o normas privadas, el ordenamiento reconoce y ampara [...], **en tanto no recaiga en materia sustraída a la autorregulación de los particulares, ya de todos, indisponibilidad absoluta** [...] (1994, p. 38) [el énfasis es nuestro].

Asimismo, debe advertirse que la LA contiene una regulación *pro arbitratione* al ampliar el ámbito de materias arbitrables y evitar la enumeración de una lista taxativa de materias no susceptibles de ser arbitradas, esto en vista de que

---

1 Artículo 1 de la Ley Sueca de 1999; artículo 1.676 del Código Judicial Belga y artículo 806 del CPC italiano.

2 Artículo 177 de la Ley Federal Suiza sobre Derecho Internacional Privado de 1987.

3 Artículo 1.030 de la Ley Alemana de arbitraje de 1997.

4 Artículo 1 de la Ley Modelo de Uncitral.

5 Artículo V.-

> […]
>
> 2.También se podrá denegar el reconocimiento y la ejecución de una sentencia arbitral si la autoridad competente del país en que se pide el reconocimiento y la ejecución, comprueba: a) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitraje; o b) Que, según la Ley de ese país, el objeto de la diferencia sea contrario al orden público de ese país (1958).

6 Artículo 36.- Motivos para denegar el reconocimiento o la ejecución

> 1.- Solo se podrá denegar el reconocimiento o la ejecución de un laudo arbitral, cualquiera que sea el país en que se haya dictado: […]
>
> b. cuando el tribunal compruebe: (i) que, según la ley de este Estado, el objeto de la controversia no es susceptible de arbitraje; (ii) que el reconocimiento o la ejecución del laudo serían contrarios al orden público de este Estado (1958).

> [...] si bien la norma fija como marco general la libre disposición, también establece la apertura al arbitraje de aquellas materias que la ley o los tratados autoricen. Lo que lleva a deducir que pueden arbitrarse materias que no son de libre disponibilidad, pero que, por ley o tratado, se faculte su conocimiento y resolución en sede arbitral (Cantuarias Salaverry, Soto Coaguilla & Bullard González, 2011, p.9).

### C. Cuestiones sobre la arbitrabilidad de la libre competencia: orden público y atribución imperativa de jurisdicción

Bajo la denominada

> perspectiva tradicional (hoy superada) se afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público no eran susceptibles de arbitraje, en otros términos, que la aplicación de estas disposiciones estaba reservada a las entidades administrativas y a los jueces como órganos permanentes del aparato administrativo del Estado (Ortiz Baquero, 2010, p. 4).

Por tanto, dada la naturaleza de orden público que se reconocía a las normas de libre competencia, se concluía que su aplicación no podía ser susceptible de ser arbitrada. Es decir, existía una marcada desconfianza respecto al uso del arbitraje en el contexto del derecho de la competencia.

Actualmente, nadie niega que las normas de competencia son normas de orden público. Su naturaleza efectivamente afecta a una serie indefinida de consumidores y competidores, y no solo a un competidor o consumidor particular. Sin embargo, a pesar de que la arbitrabilidad de la libre competencia parezca ser una práctica adoptada por la comunidad internacional y se encuentre materializada en distintas legislaciones, en muchas otras aún no se ha definido el destino de los conflictos respecto de la validez o titularidad de estos derechos.

¿Por qué no existe claridad respecto a la arbitrabilidad de esta materia? La respuesta a esta interrogante la ha resuelto el arbitraje internacional al identificar los elementos básicos bajo los cuales algunas de las legislaciones reconocen la posibilidad de que los árbitros apliquen normas de libre competencia. Estos criterios se dividen en los siguientes: (i) patrimonialidad; (ii) materia disponible; (iii) la no atribución imperativa (también denominada atribución imperativa de jurisdicción); y, (iv) la no contrariedad con el orden público. Respecto del primer elemento, consideramos que no existe mayor debate, puesto que los intereses patrimoniales de los partícipes del mercado son arbitrables. En ese sentido, a continuación, discutiremos los tres últimos elementos.

Como se mencionó, el segundo criterio identifica la arbitrabilidad con la disponibilidad de los derechos toda vez que "esta acepción de arbitrabilidad responde al principio general de que solo las controversias que pueden ser objeto de compromiso por las partes pueden ser sometidas a arbitraje" (Gonzalo Quiroga, 2001, p. 196). En efecto, numerosas legislaciones han seguido este criterio para concretar la materia objeto de arbitraje en sus respectivos sistemas internos[7]. No obstante, consideramos que la disponibilidad debe encontrar como límite, también, al criterio de patrimonialidad y al criterio de orden público, además de la necesidad de identificar si existe o no una atribución imperativa de jurisdicción. Por ello, corresponde analizar estos dos últimos criterios, los cuales han sido más debatidos doctrinaria y jurisprudencialmente.

Evidentemente, el marco regulador que rodea a muchas legislaciones ha optado por calificar a las normas de competencia como normas de orden público (entendido como normas imperativas inarbitrables), pero, además, han atribuido su protección especial y, por tanto, su exclusividad, al manejo de agencias de regulación y control (llámese Indecopi en Perú, SIC en Colombia o CNMC en España). De esta forma, y bajo esta calificación, parecería que un tribunal arbitral no podría observar conflictos vinculados a la libre competencia, cuando ello no necesariamente es cierto.

A fin de entender lo expuesto, es necesario desarrollar algunos puntos históricos referentes al derecho continental y al *common law*. Así, en el *common law* el derecho *antitrust* se originó en primera instancia como un *private enforcement*, a diferencia de los países de derecho continental que se caracterizaron por siempre atribuir el manejo del derecho de competencia a las agencias de regulación y control, siendo esta parte del derecho administrativo sancionador del Estado.

¿Qué genera este último aspecto? Genera una diferencia entre ambas corrientes en relación con el concepto de competencia en el sentido de potestad estatal. Es decir, a diferencia del *common law*, en el derecho continental y las legislaciones que de él provienen, los Estados optaron por atribuir

[7] Entre las cuales se encuentran, a parte de las citadas con anterioridad, el artículo 2.1 de la Ley de Arbitraje Peruana, los artículos 2059 y 2060 del Código Civil Francés, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Brasileña, el artículo 1 de la Ley de Arbitraje Colombiana, entre otras.

la competencia de ciertas materias (entre ellas las normas de competencia) a autoridades de competencia a través de potestades exclusivas, y como consecuencia de ello excluyó de su ejercicio a mecanismos como el arbitraje.

Una vez aclarados los puntos anteriores, consideramos que los principales motivos que evitan que ciertas legislaciones adopten la libre competencia como materia arbitrable son los siguientes: (i) la confusión que existe alrededor del concepto de orden público; y, (ii) la atribución imperativa de jurisdicción en el sentido de potestad exclusiva. A continuación, analizaremos el primer punto, para luego en el capítulo 4, resolver el segundo punto en cuestión.

Ahora bien, no negamos que el concepto de orden público sea de naturaleza amplia y subjetiva; sin embargo, eso no significa que se le deba dar un carácter de **intocable** como lo hacen muchas legislaciones que aún siguen la **perspectiva tradicional**. Por ello, a efectos de este artículo, es necesario entender qué es el orden público y su injerencia en la determinación de la arbitrabilidad de las disputas.

### D. Arbitrabilidad sobre normas de orden público

Como ya se mencionó, el orden público es un concepto amplio y ambiguo que puede prestarse a múltiples interpretaciones. Por ello, en el presente acápite, se intentará responder a las siguientes disyuntivas: (i) qué es el orden público; y, (ii) cuál es su injerencia en la determinación de la arbitrabilidad de las disputas.

Bockstiegel, en un intento por responder lo antes planteado, acertadamente sostiene que este "es un sistema legal no codificado que refleja convicciones y valores intrínsecos de una comunidad" (1987, p. 178). *Grosso modo*, es lo que la comunidad siente como la correcta aplicación de la ley. Además, agrega "que el orden público es relativo, ya que los valores o estándares de una sociedad suelen cambiar y desarrollarse y, por lo tanto, la noción de orden público suele modificarse" (1987, p. 178). En ese sentido, lo que se considera parte del orden público de un Estado, puede no ser igual a otro con una diferente economía, política, religión y sistema legal.

Ello es confirmado por Bullard González, quien afirma que "el orden público está compuesto por un conjunto de reglas [intrínsecas] que las partes, al momento de contratar, no pueden contravenir" (2013, p. 196). Por lo tanto, el concepto de orden público variará dependiendo de cada Estado y será utilizado para designar normas imperativas inderogables por las partes al someterse a un arbitraje. De esta forma, dichas convicciones y valores se preservarán "limitando la autonomía de la voluntad" (Caivano, 2013, p. 67).

Por lo anteriormente expuesto, no podemos considerar que un tribunal arbitral que se pronuncie sobre normas de libre competencia atente contra el orden público en sí. Esto, toda vez que arbitrar sobre ello no afectaría, necesariamente, "las nociones más básicas de moralidad y justicia de una nación" (Bullard González, 2013, p. 197). Al contrario, esto no sucederá, por ejemplo, en el caso de un arbitraje en el que se discute la propiedad de un esclavo o la paternidad de un niño, ya que en este sí se tocan las fibras de moralidad y justicia más básicas de una sociedad. En esos casos, la nulidad o la no ejecución parecen atendibles (2013, p. 199).

En esa misma línea, podemos afirmar que la imperatividad de la norma no implica que la aplicación de esta sea un atentado contra el orden público necesariamente. Sino que, para que se configure ello, debería atentarse contra un sentido moral más arraigado a la sociedad. Así, que algo sea de orden público, si bien puede implicar que algo sea irrenunciable e indisponible por las partes, y que deberá ser observada por quien la aplique, ello de ninguna manera debe significar su no arbitrabilidad automática. En ese sentido, podemos concluir que "los árbitros sí pueden decidir, dependiendo del caso, sobre un asunto de orden público, pero al hacerlo no pueden ir contra el orden público" (Bullard González, 2013, p. 190). Por ello, el análisis de materia de orden público por parte de un árbitro no atenta contra este, sino que solo lo violará el laudo que disponga algo contrario a la ley que aplica.

Ahora bien, incluso si al lector le resulta preocupante los posibles efectos de la arbitrabilidad de normas de orden público, un aspecto a tomar en cuenta sobre la libre competencia es lo dispuesto por la sentencia de *Mitsubishi Motors Corp*. c. *Soler Chrysler-Plymouth* (1985).

En efecto, la Corte indicó que los árbitros podían aplicar una norma de orden público, quedando a salvo la fase de control jurisdiccional del laudo arbitral, que garantizaba la revisión de la aplicación efectiva y correcta de la norma *antitrust*. Y es que las cortes nacionales de Estados Unidos pueden tener una segunda mirada (*second look*) a estos laudos para asegurar que el legítimo interés público ha sido adoptado y protegido por el Tribunal Arbitral (Mereminskaya, 2007, p. 125).

### E. Evolución de la arbitrabilidad de la libre competencia

Como se ha mencionado líneas arriba, la arbitrabilidad de la libre competencia es una doctrina

adoptada por la comunidad internacional. Es decir, existe una tendencia mundial *pro arbitratione* a favor de esta materia. Por esta razón, consideramos pertinente referirnos en este acápite a la evolución de la arbitrabilidad de la libre competencia a partir de la jurisprudencia y legislación del derecho continental (analizando la evolución de la arbitrabilidad de normas de competencia en países como Francia y Suiza) y del *common law*.

1. Derecho Continental

i. Francia

La legislación arbitral está progresivamente caracterizada por un movimiento generalizado *favorem arbitrii* (Racine, 1999, p. 36). Dicho de otro modo, cada vez se utiliza más a la institución arbitral como medio para resolver disputas que versan sobre diferentes tópicos, entre ellos, aquellos que versan sobre libre competencia.

Pese a lo anterior, durante cierto tiempo, la jurisprudencia francesa adoptó una posición limitada. Así, si bien los tribunales arbitrales podían abordar disputas que involucraban *antitrust rules*, estos no tenían el poder de aplicar tales reglas para anular un contrato, toda vez que la disposición contenida en el artículo 2060 del Código Civil francés[8] las consideraba cuestiones de *public policy*.

Esta supuesta limitación condujo al resultado absurdo de evitar la aplicación de las *antitrust rules*. No obstante, no fue sino hasta la década de los 90 cuando el Tribunal de Apelación de París en el caso *Almira Films c. Pierrel y Ganz* (1991) dispuso lo siguiente:

> [...] an arbitrator [...] is entitled to apply principles and rules of [international] public policy and to grant redress in the event that those principles and rules have been disregarded, subject to review by the courts hearing an application to set aside the award [...] as a result, except in cases where the non-arbitrability is a consequence of the subject-matter of the dispute in that it is subject to a rule of international public policy which absolutely excludes the jurisdiction of the arbitrators – an international arbitrator, whose functions include ensuring that international public policy is complied with, is entitled to sanction conduct which is contrary to the good faith required in relationships between partners in international trade[9].

Esta línea jurisprudencial, posteriormente, fue confirmada en el caso *Société Labinal c. Sociétés Mors et Westland* (1993). Dicho caso, tuvo como hecho la constitución de una empresa conjunta entre las empresas Mors y Westland a fin de competir de manera más eficiente con la empresa Labinal. Así, la relación contractual estuvo sometida a la Ley suiza e incluyó un acuerdo de arbitraje ante la CCI. El conflicto se originó cuando la empresa Mors acusó a Westland de tratar de llegar a acuerdos separados con Labinal pese a su acuerdo original.

De esta manera, la empresa Mors decidió demandar a ambas compañías ante el Tribunal de Comercio de París. Al respecto, el Tribunal de Comercio si bien consideró, en primera instancia, que el contrato era nulo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 85[10] del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (en adelante, TFUE), es decir, la materia no era arbitrable en tanto el artículo que resolvía el conflicto era una norma de competencia; la Cour d'appel de París revocó esta decisión y concluyó:

> [I]f the character of law of economic policy of the EC competition law prohibits arbitrators from pronouncing injunctions or levying fines, **they may nonetheless draw the civil conse-**

[8] Dicho artículo menciona lo siguiente:

> On ne peut compromettre sur les questions d'état et de capacité des personnes, sur celles relatives au divorce et à la séparation de corps ou sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics et plus généralement dans toutes les matières qui intéressent l'ordre public.

Cuya traducción sería la siguiente:

> No se puede transigir en cuestiones relativas a la condición y la capacidad de las personas, en las relacionadas con el divorcio y la separación judicial o en las controversias que afectan a las autoridades y las instituciones públicas y, más en general, en todos los asuntos relacionados con el orden público.

[9] Traducción libre:

> [...] un árbitro [...] tiene derecho a aplicar los principios y normas del orden público [internacional] y a conceder una reparación en caso de que esos principios y normas hayan sido ignorados, esto, con sujeción a la revisión por los tribunales que conocen de una solicitud de anulación del laudo [...] como resultado, salvo en los casos en que la no arbitrabilidad sea consecuencia del objeto de la controversia en el sentido de que está sujeta a una norma de política pública internacional que excluye absolutamente la jurisdicción de los árbitros – un árbitro internacional, cuyas funciones incluyen garantizar que se cumple la política pública internacional, tiene derecho a una sanción que es de buena fe requerida en las relaciones socios entre el comercio internacional.

[10] Actualmente, artículo 101 del TFUE.

> **quences of behaviours judged to be illicit with respect to public policy rules** (1993)[11] [el énfasis es nuestro].

Es importante señalar en este punto que, según doctrina autorizada, la evolución manifestada en el caso Labinal se habría inspirado en la sentencia de *Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc*. No cabe duda alguna que su rol como precursor en el establecimiento de la regla de arbitrabilidad fue vital, no solo en Estados Unidos, sino también a nivel europeo. Y es que como señaló el Tribunal de Apelación:

> **Everything is arbitrable**. The arbitrator can assess the dispute and apply rules of international public policy under the control of its natural judge, the judge having jurisdiction to vacate the award. It is very likely that the Court of Paris inspired itself of the case law of the US Supreme Court in Mitsubishi by deciding to make a principle out of the rule of arbitrability, and to limit non-arbitrability to those rules which interest too strongly the fundamental interests of the collectivity[12] (Mourre, 2011, p. 38) [el énfasis es nuestro].

Desde entonces, el principio de arbitrabilidad sobre normas de competencia nunca más ha sido cuestionado entre los tribunales franceses.

ii. Suiza

Suiza fue una de las primeras legislaciones que permitió arbitrar sobre normas de libre competencia. En 1975, una sentencia del Tribunal Cantonal Vaudois sostuvo que una disputa sobre la validez de un contrato bajo el Artículo 85 del TFUE era susceptible de ser arbitrada. El Tribunal basó su decisión al distinguir entre la naturaleza del arbitraje (una disputa sobre un derecho que las partes pueden disponer libremente), y las reglas legales que son aplicables a la solución de la disputa. Si bien esta decisión fue impugnada, el Tribunal Federal Suizo sostuvo que

> Neither Art. 85 of the Treaty nor its Regulation of implementation 17 prohibit the national judge or the arbitrator before which a dispute relating to the parties' accounts in respect to the performance of a contract is brought, from examining the validity of [said contract]. From that perspective, the risk of conflicting decisions is not determinative, nor is the risk that the award will not receive exequatur. **The assessment by arbitrators of the validity of contracts under the profile of Community law is necessary to avoid decisions contrary to said law**[13] (Mourre, 2011, p. 40) [el énfasis es nuestro].

Este tipo de reconocimientos se tradujo en el artículo 18 de la Ley Federal suiza sobre cárteles de 1985 (se mantiene en la ley de 1995) toda vez que establece de manera expresa la arbitrabilidad de las materias de derecho de la competencia para la nulidad de acuerdos **cárteles** internacionales[14].

iii. Admisión general de la arbitrabilidad en el derecho continental

Hasta este punto de análisis hemos demostrado la evolución histórica *pro arbitratione* de las normas de competencia en la Unión Europea. No obstante, es pertinente referirnos en concreto a un precedente jurisprudencial y a legislación relevante que rozan el tema en análisis.

a) Sentencia del Asunto C-126/97*: Eco Swiss China Time Ltd* c. *Benetton International NV*.

A diferencia del *common law*, si bien la arbitrabilidad de controversias que involucran materias de competencia no había sido admitida explíci-

[11] Traducción libre:

> A pesar de que el carácter de la ley de política económica de la legislación comunitaria en materia de competencia prohíbe a los árbitros pronunciar mandamientos judiciales o cobrar multas, estos, pueden extraer las consecuencias civiles de comportamientos considerados ilícitos con respecto a las normas de política pública.

[12] Traducción libre:

> **Todo es arbitrable**. El árbitro puede evaluar la disputa y aplicar las reglas de la política pública internacional bajo el control de su juez natural, el juez que tiene jurisdicción para anular el laudo. Es muy probable que el Tribunal de París se haya inspirado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos sobre el caso Mitsubishi al decidir establecer un principio de la regla de la arbitrabilidad, y limitar la no arbitrabilidad a aquellas normas que interesen demasiado fuertemente los intereses fundamentales de la colectividad.

[13] Traducción libre:

> Ni el art. 85 del Tratado ni su Reglamento de aplicación 17 prohíben al juez nacional o al árbitro, ante el que se presenta una controversia relativa a las cuentas de las partes con respecto a la ejecución de un contrato, examinar la validez de [dicho contrato]. Desde esta perspectiva, el riesgo de decisiones contradictorias no es determinante, ni el riesgo de que el laudo no reciba exequatur. **Así, La apreciación por parte de los árbitros de la validez de los contratos bajo el perfil del Derecho comunitario es necesaria para evitar decisiones contrarias a dicha ley**.

[14] Al respecto, veáse a Baron, P., & Liniger, S. (2003).

tamente por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), esta se ha inferido del fallo del TJUE en el asunto *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV* en 1999 (en adelante, Eco Swiss).

El caso Eco Swiss tiene como hechos la celebración de un contrato de licencia por ocho años entre Benetton, Eco Swiss y Bulova Inc., mediante el cual Benetton concedía a Eco Swiss el derecho a fabricar relojes y relojes de pulsera con la mención **Benetton by Bulova**, que, a continuación, podían vender Eco Swiss y Bulova Inc. El contrato de licencia estipulaba, en el artículo 26.A, que todo litigio o diferencia entre las partes se dirimiría mediante arbitraje de acuerdo con las normas del Instituto neerlandés de Arbitraje y que los árbitros designados aplicarán el derecho neerlandés.

Por medio de una carta, Benetton terminó resolviendo el contrato tres años antes de que concluyera la vigencia inicialmente acordada, por lo que las empresas contrapartes iniciaron un procedimiento arbitral respecto a esta resolución.

El laudo arbitral resolvió, en particular, condenar a Benetton a indemnizar a Eco Swiss y a Bulova Inc. por los perjuicios que éstas habían sufrido a consecuencia de la resolución del contrato. No obstante, Benetton solicitó al Rechtbank (Tribunal de Justicia) la anulación de los laudos alegando, en particular, porque estos eran contrarios al orden público basándose en el artículo 85 del TFUE (actualmente, artículo 101 del TFUE), pese a que, en el marco del procedimiento arbitral, ni las partes ni los árbitros se habían referido a la posibilidad de que el contrato de licencia fuera contrario a esta disposición.

Al respecto, el Tribunal reconoció que si bien la normativa de libre competencia (específicamente al artículo 101 del TFUE) tenía el carácter de normas de orden público según la definición del artículo V inciso 2.b) de la CNY, la aplicación de estas no transformaban una materia en inarbitrable. Asimismo, determinó que los tribunales arbitrales (en la medida que estaban constituidos a la luz de las reglas de los Estados Miembro de la UE) contaban con el deber de aplicar las normas de libre competencia, arriesgando la declaración de nulidad del laudo en caso de no hacerlo.

Un órgano jurisdiccional nacional al que se ha presentado un recurso de anulación de un laudo arbitral debe estimarlo cuando considere que el laudo es efectivamente contrario al artículo 81 del Tratado, si conforme a las normas procesales internas debe estimar un recurso de anulación basado en el incumplimiento de normas nacionales de orden público.

b) Reglamento 1/ 2003 de la Unión Europea

La legislación continental moderna no contradice en lo absoluto la admisión general de la arbitrabilidad de normas de competencia. Y es que si bien el Reglamento 1/2003 de la Unión Europea no hace ninguna referencia expresa al arbitraje, "amplía la competencia de los tribunales nacionales al otorgarles la facultad de conceder exenciones individuales" (Mourre, 2011, p. 19) de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101.3 del TFUE[15] (uso de normas de competencia)[16].

En ese sentido, es importante señalar que el artículo 101.1 del TFUE prohíbe los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común; el apartado 2 del citado artículo sanciona con nulidad de pleno derecho la infracción de la prohibición y el apartado 3 admite la derogación de la prohibición del apartado 1, siempre que se cumplan todos los requisitos, positivos y negativos, que el mismo recoge. En ese sentido, hoy en día, la facultad de usar estas exenciones ya no es una prerrogativa exclusiva de la Comisión; por el contrario, puede y debe ser usada por cualquier tribunal arbitral de un Estado miembro de la Unión Europea.

c) Directiva 2014/104/UE

En línea con lo expuesto anteriormente, la Directiva 2014/104/UE tiene una significativa importancia, pues se caracteriza por fundamentar el uso de

[15] Artículo 101.- [...]

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: (i) cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, (ii) cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, (iii) cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

[16] Anteriormente, estas exenciones individuales eran una prerrogativa exclusiva de la Comisión.

mecanismos alternativos de solución de conflictos, al indicar que

> [...] se debe animar a los infractores y las partes perjudicadas a que se pongan de acuerdo sobre una indemnización por el perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia **a través de mecanismos de solución extrajudicial de controversias, tales como** [...] **el arbitraje, la mediación o la conciliación** (pár. 48) [el énfasis es nuestro].

A pesar de que su limitado desarrollo sobre el uso del arbitraje como mecanismo alternativo de conflictos es corto, esta ha servido como base para futuros pronunciamientos del Tribunal.

2. *Common Law*

i. Estados Unidos de Norte América

A pesar de existir diferentes aproximaciones a la adopción de la arbitrabilidad de materias que se relacionan con políticas públicas,

> la arbitrabilidad de las cuestiones de derecho de la competencia es un *fait accompli*. Tanto en los Estados Unidos como en Europa, los tribunales locales respondieron afirmativamente a la cuestión de si las disputas sobre la ley de competencia pueden resolverse mediante arbitraje (Blanke & Nazzini, 2008, p. 15).

Al igual que en Europa, en Estados Unidos se pasó de sostenerse que la arbitrabilidad de la libre competencia **no era un asunto de índole privada**[17], puesto que **la libre competencia afecta a miles, incluso millones de personas**, a ser una vía común de resolver disputas de materia económica a partir del emblemático caso Mitsubishi. Así, la Corte Suprema en este último caso sostuvo lo siguiente:

> **[A]s international trade has expanded in recent decades, so too has the use of international arbitration to resolve disputes arising during that trade**. The controversies that international arbitral institutions are called upon to resolve have increased in diversity as well as in complexity; **yet the potential of these tribunals for efficient disposition of legal disagreements arising from commercial relations has not yet been tested**. If they are to take a central place in the international legal order, national courts will need to shake off the old judicial hostility to arbitration, and also their customary and understandable unwillingness to cede jurisdiction of a claim arising under domestic law to a foreign or transnational tribunal[18] (Mourre, 2011, p. 24) [el énfasis es nuestro].

La Corte Suprema basó este razonamiento en el hecho de que los tribunales arbitrales tienen suficiente capacidad y especialidad para deliberar asuntos en los que hubiese desacuerdos legales producto de relaciones comerciales en el marco de la libre competencia. Si bien al día de hoy no cabe duda que el arbitraje tiene la virtud de seleccionar un árbitro conociendo cual es el tema a tratar y también usar testigos expertos que pueden echar luz sobre los temas, la problemática que se discutió en EE.UU. se basó fundamentalmente en la invocación de consideraciones como las siguientes: (i) el interés general; (ii) el posible involucramiento de terceros; y, (iii) el hecho de que los árbitros puedan no tener los mismos medios que los tribunales estatales para reunir evidencia de violaciones a la libre competencia. Así, el razonamiento tras una decisión resultaba cuestionable, toda vez que cualquier disputa en la cual se ponía en duda la validez de un contrato que contravenía el *Sherman Act* tenía que ser llevado a una Corte.

Mientras eso sucedía, el tribunal arbitral designado para dirimir la controversia tenía que suspender el arbitraje, lo cual desencadenaba en lo siguiente: (i) la paralización del arbitraje terminaría favoreciendo al litigante de mala fe; (ii) se debilitaría la implementación de las reglas que protegen la libre competencia al permitir que se paralice el arbitraje; y, (iii) que la decisión del incumplimiento normativo se retrasaría hasta el pronunciamiento de una corte local (Mourre, 2011). En vista de estas consecuencias, la decisión de la Corte dilucidó el problema al señalar lo siguiente:

> The mere appearance of an antitrust dispute does not alone warrant invalidation of the selected forum on the undemonstrated assump-

[17] Véase la Sentencia *American Safety c. McGuire*.

[18] Traducción libre:

> El comercio internacional se ha expandido en las últimas décadas, al igual que el uso del arbitraje internacional para resolver las controversias que surjan en el curso de ese comercio. Las controversias que las instituciones arbitrales internacionales están llamadas a resolver han aumentado tanto en diversidad como en complejidad; sin embargo, el potencial de estos tribunales para la disposición eficiente de los desacuerdos jurídicos derivados de las relaciones comerciales aún no ha sido probado. Si van a ocupar un lugar central en el ordenamiento jurídico internacional, los tribunales nacionales tendrán que sacudirse la antigua hostilidad judicial al arbitraje, y también su habitual y comprensible falta de voluntad para ceder la jurisdicción de una demanda que surja en virtud del derecho interno a un tribunal extranjero o transnacional.

> tion that the arbitration clause is tainted. [...] **Potential complexity should not suffice to ward off arbitration. [...] We also reject the proposition that an arbitration panel will pose too great a danger of innate hostility to the constraints on business conduct that antitrust law imposes** [...][19] (p. 27) [el énfasis es nuestro].

A partir de lo anteriormente expuesto, es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial y doctrinal que defiende la arbitrabilidad de la libre competencia y que tuvo como punto de origen la confianza de la Corte Suprema en que los árbitros aplicarán correctamente las reglas de la libre competencia al caso sobre el que emitirán un laudo, con lo cual –hoy en día– es impensable invocar como justificación que la materia arbitrable es muy compleja para dicho mecanismo.

Como lo anunciamos desde un principio, la **perspectiva tradicional** que afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público no eran susceptibles de arbitraje se encuentran hoy superadas por la comunidad internacional. Es un hecho que la evolución de la arbitrabilidad de la libre competencia es una tendencia global que debe ser incluida por todos los Estados que buscan convertirse en sede de arbitrajes internacionales. Debemos dejar atrás el concepto del **intocable** orden público a fin de avanzar hacia una institución arbitral más moderna y eficiente.

## III. ALCANCE DEL ARBITRAJE RESPECTO DE CUESTIONES SOBRE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como se ha explicado, los tribunales arbitrales pueden resolver cuestiones sobre el derecho de la competencia toda vez que estas no afectan, necesariamente, la noción de orden público. En ese sentido, es menester del presente artículo precisar cuándo se puede o no producir este tipo de arbitrajes. Así, se señalará por qué en la mayoría de los casos se arbitrará sobre cuestiones contractuales, cuál es el tipo de aplicación de las normas de libre competencia en los arbitrajes y qué materias de libre competencia suelen ser analizadas de modo que el orden público no se vea vulnerado.

### A. Alcance del acuerdo arbitral:

El acuerdo arbitral[20] "es un contrato por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje" (González de Cossío, 2004, p. 56). En ese sentido, las partes podrán acudir a arbitraje si y solo si existe este acto jurídico. Así, un acuerdo arbitral puede presentarse en dos supuestos específicos. En el primero de ellos, como cláusula arbitral incluida dentro de un contrato o múltiples contratos conexos[21]; en el segundo, como un pacto entre dos partes (no vinculadas) que enfrentan una disputa y deciden renunciar a la jurisdicción ordinaria.

La Ley Modelo regula la figura del acuerdo arbitral y dispone en su artículo 7, tres requisitos esenciales que este debe contener: (i) que conste por escrito[22]; (ii) que las diferencias que puedan surgir o hayan surgido sean de una relación jurídica que se quiera arbitrar; y, (iii) que la materia sea arbitrable. No obstante, si bien se necesita que se presenten los tres requisitos expuestos para determinar la validez de una cláusula arbitral, para efectos del presente artículo solo analizaremos el segundo de ellos, toda vez que hace referencia a cuáles serán las controversias que se podrán resolver a través del arbitraje.

La LA, al igual que otras legislaciones modernas que siguen la Ley Modelo, mantiene la misma línea de la CNY. Así, en su artículo 13 inciso i) se señala lo siguiente:

> El convenio arbitral es un acuerdo por el que las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto **de una determinada relación jurídica contractual o de otra naturaleza** (1985) [el énfasis es nuestro]**.**

---

[19] Traducción libre:

> La mera apariencia de una disputa antimonopolio no justifica por sí sola la invalidación del foro seleccionado bajo el supuesto no demostrado de que la cláusula de arbitraje está contaminada. (...) **La complejidad potencial no debería ser suficiente para evitar el arbitraje. (...) También rechazamos la tesis de que un panel de arbitraje representará un peligro demasiado grande de hostilidad innata a las restricciones a la conducta empresarial que impone la ley antimonopolio.**

[20] De acuerdo con la legislación de cada país, este concepto adopta distintos nombres y regulaciones como convenio arbitral, acuerdo arbitral, entre otros.

[21] Para más información sobre el convenio arbitral en múltiples contratos véase a Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2017).

[22] Es importante señalar que el inciso 3) del artículo 7 señala que "[s]e entenderá que el acuerdo de arbitraje es escrito cuando quede constancia de su contenido en cualquier forma, ya sea que el acuerdo de arbitraje o contrato se haya concertado verbalmente, mediante la ejecución de ciertos actos o por cualquier otro medio". Por tanto, no es necesario que la cláusula arbitral se encuentre redactada en el contrato para que se considere que se encuentra escrita.

Como se puede apreciar, el estándar que ambos cuerpos normativos aplican es uno en donde la controversia sobre responsabilidad civil puede surgir tanto de una relación jurídica contractual como de una extracontractual, siempre que esta esté contenida y limitada en el acuerdo de las partes.

No obstante, es importante analizar en qué tipos de controversias surgen o pueden surgir cuestiones jurídicas que se puedan dirimir en procedimientos arbitrales. En ese sentido, consideramos poco valioso referirnos a arbitrajes que versen sobre relaciones jurídicas extracontractuales. Este aspecto, toda vez que una mirada atenta a esta cuestión nos debe hacer considerar que no cabe esperar que se planteen cuestiones en donde una parte, que tiene mayor probabilidad de perder, tenga incentivos para acudir a un mecanismo de solución de controversias con mayor eficiencia y mayor valor económico como lo es la institución arbitral. Por el contrario, buscará acudir a la ya masificada jurisdicción ordinaria esperando una decisión tardía y favorable.

Caso contrario sucede en las controversias que surgen de una relación jurídica entre dos partes. Como bien señala Igartua,

> […] las cuestiones de Derecho de la Competencia que se verán en un arbitraje serán cuestiones que surgen en el marco de una relación existente entre empresarios plasmada en un contrato **que prevé** una cláusula de sumisión a arbitraje. **En la inmensa mayoría de los casos se tratará de disputas de tipo contractual** (2011, p. 269) [el énfasis es nuestro].

Por tanto, las controversias –materia de discusión– que se puedan dirimir en procedimientos arbitrales serán aquellas que deriven de un contrato y que hayan sido previstas por las partes. Así, por ejemplo, el tribunal arbitral analizará cuestiones relacionadas sobre la validez de actos y negocios jurídicos y la responsabilidad civil por la inejecución de obligaciones que concurran en conductas anticompetitivas.

Esta posibilidad, a su vez, es compatible con la doctrina y la Constitución peruana. Como se sabe, la Carta Magna reconoce al arbitraje como una jurisdicción en la que los árbitros ejercen las mismas funciones que los jueces; por tanto, nada impediría que estos ejerzan las mismas funciones dentro de lo que les es aplicable. De ese modo, para "determinar las responsabilidades civiles en el ámbito contractual, es necesario determinar la legalidad de la actuación de las partes, incluyendo la legalidad en el marco de las leyes de libre competencia y nulidad de actos jurídicos" (Ortiz Baquero, 2010, p. 29).

En ese sentido, el Tribunal Arbitral podrá pronunciarse y laudar sobre aquellas controversias que surjan de una relación jurídica contractual y que tengan como medio dirimitorio un acuerdo arbitral. En esa misma línea, es menester señalar cuales son las cuestiones de la libre competencia que podrán ser sometidas a arbitraje de acuerdo con relaciones jurídicas contractuales.

### B. Aplicación del derecho de la competencia en los arbitrajes

Un mercado competitivo (también denominado mercado perfectamente competitivo) presenta en particular cinco características: (i) existen muchos compradores y vendedores en el mercado; (ii) los bienes ofrecidos por los diversos vendedores son homogéneos; (iii) hay libre entrada y salida del mercado; (iv) los consumidores conocen los precios y atributos de todos los productos, es decir existe información perfecta (Mankiw, 2012, p. 280); y, (v) ningún vendedor ni comprador tiene por sí solo la capacidad de influir en el precio de mercado; es decir, son tomadores de precios. Pese a lo anterior, estas características no suelen concurrir en la práctica.

La ausencia de estas características presenta diferentes justificaciones; sin embargo, su ausencia no es suficiente para afirmar que, frente a ello, no exista eficiencia en el mercado. Ejemplo de ello son los monopolios naturales toda vez que, debido a los costos de producción del bien u externalidades, la existencia de una única empresa logra mayor eficiencia que muchas de ellas (Mankiw, 2012, p. 280). Sin embargo, el presente artículo –debido a su naturaleza– se centrará solo en aquellos mercados que, frente a la ausencia de estas características, no logran conseguir una maximización de eficiencia y bienestar en las empresas y los consumidores, respectivamente.

En ese sentido, como bien señala la doctrina autorizada,

> [a]nte la ausencia de [algunas de] estas características, las empresas […] se encuentran en capacidad de fijar las condiciones de venta de modo unilateral o conjuntamente entre ellas, sin que la competencia sea un elemento que discipline su comportamiento (Quintana Sánchez, 2013, p.15).

En estas situaciones se señala que las empresas cuentan con un importante poder de mercado que les permite neutralizar o impedir la libre competencia.

Por esta razón, las autoridades que defienden el derecho de la competencia buscan investigar, y

cuando corresponde, sancionar aquellas conductas anticompetitivas que se produzcan a partir del abuso del poder de mercado de una empresa (Monti, 2007, p. 159) con el fin de excluir ilegalmente a los competidores, así como aquellas acciones coordinadas, mediante acuerdos, pactos o contratos, entre competidores o agentes económicos que buscan suprimir o falsear la competencia, a través de prácticas colusorias horizontales o verticales (Quintana Sánchez, 2013, p. 11). Ahora bien, cabe señalar que incluso, salvo en aquellos casos cubiertos por la regla del *minimis* (Laurila, 1993, pp. 97-104), criterio utilizado en algunas jurisdicciones, podría no ser necesario acreditar que existe poder de mercado para que este actuar sea considerado *per se* cómo anticompetitivo, como ocurre en el ordenamiento peruano[23].

Es así que, para sancionar dichas conductas anticompetitivas, el derecho de la competencia manifiesta su aplicación en el ámbito público y privado. Ahora, si bien la aplicación pública es la más conocida y desarrollada por la legislación y jurisprudencia, la misma no será foco de análisis, por ahora, debido a que su aplicación es exclusiva de órganos estatales[24]. Esta aplicación *ius puniendi* se da a través de procedimientos administrativos en los que se sanciona a una persona natural o jurídica que haya cometido una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, la aplicación privada se "refiere a los límites que las personas naturales y jurídicas pueden hacer con su propiedad y que tipos de contratos pueden celebrar que afecten a la competencia" (Palacios Lleras, 2013, p. 87). Así, el derecho de la competencia "forma parte del derecho privado, toda vez que trata tres categorías fundamentales de este, como lo son los contratos, la propiedad y la responsabilidad civil" (2013, p. 87). En ese sentido, **la aplicación privada de la competencia buscará proteger a particulares que se vean afectados por conductas anticompetitivas**, independientemente de las sanciones administrativas que puedan imponerse a dicha conducta.

En ese orden de ideas, como ya se ha señalado, el tribunal arbitral, teniendo como límite el convenio arbitral, solo podrá resolver controversias que surjan de una relación jurídica contractual entre partes. De esta manera, si el tribunal arbitral necesitara analizar cuestiones de libre competencia debido a que es parte del análisis para la determinación de una consecuencia civil, deberá aplicar el derecho de competencia en su ámbito privado y no el público, en tanto solo determinará conductas anticompetitivas para la relación *inter partes* y sin posibilidad de extenderla a otros actores. Tal y como señala Ortiz Baquero,

> [...] Surgió así el sistema de **aplicación privada del derecho antitrust** o la aplicación judicial de las normas de libre competencia, en virtud de la cual las partes pueden solicitar al juez competente **la aplicación directa e inmediata de esta normativa y consecuencialmente la declaración de los efectos civiles que se derivan de su incumplimiento**, sin que resulte necesario un trámite y una decisión administrativa de carácter previo (2008, p. 7) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, cuando se suscite un conflicto de índole privada entre partes producto de una presunta afectación a la competencia, los árbitros ejercerán la aplicación privada de las normas del derecho de la competencia para resolver dicha disputa. En tanto la decisión solo refiere a las partes, esta no invadirá la esfera pública, sobre la cual corresponde un pronunciamiento de las autoridades nacionales de competencia, en el ejercicio de su *ius puniendi*. Es más, es imprescindible que los árbitros se pronuncien sobre la aplicación de estas normas de orden público (en el caso en concreto en vista de que, sin su análisis, no se podrían determinar consecuencias civiles entre las partes).

En esa misma línea, diversos pronunciamientos han respaldado dicha postura. Una de las más importantes es *Auvinet S.A. c. Sacomi y Poirier*[25], mediante la cual la Corte de Apelaciones de Rennes determinó que dicha controversia era arbitrable. Ello, en vista de que su objeto era la reparación de perjuicios derivados de la violación de una cláusula contractual, a pesar de que dicha norma verse sobre la libre competencia, materia que responde al orden público y no a normas sobre materia civil.

### C. Contratos que versan sobre competencia

Para un mejor entendimiento de este tipo de controversias, es importante señalar qué conductas anticompetitivas, de acuerdo con sus características, analizarán los árbitros. La libre competencia se subdivide en dos ejes centrales: el control de conductas y el control de estructuras. El primero se manifiesta en normas que sancionan conductas

[23] Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales.

[24] En Perú, la aplicación de las normas de competencia le corresponden al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección al Consumidor (en adelante, Indecopi) de acuerdo con el Decreto Legislativo 1033.

[25] Sentencia del 26 de septiembre de 1984 *Auvinet S.A. c. S.A. Sacomi et Poirier* por la Cour d'appel de Rennes.

anticompetitivas *ex post;* y, el segundo, en el análisis previo a autorizar una concentración de empresas con el fin de evitar efectos negativos en el mercado (Quintana Sánchez, 2013, p. 17).

1. Control de estructuras

La aplicación privada del derecho de la competencia solo puede versar sobre el control de conductas, puesto que no puede existir reclamo alguno sobre una conducta anticompetitiva que no se haya producido. Sin embargo, el procedimiento de control de concentraciones origina el nacimiento de obligaciones contractuales que, en los últimos años, se han enmarcado en contratos con cláusulas arbitrales. Un ejemplo de ello son las *ancillary restraints*. Este tipo de cláusulas, de acuerdo con el Glossary of terms used in EU Competition Policy (p. 5), refiere a restricciones a las partes que han pactado acuerdo de concentración que son necesarias para el desarrollo de la operación; por ejemplo, una cláusula de no competencia entre empresas que buscan fusionarse.

De esta manera, las empresas han agregado cláusulas arbitrales a este tipo de contratos con el fin de que, en caso exista algún problema en la ejecución o incumplimiento, sea un tribunal arbitral quien decida sobre dicha cuestión. En ese sentido, si bien el control de concentraciones no es un procedimiento que pueda ser resuelto por un Tribunal Arbitral por las razones ya mencionadas, no es un área en donde los árbitros no puedan no participación a través de contratos que contienen *ancillary restraints* y responden, únicamente, a una relación civil.

2. Control de conductas

Por otro lado, siguiendo el mismo análisis, podemos concluir que, solo son arbitrables las conductas anticompetitivas que se manifiestan en relaciones contractuales, debido a que estas son materias de ser susceptibles de ser arbitradas. Estas conductas recogen los acuerdos colusorios y el abuso de posición de dominio; ambas manifestaciones del control de conductas (Velasco, Alonso, Echebarría, Herrero & Gutiérrez, 2011).

De tal forma, es importante señalar a qué refieren estas conductas anticompetitivas. En primer lugar, las conductas colusorias son entendidas como todos aquellos acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia[26]. Por otro lado, existe abuso de posición de dominio cuando un agente económico, que ostenta una posición dominante en el mercado relevante, utiliza esta situación para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos[27]. En ese sentido, los árbitros solo podrán analizar estos dos tipos de conductas anticompetitivas en cualquiera de sus distintas formas.

Sobre las conductas colusorias, es menester alertar su particularidad como conducta anticompetitiva arbitrable. No resulta probable que un conflicto provocado por una conducta anticompetitiva, que no tiene origen contractual, sea sometido a la sede arbitral, puesto que los actores que buscan coludir no tendrían incentivos para pactarlo a través de un contrato formal, pues de hacerlo, sería nulo por contravenir las normas de libre competencia[28] y su detección sería bastante rápida. Sin embargo, existe un único supuesto en el que se puede acudir al arbitraje frente a un supuesto de acuerdo colusorio.

Este supuesto se configura a partir de la existencia de empresas que se encuentran relacionadas contractualmente (por ejemplo, una es proveedora de otra) y una de las partes forma parte de un cartel con otro competidor. A partir de ello, el actor que no forma parte del cartel podría buscar ser indemnizado a través de la vía arbitral por los daños que le produce el cártel. Pese a ello, este planteamiento tiene ciertas limitaciones.

En Cartel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA[29] (2015), el TJUE estimó que la cláusula arbitral en cuestión debía interpretarse en el marco de algo **razonablemente previsible** y que, esta debería tener conexión con la relación contractual. Esto implica que, de invocarse una cláusula arbitral, si

> [...] no [es] razonablemente previsible para la empresa perjudicada cuando dio su consentimiento a esa cláusula, pues desconocía en ese

[26] Artículo 11 y 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[27] Artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

[28] Por ejemplo, en el laudo final del Caso CCI 14046, la discusión se centró en el incumplimiento de una cláusula de no competencia contenida en un contrato de compraventa. Al considerarse que esta contravenía el derecho de la libre competencia en Italia, fue declarado nulo.

[29] Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2015). CDC Peróxido de Hidrógeno http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164350&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5055978

> momento el cártel ilícito en el que participaba la otra parte contratante, no se puede considerar que ese litigio tenga su origen en las relaciones contractuales. Por tanto, la referida cláusula no excluiría válidamente la competencia del tribunal remitente (párr. 70).

Dicho de otra manera, no es posible someter a arbitraje controversias que no fueron previstas al momento de pactar la cláusula arbitral. Por eso, en línea con lo que señaló el Tribunal, podemos afirmar que

> […] una cláusula que se refiere en abstracto a las controversias que surjan en las relaciones contractuales no abarca una controversia acerca de la responsabilidad delictual en la que hubiera incurrido supuestamente una parte contratante a causa de su conducta en el ámbito de un cártel ilícito (2015, párr. 69).

Con ello, en el caso en cuestión, la parte que se vio perjudicada como consecuencia del cártel no tendría como haber previsto la existencia de dicha conducta anticompetitiva y, que a partir de ello, se generaría un perjuicio económico. Por tanto, consideramos que, para que dicho comportamiento pueda ser sometido a la vía arbitral, sería necesario pactar de manera explícita en la cláusula arbitral que, frente al involucramiento de una de las partes en una conducta anticompetitiva, se podría solicitar una indemnización por los daños que esta produzca.

Por otro lado, respecto a las conductas relacionadas con el abuso de posición de dominio, su arbitrabilidad es mucho más evidente. Esto, toda vez que, dicha conducta suele manifestarse (cuando existe una relación comercial) en la creación o incumplimiento de obligaciones contractuales como podría ocurrir, por ejemplo, a través de un estrechamiento de márgenes o una limitación a la producción de una empresa.

Un ejemplo de ello es el caso *Cementos Hércules c. Cementos Andino* en Colombia. En el proceso se presentó una demanda de reconvención mediante la cual se solicitó la declaratoria de nulidad absoluta por objeto ilícito de una cláusula de compraventa de activos fijos. Esto, a la luz de que estaba prohibida la venta de cemento o *clinquer* durante diez años en Guanentina, así como de Cemento Oil Well durante cinco años en todo el país. Así, el Tribunal consideró que esta prohibición afectaba la libre competencia, al limitar la capacidad de producción empresarial de Cementos Andino. Por ello, estimó declarar la nulidad de la cláusula referida y "si bien su producción era pequeña, tenía derecho a que su libertad empresarial no fuera coartada en el escenario de la libre competencia económica" (Perilla Castro, 2015, p. 198). En ese sentido, esta prohibición configura un abuso de posición de dominio toda vez que impone una condición de venta en la capacidad de producción empresarial de Cementos Andino.

## IV. APROXIMACIONES A LA ARBITRABILIDAD DE LA LIBRE COMPETENCIA EN PERÚ

Por último, el presente capítulo busca aterrizar los conceptos antes mencionados a fin de que podamos analizar el *status quo* del Perú respecto a los arbitrajes que versan sobre libre competencia, a fin de responder si existen problemas para el desarrollo de este tipo de arbitraje.

Si bien la LA es una de las leyes arbitrales más modernas de la región, las seguridades y garantías a las que se refiere esta norma se extienden a resoluciones judiciales y administrativas. En ese sentido, en su estabilidad jurídica encontramos tres importantes problemas que no permiten un correcto desarrollo del arbitraje de la libre competencia en nuestro país.

### A. Cuestiones sobre la atribución imperativa al Indecopi

Acápites arriba advertimos la falta de claridad que existe en algunas legislaciones para permitir la arbitrabilidad de las normas de libre competencia. Entre estas causas identificamos a la atribución imperativa de jurisdicción como un límite a este ejercicio. En ese sentido, antes de iniciar el análisis que nos compete, consideramos importante identificar las potestades que goza la autoridad de competencia peruana a fin de determinar si ésta prohíbe o excluye al arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos respecto de normas de competencia.

De esta manera, importa observar los artículos 2, 18 y 25 del Decreto Legislativo 1033 (en adelante, DL 1033) el cual sustituyó al Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), con el fin de consolidar el fortalecimiento institucional del Indecopi. En esa línea, el artículo 2 (4) del DL 1033 dispone lo siguiente:

> Artículo 2.- Funciones del Indecopi
>
> El Indecopi es el organismo autónomo encargado de: […]
>
> b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y deslea-

> les y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva [...] (2008).

De la literalidad del artículo se desprenden cuatro posibles potestades que goza el Indecopi, estas son la defensa, la sanción, la cautela y, además, la investigación. A ello debemos agregar que el fin de la autoridad de competencia siempre tendrá como justificación el interés general y el orden público económico. No obstante, es necesario relacionar estas potestades con lo dispuesto por el artículo 24 del mismo cuerpo legal, referente a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión de Defensa):

> Artículo 24.- De la Comisión de Defensa de la Libre Competencia
>
> Corresponde a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia velar por el cumplimiento de la Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico y de las otras leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas o promueven una competencia efectiva en los mercados, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores (2008).

Como se observa, la ley atribuye a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia el cumplimiento de las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas. En ese sentido, a primera vista se atribuye hasta cierto punto la fiscalización y, con ello, control a la autoridad de competencia respecto de las normas de libre competencia. Ahora bien, esta incertidumbre aumenta toda vez que el artículo 18 dispone lo siguiente:

> Artículo 18.- Agotamiento de la vía administrativa e impugnación judicial de pronunciamientos del Indecopi
>
> 18.1 En los asuntos de competencia de cualquiera de los órganos resolutivos del Indecopi, no podrá recurrirse al Poder Judicial en tanto no se haya agotado previamente la vía administrativa. Para lo dispuesto en la presente Ley, se entiende que queda agotada la vía administrativa solamente cuando se obtiene la resolución final de la respectiva Sala del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (2008).

Como se observa, la norma es clara al determinar la necesidad de agotar la vía administrativa previa para recurrir a la revisión de otras jurisdicciones como el Poder Judicial. En ese sentido, teniendo en cuenta que (i) el Indecopi es el organismo autónomo encargado de defender, investigar, sancionar y cautelar la competencia efectiva con el objetivo de proteger el interés público y el orden público económico; (ii) que la Comisión de Defensa es quien vela por el cumplimiento de las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas; y, (iii) que es necesario agotar la vía administrativa para que otra jurisdicción (como el Poder Judicial) revise las normas de libre competencia a partir de una decisión de Indecopi, se puede advertir la delegación de una potestad sancionadora y de vigilancia directa a la autoridad de competencia.

Pese a lo anterior, debemos preguntarnos ¿realmente existe una dualidad de intereses entre el arbitraje y el derecho de competencia? La respuesta es negativa. Y es que como se señaló anteriormente, la arbitrabilidad de la libre competencia parte de diferenciar los intereses privados o intereses públicos que protegen una u otra disciplina, teniendo en cuenta que el arbitraje protege la autonomía de la voluntad de las partes. Y es que si bien coincidimos en que no todas las materias litigiosas son arbitrables, ello no significa que esta norma de interés público sea exclusiva de una autoridad de competencia, aún exista una atribución imperativa de jurisdicción.

Considerando lo anteriormente expuesto, queremos dejar en claro desde ya que "la arbitrabilidad alcanza solo a aquellos elementos recogidos directa o indirectamente por el contrato, y por tanto no alcanza aquellos temas que el contrato no regula" (Bullard González, 2017, pp. 318). En ese sentido, no debemos entender al arbitraje como una especie de contencioso administrativo que deja sin efecto una decisión. Por el contrario, lo que discute únicamente son las consecuencias contractuales que de ella deriva.

Si bien la potestad imperativa puede ser atribuida por el Estado a fin de proteger a determinados sectores, no existe una correspondencia directa "que permita deducir que cuando los Estados se reservan la competencia exclusiva en una determinada materia la arbitrabilidad internacional vaya a quedar automáticamente excluida de la misma" (Gonzalo Quiroga, 2001, pp. 202-203). Este mismo razonamiento ha sido seguido en el Derecho continental al precisar los límites de la jurisdicción de los árbitros en relación con las normas y autoridades de la Comunidad Europea. Un ejemplo de ello es la sentencia de la Cour d'appel de París del 14 de octubre de 1993 en el caso *Société Aplix c. Société Velcro*, toda vez que dispuso lo siguiente:

> [...] El carácter de ley de policía comunitaria de Derecho de la competencia no permite a los árbitros prohibir los comportamientos que consideren contrarios a los arts. 81 y 82 CE, ni

> tampoco ordenar sanciones pecuniarias, ni de acordar exenciones individuales de las previstas en el art. 81. 3 CE. **No obstante, los árbitros al igual que los jueces estatales de derecho común, pueden extraer las consecuencias civiles de un comportamiento considerado ilícito, en cuanto a que las normas de orden público son directamente aplicables también por los árbitros** (p. 164) [el énfasis es nuestro].

En efecto, la Cour d'appel de París concluyó que lo resuelto por los árbitros en el laudo no invadía la jurisdicción exclusiva de la Comisión, pues mientras "esta había declarado que el contrato celebrado entre las partes violaba ciertas normas comunitarias y sancionó esas conductas, el Tribunal Arbitral había decidido sobre las consecuencias de esas conductas en el ámbito estrictamente contractual" (Caivano, 2013, p. 70).

De esta manera, coincidimos con lo expuesto por los autores anteriormente citados y consideramos que el arbitraje puede extraer las consecuencias civiles de un comportamiento considerado ilícito por las normas de competencia en Perú, sin que ello signifique inmiscuirse en la potestad estatal repartida al Indecopi, en tanto la decisión de un árbitro alcanzará estrictamente el ámbito contractual sin dejar sin efecto una posible decisión futura del órgano de competencia autónomo.

### B. Artículo 49 del Indecopi y la incertidumbre sobre la arbitrabilidad de la libre competencia en Perú respecto a indemnizaciones

Otro problema que enfrenta la arbitrabilidad de la libre competencia en el Perú es la falta de precisión legislativa sobre la cuestión. Como se ha indicado anteriormente, el artículo 2.1 de la LA no restringe que los árbitros puedan analizar normas de libre competencia para poder determinar consecuencias civiles en su análisis.

En ese sentido –a nuestro parecer– no habría inconveniente alguno con que un Tribunal Arbitral pueda decidir sobre la nulidad de una cláusula por considerarla anticompetitiva. Esto toda vez que, si se aplicara la legislación peruana como ley aplicable de fondo de la controversia, el tribunal arbitral podría analizar la nulidad de un acto jurídico de acuerdo con el artículo V del Código Civil, es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres.

De esta manera, los árbitros son competentes y pueden dirimir sobre cuestiones de anulación de actos jurídicos si contravienen a leyes que interesan al orden público, por tanto, normas de libre competencia. Sin embargo, está situación no es del todo clara cuando nos referimos a pretensiones de indemnización por daños y perjuicios.

Así, el primer párrafo del artículo 49 del Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1396, dispone lo siguiente:

> **Una vez que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quedará firme, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de esta conducta**, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante Indecopi, y siempre **y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios** (2008) [el énfasis es nuestro].

De una interpretación literal, y tomando en cuenta la doctrina existente sobre dicho artículo, se podría concluir que solo versa sobre responsabilidad extracontractual. Esto debido a que los bienes jurídicos tutelados por Indecopi son distintos a los de un órgano jurisdiccional. El primero busca proteger la competencia de prácticas que la limiten, mientras que el segundo, el resarcimiento por daños causados entre particulares.

De esta manera, el análisis del elemento de antijuricidad para determinar si se ocasiona un daño o no, recae sobre la concurrencia de una conducta anticompetitiva; por lo tanto, compete a la entidad administrativa, no pudiendo ser analizado ni por un juez ni por un árbitro (Santistevan de Noriega, 2008, p. 105). En consecuencia, consideramos que el artículo establece una relación causa-efecto, puesto que Indecopi debe pronunciarse sobre una conducta anticompetitiva para que posteriormente, un órgano jurisdiccional sea el que señale si a partir de esta se produce el daño alegado.

De esta manera, el artículo no prevé si las conductas anticompetitivas se han producido en el marco de un contrato, en vista de que esta relación causa-efecto no se produce en la responsabilidad contractual. Recordemos que la interpretación de las normas de libre competencia por parte de los árbitros surgirá a partir del análisis de pretensiones principales de responsabilidad civil como el incumplimiento contractual; por tanto, el análisis de la existencia del elemento de antijuricidad no es la conducta anticompetitiva *per se*, sino el incumplimiento. En el caso de la responsabilidad contractual varía, toda vez que sería el incumplimiento de alguna obligación en el marco de un contrato lo que origine una conducta anticompe-

titiva. En ese sentido, la relación causa-efecto que ha previsto el artículo 49 solo versa sobre relaciones extracontractuales.

En esa misma línea podemos apreciar, dentro de las limitadas sentencias peruanas que se pronuncian sobre la materia, que la aplicación del artículo 49 ha sido motivo de análisis en el ámbito de una relación extracontractual. Ejemplo de ello, es lo dispuesto en la Resolución 7, de fecha 14 de marzo del 2007, sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa en el *Caso Lave c. Clorox - Quimpac*.

Dicho caso versa sobre una demanda por indemnización por daños y perjuicios ocasionados por contratos especiales de aprovisionamiento de materias primas celebrados entre Clorox y Quimpac. Las demandadas dedujeron una excepción de agotamiento de la vía administrativa señalando que Indecopi no se había pronunciado sobre la concurrencia de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, la Sala Especializada de primera instancia declaró infundada aquella excepción.

Luego, las demandadas apelaron esta resolución ante la *S*egunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao, quienes decidieron revocar dicha resolución que declaraba infundada la excepción de acuerdo con el siguiente razonamiento:

> [q]ue, siendo ello así, y tal como está planteado el petitorio de la demanda, se establece que para el caso de autos **se hace necesario que previamente se establezca en la vía administrativa la existencia o no de contratos y/o prácticas violatorias** del DL 807 […], materia de competencia del Indecopi conforme al artículo 21 antes citado.
>
> Que si bien el primer párrafo del artículo 25 del DL 701 señala que "cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidas por la presente ley podrá ejercitar la acción civil de indemnización por daños y perjuicios"; ello conlleva a establecer que **no será la vía administrativa en la que se dilucidará la existencia o no de daños y perjuicios, pues ello está reservado al Poder Judicial, sin que ello signifique obviar el tránsito por la vía administrativa**, atendiendo a los términos planteados en el petitorio de la demanda; siendo de aplicación el inciso 5 del artículo 451 del Código Procesal Civil[30] (2007, párr. 13) [el énfasis es nuestro].

En ese sentido, podríamos concluir que el artículo 49 recoge exclusivamente la responsabilidad extracontractual en su ámbito de aplicación. Frente a ello, consideramos que la ausencia de regulación sobre lo mencionado (en materia contractual) en el ordenamiento jurídico peruano acarrearía dificultades frente a su aplicación.

Esto, debido a que suena plausible pensar que los operadores del derecho peruano puedan sostener que este artículo se debe extrapolar a la responsabilidad contractual, sobre todo con la tradición jurídica del país, que suele ceñirse a lo que las normas taxativamente permiten y prohíben y no a normas que abarcan cierta amplitud.

En ese sentido, a pesar de que resulta posible arbitrar sobre libre competencia en el Perú, su ambigua regulación no termina por evitar el surgimiento de discusiones respecto a si dichos supuestos pueden ser analizados vía arbitral.

### C. Problemas en el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en el Perú

Líneas arriba se ha discutido acerca de la arbitrabilidad de la libre competencia respecto a controversias de índole privada. Si bien se ha determinado que, efectivamente, se configura como una materia arbitrable, aún existe cierta incertidumbre a partir del alcance del artículo 49 del Decreto Legislativo 1034, toda vez que éste hace referencia a aquellos supuestos que pueden derivar en pretensiones por daños y perjuicios. Asimismo, a pesar de que esta norma le atribuya a Indecopi un rol sancionador y persecutorio como Autoridad Nacional de Libre Competencia peruana, no queda claro si es que esta deba emitir un primer pronunciamiento en materias de libre competencia que no versan sobre la atribución de una sanción, sino sobre materias de derecho privado que de acuerdo con el artículo 2 de la LA son arbitrables.

Esta incertidumbre se agrava respecto al ámbito del reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en nuestro país. En vista de que no queda claro el rol que ostenta nuestra Autoridad de Competencia respecto a la aplicación privada del derecho de la competencia, esta misma disyuntiva se traslada a los jueces respecto a aquellos laudos emitidos en el extranjero. En ese sentido, es plausible sostener que el razonamiento de los jueces al decidir sobre la ejecución y reconocimiento de laudos extranjeros que versen sobre materias de libre competencia sea erróneo, toda vez que consideren que Indecopi deba ser el primero en pronunciarse, aun así, la configuración de la conducta

[30] Resolución 7 de 14 de marzo del 2007 de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior del Callao.

anticompetitiva se de en el marco de una relación contractual. Así, a partir de este razonamiento, los jueces podrían optar por desconocer laudos emitidos en otro país, toda vez que quien determinó la configuración de la conducta anticompetitiva fue un Tribunal Arbitral, y no una autoridad nacional de competencia.

Así, advertimos que los jueces peruanos pueden optar por desconocer aquellos laudos que versen sobre esta materia, por no tener seguridad sobre si es arbitrable o no, o incluso, por no conocer el alcance de su arbitrabilidad; todo ello producto de la ambigua regulación sobre la materia en el país. En ese sentido, los jueces peruanos podrían optar por encausar la materia en los supuestos recogidos en el artículo 75[31]de la LA en aras del artículo V inciso 2 de la CNY, que establece que es posible desconocer un laudo si es: a) que, según la ley de ese país, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución por vía de arbitraje; o, b) que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia serían contrarios al orden público de ese país. En esa línea, Álvarez señala lo siguiente:

> [...] si bien la cuestión de la arbitrabilidad con respecto a algunos temas fundamentales como el Estado legal o la capacidad de las personas, los temas de la familia, el divorcio, los derechos humanos o el derecho penal es relativamente clara y no causa problemas, **no sucede lo mismo con otras áreas que pueden surgir en controversias comerciales**, tal como los títulos valores, **la competencia** y las leyes de propiedad intelectual, por nombrar algunos ejemplos (2008, p. 596) [el énfasis es nuestro].

Frente a esta incertidumbre resulta necesario hacer referencia al pronunciamiento por parte de la Corte Superior de Lima sobre la arbitrabilidad en el caso *Stemcor UK Limited c. Guiceve S.A.C.* Frente al surgimiento de una controversia entre estos, Guiceve S.A.C. decidió iniciar un arbitraje ante la London Court of International Arbitration, conforme a lo pactado en su cláusula arbitral. Cuando se solicitó el reconocimiento del laudo ante el Poder Judicial peruano, la Corte Superior de Justicia de Lima indicó que el objeto de la controversia era susceptible de ser arbitrada,

> […] al ser **la controversia resuelta por el tribunal arbitral una que deriva de las relaciones comerciales entabladas entre Stemcor Uk Limited y Guiceve S.A.C. en mérito de un contrato privado** de compra venta, **es evidente que la materia sobre la cual se laudó es de derecho privado y por ende de libre disponibilidad, tanto más si el objeto de controversia no se encuentra dentro de la causa de excepción reguladas en el invocado artículo 2 de la Ley de Arbitraje** (Expediente No. 878-2010, 2011, fundamento 11) [el énfasis es nuestro].

Es así, que a partir de este pronunciamiento se podría afirmar que aquello que verse sobre Derecho Privado (en el mérito de un contrato privado) resulta arbitrable, y más aún si aquello no ha sido invocado como excepción a la luz del artículo 2 de la LA. Incluso, la Corte afirmó que en caso se cuestionara la arbitrabilidad de una materia, se debe optar por que la controversia sea arbitrable (2011). Sin embargo, consideramos que este criterio difícilmente será tomado en cuenta por los jueces en vista de todo lo expuesto líneas arriba.

## V. CONCLUSIÓN

En primer lugar, es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial y doctrinal que defiende la arbitrabilidad de la libre competencia. Así, la perspectiva tradicional que afirmaba que las materias reguladas por normas de orden público (las normas de libre competencia) no eran susceptibles de ser arbitrables se ve hoy superada, toda vez que la imperatividad de una norma no implica, necesariamente, que la aplicación de esta sea un atentado contra el orden público y la atribución imperativa de jurisdicción.

En segundo lugar, una mirada atenta a las cuestiones anteriormente mencionadas nos debe hacer considerar que no cabe esperar que todas las cuestiones sobre libre competencia puedan ser dirimidas en un arbitraje. Así, normalmente, las cuestiones de derecho de la competencia que se verán en vía arbitral serán cuestiones que surjan en el marco de una relación existente entre partes, plasmada en un contrato que prevé un acuerdo arbitral. En ese sentido, la inmensa mayoría de casos versarán sobre disputas de tipo contractual. Por lo tanto, el arbitraje de la libre competencia surge de la aplicación privada de la libre competencia.

En tercer lugar, de una aproximación del concepto de arbitrabilidad de la libre competencia y su aplicación privada por parte de los árbitros en Perú, encontramos tres importantes problemas por re-

[31] Artículo 75.- Causales de denegación.

3. También se podrá denegar el reconocimiento de un laudo extranjero si la autoridad judicial competente comprueba: a) Que, según el derecho peruano, el objeto de la controversia no puede ser susceptible de arbitraje. b) Que el laudo es contrario al orden público internacional.

solver: la incertidumbre que se genera a raíz de la competencia exclusiva de Indecopi, la falta de claridad sobre el alcance del artículo 49 del Decreto Legislativo 1034 en materia contractual y el sesgo de los jueces para reconocer y ejecutar laudos extranjeros. Estimamos que resulta necesario que se sumen esfuerzos para combatir estos tres problemas a fin de que la discusión sobre este tipo de arbitrabilidad en nuestro país concluya.

Consideramos que, a fin de evitar cuestionamientos sobre el reconocimiento del laudo o una anulación por contravenir el orden público, sería prudente que las partes acuerden cumplir con las normas de libre competencia en el contrato y, en caso de no hacerlo, establezcan una penalidad. Así, a todas luces, el árbitro podrá interpretar si se cumplieron o no las leyes de libre competencia, toda vez que se trataría de una interpretación objetiva sobre el incumplimiento de una cláusula, a efectos del cumplimiento del acuerdo arbitral. De esta manera, se analizarán las leyes administrativas de libre competencia, pero determinando la responsabilidad civil como consecuencia; en cambio, cuando se someta la controversia a la instancia administrativa, es decir, a Indecopi, lo que se determinará será la responsabilidad administrativa, aplicando las mismas leyes, pero con una consecuencia distinta.

A pesar de que todo indicaría que el Perú está cerca de poder arbitrar –sin que medie inconveniente– sobre la libre competencia en un ámbito privado, existen limitaciones que nos alejan de alcanzar lo que para muchas otras legislaciones ya es aceptado sin cuestionamiento alguno. Es así, que nos encontramos tan cerca, pero, lamentablemente, tan lejos.

**REFERENCIAS**


Álvarez, H. (2008). Artículo V (2) (A) de la Convención de Nueva York. La arbitrabilidad como criterio para negar el reconocimiento y la ejecución en El Arbitraje Comercial Internacional. En Zuleta, E., & Tandil, G. (eds.), *Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario*. Abeledo-Perrot.

Baron, P., & Liniger, S. (2003). A Second Look at Arbitrability: Approaches to Arbitration in the United States, Switzerland and Germany. *Arbitration International,* (19), 27-54. 10.1093/arbitration/19.1.27.

Bockstiegel, K. (1987). Public Policy and Arbitrability. En Sanders, P. (ed.), *Comparative Arbitration Practice and Public Policy in Arbitration*, 177-204.

Bullard González, A. (1996). "El Estado soy Yo" Arbitraje y regulación: ¿son los árbitros los nuevos reguladores? *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, (3), 301-367. http://iea.ec/pdfs/2011/Art_Alfredo_Bullard.pdf.

(2013). No cometerás actos impuros: El orden público y el control judicial del laudo arbitral. *THEMIS-Revista de Derecho*, (63), 185-200. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8998

Caivano, R. J. (2013). Arbitrabilidad y Orden Público. *Foro Jurídico*, (12), 62-78. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/13801

Calvo Caravaca, A., & Fernández de la Gándara, L. (1989). *El arbitraje comercial internacional*. Editorial Tecnos.

Cantuarias Salaverry, F., & Repetto Deville, J. L. (2017). Arbitraje y múltiples contratos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (71), 135-152. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/19818.

Cantuarias Salaverry, F., Soto Coaguila, C., & Bullard González, A. (Dirs.) (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje* (tomo I). Instituto Peruano de Arbitraje.

Chiriboga Novillo, H. A. (2016). *La arbitrabilidad del Derecho de la Competencia* [Trabajo de titulación como requisito para la obtención de título de abogado, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Digital USFQ. http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/6097/1/128819.pdf.

Laurila, M. (1993). The Minimis Doctrine in EEC Competition Law. Agreements of Minor Importance. *ECLR*, *14*(3), 97-104.

Edwards, H. T. (1986). Alternative Dispute Resolution: Panacea or Anathema. *Harvard Law Review*, *99*(4), 674.

González de Cossío, F. (2004). *Arbitraje*. Editorial Porrúa.

Gonzalo Quiroga, M. (2001). *Las normas imperativas y el orden público en el arbitraje privado internacional* [Memoria para optar al grado de Doctor, Universidad Complutense de Madrid]. E-Prints Complutense. https://eprints.ucm.es/4807/.

Igartua Arregui, I. (2011). Arbitraje y derecho de la competencia. En Velasco, L., Alonso, C., Eche-

barría M., Herrero, C. & Gutiérrez J. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia* (pp. 261-283). Lex Nova.

Laurila, M. (1993). The Minimis Doctrine in EEC Competition Law. Agreements of Minor Importance. *European Competition Law Review*, *14*(3), 97-104.

Lorca Navarrete, A., & Silguero Estagnan, J. (1994). *Derecho de Arbitraje Español. España*. Dykinson.

Mankiw, N. G. (2012). Principios de economía (6ta ed.). Cengage Learning.

Mayer, P. (1984). L'arbitre et le contrat illicite. *Revue de Iárbitrage*, 205-208.

Mereminskaya, E. (2007). La relación entre la arbitrabilidad y el orden público en la jurisprudencia comparada. *Revista Foro de Derecho Mercantil*, (17), 121-140. http://www.camsantiago.cl/articulos_online/Orden%20P%C3%BAblico_EMereminskaya.pdf

Monti, G. (2007). Abuse of a dominant position: Anticompetitive exclusion. *EC Competition Law* (pp. 159-215). Cambridge University Press.

Mourre, A. (2011). Chapter 1: Arbitrability of Antitrust Law from the European and US Perspectives. En Blanke, G., & Landolt P. (ed.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (pp. 3-67). Kluwer Law International.

Najar, J. (2011). Arbitrating Competition Law: The User's Perspective. En Blanke, G., & Landolt P. (ed.), *EU and US Antitrust Arbitration: A Handbook for Practitioners* (pp. 119-148). Kluwer Law International

Nazzini, R., & Blanke, G. (2008). Arbitration and ADR of Global Competition Disputes: Taking Stock (Part III). *Global Competition Litigation Review*, *1*(3), 133-147.

Ortiz Baquero, I (2008). La aplicación privada del Derecho Antitrust y la indemnización de los daños derivados de ilícitos contra la Libre Competencia. *Revista e-Mercatoria*, *7*(1). https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/emerca/article/view/2056

(2010). El arbitraje como vía de aplicación privada de las normas de libre competencia en el sistema europeo. *Revista La Propiedad Inmaterial*, (14), 3-48.

Palacios Lleras, A. (2013). El Derecho de la competencia: ¿Derecho privado, Derecho público, regulación o Derecho económico? *Revista Digital de Derecho Administrativo*, (9), 85-100.

Peña Castrillón, G., & Martínez Neira, N. (1988). *Pacto arbitral y arbitramento en conciencia*. Editorial Temis S.A.

Perilla Castro, C. A. (2015). Laudos Arbitrales en Derecho de la Competencia. *Revista Derecho Competencia*, *11*(11), 177-219. https://centrocedec.files.wordpress.com/2010/06/4-laudos-arbitrales.pdf

Quintana Sánchez, E. (2013). *Libre Competencia (1ra ed.)*. Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y la Protección de la Propiedad Privada – Indecopi.

Racine, J. B. (1999). *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*. L. G. D. J.

Santistevan de Noriega, J. (2008). Responsabilidad extracontractual derivada de conductas anticompetitivas: tipicidad, antijuridicidad y calificación previa por parte de la administración. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, *4*(6), 89-148. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/71/69

Vásquez Palma, F. (2006). La arbitrabilidad objetiva: Aspectos históricos, modernas tendencias en derecho comparado y ubicación en el escenario legislativo chileno. *Revista Ius et Praxis*, *12*(1), 181-2013. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000100008

Velasco San Pedro, L. A., Alonso Ledesma, C., Echebarría Sáenz, M., Herrero Suárez, C., & Gutiérrez Gilsanz, J. (Dirs.) (2011) La aplicación privada del derecho de la competencia. *Lex Nova.* https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=564719

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht [IPRG], Loi féderale sur le droit international privé [LDIP], Legge federale sul diritto internazionale privato [LDIP] [Ley Federal sobre Derecho Internacional Privado], 18 de diciembre de 1987 (Suiza).

Code Judiciare [C.Jud./Ger.W.] (Bélgica).

Codice di procedura civile [C.p.c.] (Italia).

Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras (Con-

vención de Nueva York), 10 de junio de 1958, 330 U.N.T.S. 3.

Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional 1985 con las enmiendas aprobadas en 2006, Publicación de las Naciones Unidas, número de venta S.08.V.4 (2008).

Cour d'appel [CA] [tribunal de apelaciones] París, civ., mayo 19, 1993, Labinal c. Mors, Rev. arb. 1993, 645, note Jarrosson (Francia).

Cour d'appel [CA] [tribunal de apelaciones] París, civ., mar. 29, 1991, Ganz c. Société Nationale des Chemins de Fer Tunisiens (SNCFT), Rev. arb. 1991, 478, note Idot (Francia).

Cour d'appel [CA] [tribunal de apelaciones] París, civ., 16 Feb. 1989, Almira Films c. Pierrel (hereinafter 'Almira'), Rev. Arb. 1989, 711, note Idot; Cass Civ, 5 Feb. 1991, Rev. arb. 1991, 625, note Idot.

Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo de organización y funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1071, Decreto Legislativo que norma el arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Ley 25868. Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, Diario Oficial *El Peruano*, 6 de noviembre de 1992 (Perú).

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea Texto pertinente a efectos del EEE. DO L 349 de 5.12.2014, p. 1/19.

Lag om skiljeförfarande [Ley Sueca de Arbitraje] (Svensk författningssamling [SFS] 1999:116) (Suecia).

Ley 26572, Ley General de Arbitraje, Diario Oficial *El Peruano*, 3 de enero de 1996 (Perú).

Mitsubishi Motors Corp. c. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985).

Reglamento (CE) 1/2003 de la Unión Europea relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Sentencia Société Phocéenne de Dépôts c. Dépôts Pétroliers de Fos, (FOS SUR MER - 13270): SIREN, SIRET, APE/NAF, RCS).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), 25 de marzo de 1957 (Roma).

Zivilprozessordnung (ZPO) [Código Procesal Civil], § 1025 (Alemania).

10.18800/themis.202002.009

# ALCANCES E INTERRELACIÓN DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES EN EL MARCO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

## *SCOPE AND INTERRELATION OF HORIZONTAL COLLUSION PRACTICES WITHIN THE FRAMEWORK OF THE LAW ON THE REPRESSION OF ANTI-COMPETITIVE CONDUCT*

**Waldo Borda Gianella***
**Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual**

*In this article, the author analyses the scope and interrelationship between the concepts of agreement, decision, recommendation and concerted practice in the light of comparative doctrine and jurisprudence, taking particular account of the case law of the Court of Justice of the European Union. In an introductory way, the scope of some of these concepts, outlined by Peruvian doctrine and jurisprudence, are presented, identifying the inconsistencies between these and the developments at a comparative level. Then we proceed with the formulation of a proposal of interpretation of the scope and interrelationship existing between these four concepts, which gives final pass to the identification of the implications generated with the proposed proposal.*

*The relevance of the points addressed is supported by: (i) the increase in the number of procedures for horizontal collusive practices initiated by the Technical Secretariat of the Commission for the Defense of Free Competition of Indecopi in recent years; (ii) the limited national case law on the interrelationship between cases of horizontal collusive practice and their application in the context of the administrative penalty procedure; and, (iii) the limited development of the national doctrine on the interrelationship between cases of horizontal collusive practice and their implications in practice.*

*Keywords: horizontal collusive practices; agreement; concerted practice; decision; recommendation.*

*En el presente artículo el autor analiza los alcances e interrelación existente entre los conceptos de acuerdo, decisión, recomendación y práctica concertada a la luz de la doctrina y jurisprudencia comparada, tomando especial consideración en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. De manera introductoria se presentan los alcances de algunos de estos conceptos, esbozados por la doctrina y jurisprudencia peruana, identificando las incongruencias entre estos y los desarrollos a nivel comparado. Seguidamente se procede con la formulación de una propuesta de interpretación de los alcances e interrelación existente entre estos cuatro conceptos, la cual da pase final a la identificación de las implicancias generadas con la propuesta planteada.*

*La relevancia de los puntos que se abordaran encuentra sustento en: (i) el incremento en la cantidad de procedimientos por prácticas colusorias horizontales iniciados por la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en los últimos años; (ii) la reducida jurisprudencia nacional respecto a la interrelación entre los supuestos de práctica colusoria horizontal y su aplicación en el marco del procedimiento administrativo sancionador; y, (iii) el reducido desarrollo de la doctrina nacional sobre la interrelación existente entre los supuestos de práctica colusoria horizontal y sus implicancias en la práctica.*

*Palabras clave: Prácticas colusorias horizontales; acuerdo; práctica concertada; decisión; recomendación.*

* Abogado. Funcionario de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) (Lima, Perú). Contacto: waldo.borda@pucp.edu.pe

Las opiniones son expresadas a título personal y no comprometen a ninguna de las instituciones a las que se encuentra afiliado el autor.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 1 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 30 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Las prácticas colusorias horizontales constituyen una de las principales preocupaciones de las agencias de competencia a lo largo del mundo, interés que se genera debido a la grave afectación producida por estos actos y a las dificultades presentes en su detección.

Esta situación ha motivado el desarrollo de una amplia jurisprudencia y doctrina a nivel comparado, la cual profundiza tanto en los alcances de los conceptos de **acuerdo**, **decisión**, **recomendación** y **práctica concertada**, así como en las características y aplicación del tipo infractor formulado.

La labor descrita no resulta ajena al caso peruano, cuya jurisprudencia ha ido desarrollando los alcances de diversos conceptos como las **decisiones** y **recomendaciones** en el marco de los pronunciamientos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), órganos encargados en primera y segunda instancia de los procedimientos sancionadores seguidos por la realización de conductas anticompetitivas en el Perú.

No obstante ello, puede observarse que en los últimos años se ha planteado ante el Indecopi la diferenciación entre los distintos tipos de prácticas colusorias horizontales para formular la existencia de problemas de tipificación en las imputaciones realizadas por prácticas colusorias horizontales, resaltando la pretensión de declarar nulo el procedimiento en caso la infracción finalmente constatada pase de ser un **acuerdo** a una **práctica concertada**.

En este escenario, el presente artículo plantea analizar los alcances e interrelación existente entre las distintas variantes de las prácticas colusorias horizontales, a través de un análisis crítico que tome en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) y la doctrina comparada. Para ello se partirá por una referencia preliminar de los distintos conceptos comprendidos dentro de esta figura, identificando las posibles discordancias existentes en su desarrollo por la doctrina y jurisprudencia nacional. Seguidamente de ello se presentará una propuesta de interpretación a la luz de la jurisprudencia y doctrina comparada, culminando el presente trabajo con la verificación de las implicancias de esta postura.

## II. APROXIMACIÓN INICIAL A LA NATURALEZA Y ALCANCE DE LAS PRÁCTICAS COLUSORIAS HORIZONTALES

Se entiende por práctica colusoria horizontal a la coordinación existente entre dos o más agentes económicos competidores que tiene por objeto o efecto restringir, suprimir o controlar la competencia real o potencial existente entre estos en un mismo nivel de su actividad económica.

La proscripción de este tipo de conductas busca evitar que la dinámica natural del mercado sea restringida o reemplazada por la actuación coordinada de las partes, la cual suprimiría las posibles ventajas generadas como consecuencia del proceso competitivo.

Similar definición de las **prácticas colusorias horizontales** es manejada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, quien las perfila como:

> [c]onductas consistentes en coordinaciones realizadas por los agentes económicos que participan directa o indirectamente en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia, en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores (Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI, 2019, numeral 304).

En el ordenamiento peruano la proscripción de este tipo de conductas se encuentra comprendida bajo el artículo 11 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), el cual refiere a cuatro supuestos: (i) acuerdos; (ii) decisiones; (iii) recomendaciones; y, (iv) prácticas concertadas. Este artículo expresa lo siguiente:

> Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales
> 11.1. **Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas** realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, […] (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019) [énfasis agregado].

Los supuestos presentados por esta disposición han sido analizados en diversa medida por la jurisprudencia y doctrina nacional, desarrollando los alcances de los supuestos comprendidos en las prácticas colusorias horizontales proscritas por nuestro ordenamiento y presentando distintos elementos que permiten su aplicación a los casos de actuaciones anticompetitivas ocurridos en la realidad.

No obstante ello, la normativa y jurisprudencia en el Perú no se ha detenido a abordar con mayor atención la interrelación existente entre los cuatro supuestos señalados por el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, limitando su desarrollo a constatar aspectos como la aplicación de la prohibición absoluta a las recomendaciones y decisiones (Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI, 2017, numerales 102-120).

En el marco de esta situación, puede observarse que en los últimos años se ha formulado la existencia de problemas de tipificación en las imputaciones realizadas por prácticas colusorias horizontales, resaltando la pretensión de declarar nulo el procedimiento en caso la infracción finalmente constatada pase de ser un **acuerdo** a una **práctica concertada** (Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI, 2018, numerales 243-263).

Debido a ello, y con el fin de contribuir en aclarar los alcances de la tipificación de las prácticas colusorias horizontales en el Perú, se procederá en el siguiente apartado a desarrollar la interrelación existente entre los conceptos o realidades comprendidas bajo la infracción tipificada en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

## III. INTERRELACIÓN ENTRE LOS CONCEPTOS O REALIDADES COMPRENDIDAS BAJO LA INFRACCIÓN TIPIFICADA EN EL ARTÍCULO 11.1 DEL TUO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

### A. Alcances preliminares del concepto de acuerdo

Como el primero de los supuestos previsto por el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el **acuerdo** se perfila como el acto característico de las prácticas colusorias horizontales, resultando recurrente su imputación en los casos seguidos ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en los últimos años[1].

Al respecto, esta conducta es definida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia como "todo concierto de voluntades mediante el cual varios operadores económicos independientes se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia" (Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI, 2019, numeral 306).

Una delimitación de los alcances de este concepto puede identificarse igualmente en la jurisprudencia del TJUE, la cual concibe al **acuerdo** como la existencia de una voluntad concordante de por lo menos dos partes, respecto de la que resulta indistinta la forma en que se manifiesta dicha concordancia:

> 28. Asimismo, ha de recordarse, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un «acuerdo» se basa en la **expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia** (*AC-Treu- hand c. Comisión*, 2015, apartado 29) [énfasis agregado].
>
> 37. Es preciso señalar que el Tribunal de Primera Instancia destacó acertadamente, en los apartados 30 a 34 de la sentencia recurrida, que, para constituir un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que **un acto o un comportamiento** aparentemente unilateral sea la **expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia** (*Comisión c. Volkswagen*, 2006, apartado 37) [énfasis agregado].

Ambas definiciones permiten apreciar que el concepto de **acuerdo** tendría cierta semejanza o identidad con el concepto de **práctica colusoria horizontal**, observándose que el supuesto de hecho de la infracción se encuentra comprendido por la configuración de un consenso (voluntades coordinadas o concordantes) entre competidores para restringir la competencia.

Muestra ilustrativa de esta posible identidad se verifica de igual manera en la definición de **práctica colusoria** contenida en el Diccionario del español jurídico de la Real Academia Española (en adelante, RAE), la cual la describe como un "acuerdo restrictivo de la competencia" (Real Academia Española [RAE], s.f., Práctica colusoria).

Sin embargo, y a pesar de no corresponder a un hecho cometido o controlado por el agente infractor al concretar la conducta, un sector importante de la doctrina nacional incorpora como un elemento del concepto de **acuerdo** el tipo de medio probatorio con el que se acredita esta infracción, formulando como un componente de su configuración su acreditación mediante una prueba directa.



[1] Desde el 2014 a la fecha, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi ha iniciado 15 casos.

Esta situación es identificada por algunos autores tales como Quintana Sánchez, quien constata a nivel doctrinal la incorporación de este aspecto vinculado a la acreditación de la conducta infractora durante el procedimiento administrativo sancionador:

> Según lo definido por la doctrina, los acuerdos entre competidores son pactos, contratos o convenios que ponen en evidencia la manifestación de voluntad de los participantes y que se prueban a través de documentos escritos u otros medios que permiten concluir con plena certeza que existió la voluntad común de restringir la competencia entre ellos (prueba directa) (2011, p. 16).

Similar referencia a este elemento parecería apreciarse igualmente en la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobada mediante Decreto Legislativo 1034, en la cual se refiere a los "acuerdos" como aquellos "convenios demostrados mediante prueba directa" (2008).

Al respecto, puede apreciarse que la distinción descrita tendría su origen en la diferenciación doctrinal entre las figuras del **acuerdo** y la **práctica concertada** que diversos autores realizan a partir de los alcances de ambos conceptos desarrollados por la jurisprudencia comparada.

En dicho contexto, se aprecia que un sector de la doctrina nacional diferencia entre ambos supuestos por el tipo de medio probatorio existente, es decir, prueba directa o indirecta, tomando usualmente en consideración criterios que se desprenderían de pronunciamientos del TJUE y de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

Muestra de este análisis se observa en el caso de autores como Deza Sandoval, quien con motivo del pronunciamiento del TJUE en el caso *Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión* señala que la práctica concertada "incluye a una amplia gama de conductas que pueden tener algún objeto o efecto anticompetitivo, pero sobre las cuales no existe prueba directa de la concertación misma" (2009, p. 45).

A diferencia de esta interpretación, puede apreciarse que a nivel comparado diversas jurisdicciones califican a los **acuerdos** y **prácticas concertadas** como distintas manifestaciones de una misma conducta infractora, excluyendo la calificación del medio probatorio utilizado como un elemento requerido por el supuesto de hecho de la infracción.

Esta segunda interpretación puede apreciarse de manera clara en la normativa en materia de libre competencia adoptada por Colombia, observándose en la definición de **acuerdo** en el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 la incorporación de las prácticas concertadas[2]:

> Artículo 45. Definiciones
> Para cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:
>
> 1. Acuerdo: Todo contrato, convenio, concertación, práctica concertadas o conscientemente paralela entre dos o más empresas (Decreto 2153, 1992).

De manera semejante, la consideración de los distintos supuestos de prácticas colusorias horizontales como manifestaciones de un mismo tipo infractor puede observarse igualmente en la jurisprudencia del TJUE, la cual señala que los acuerdos, decisiones en el marco de asociaciones gremiales y prácticas concertadas corresponden a actuaciones que presentan una misma naturaleza (*AC-Treuhand c. Comisión*, 2015, apartado 29).

Ante este escenario, corresponde preguntarse por la corrección de la primera postura y, por ende, si la consideración de un aspecto vinculado a la actuación de la autoridad en la acreditación de la infracción (el medio probatorio) puede afectar el supuesto de hecho cometido por el administrado y formar parte de los conceptos de **acuerdo** y **práctica concertada**.

Para responder a esta interrogante se considera necesario analizar los alcances de las distintas fuentes de las que parten ambas posturas, verificando la coherencia de la interpretación realizada respecto de ellas.

Esta labor partirá por verificar la interpretación existente de los pronunciamientos del TJUE y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, cerciorándose del contenido desarrollado en su jurisprudencia para el posterior desarrollo de una propuesta de interpretación.

[2] Para una referencia a autores que subsumen a la práctica concertada dentro de la definición de acuerdo véase a Quintana Sánchez, quien refiere que: "Cabe indicar que un sector de la doctrina se inclina por considerar que este tipo de situaciones también debe encuadrarse dentro de la figura del acuerdo, pues entiende que éste no involucra necesariamente obligatoriedad jurídica" (2011, p. 16).

### B. Interpretación de la jurisprudencia del TJUE y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América desarrollada por la doctrina nacional

Conforme se mencionó en el marco del estudio y referencia a los **acuerdos** y **prácticas concertadas** un sector de la doctrina nacional ha procedido a considerar a la prueba directa e indirecta (tipo de medio probatorio) con la que se acredita estos supuestos como un elemento diferenciador de ambos conceptos.

Muestra de esta situación puede apreciarse en autores como Diez Canseco, Fernández y Quintana Sánchez, quienes al analizar las prácticas concertadas las diferencian de los acuerdos y otras figuras por su acreditación mediante pruebas indirectas:

> Las prácticas concertadas no son otra cosa que acuerdos donde no existe prueba directa, sino que el elemento volitivo se deduce de los indicios que rodean la conducta y que no admiten ninguna otra explicación. Se dice entonces que se ha obtenido «prueba indiciaria» y corresponde sancionar la infracción (Diez Canseco & Fernández, 2013, p. 116).
>
> Evidentemente, existe una equivocada asimilación de la colusión tácita, en la que no existe contacto efectivo entre las partes, con una práctica concertada, en la que tiene que recurrirse a prueba indirecta basada en indicios y presunciones para explicar el paralelismo de conductas como la secuela de un acuerdo previo del que no se tiene prueba directa (Quintana Sánchez, 2008, p. 179).

De manera semejante, similar desarrollo de la distinción de las prácticas concertadas puede apreciarse en el caso de Deza Sandoval, quien en el marco de un análisis de los pronunciamientos del TJUE señala que la práctica concertada "incluye a una amplia gama de conductas que pueden tener algún objeto o efecto anticompetitivo, pero sobre las cuales no existe prueba directa de la concertación misma" (2009, p. 45).

En el mismo sentido, puede apreciarse que Hugo Gómez, durante su permanencia como Secretario Técnico de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, se pronunció en el Informe 020-2004-INDECOPI/ST-CLC señalando con menor intensidad esta vinculación de la práctica concertada con la utilización de prueba indirecta, tomando como referente a la experiencia norteamericana:

> 51. Una práctica concertada debe ser probada adecuadamente, aunque puede ser suficiente la prueba de presunciones. En efecto, **la prueba de las prácticas concertadas se hace normalmente apoyándose en indicios y presunciones sobre su existencia**, basadas fundamentalmente en el hecho de que el comportamiento de las empresas en el mercado sería inexplicable si no existiere algún tipo de concertación entre ellas.
>
> 52. En la doctrina norteamericana las prácticas concertadas son conocidas como confabulaciones tácitas y son determinadas a partir de pruebas sobre patrones de conducta paralela que acreditan que las empresas han perseguido (en forma simultánea o secuencial) estrategias similares de negocios a lo largo del tiempo. **En estos casos, el acuerdo existe, pero no puede ser probado de manera directa sino a través de evidencia circunstancial o pruebas indirectas** (2004, p. 18) [énfasis agregado].

No obstante ello, y a pesar de las interpretaciones formuladas por diversos autores, corresponde precisar que los pronunciamientos del TJUE y la Corte Suprema de los Estados Unidos de América no plantean la incorporación del tipo de medio probatorio como elemento para distinguir y definir a los **acuerdos** y **prácticas concertadas**, conforme se observará a continuación.

### C. Los acuerdos y prácticas concertadas en la jurisprudencia del TJUE

A diferencia del escenario descrito anteriormente, la jurisprudencia del TJUE ha optado por una aproximación distinta de la relación existente entre **acuerdo** y **práctica concertada**, considerando que ambos supuestos presentan una misma naturaleza y solo se diferencian por la intensidad y forma en que se manifiestan:

> 29. Por lo que se refiere al concepto de «práctica concertada», de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que el artículo 81 CE, apartado 1, distingue este concepto del de «acuerdo» y el de «decisión de asociación de empresas» con el único propósito de recoger distintas formas de colusión entre empresas que, desde un punto de vista subjetivo, comparten la misma naturaleza y sólo se distinguen por su intensidad y por las formas en las que se manifiestan (*AC-Treuhand c. Comisión*, 2015).

Conforme reconocen diversos autores, este planteamiento del TJUE implica la consideración de un único supuesto infractor, el supuesto de **colusión** contenido en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea (actual artículo 101 del

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), respecto del cual el **acuerdo** y **práctica concertada** constituyen distintas formas o manifestaciones que presentan una misma naturaleza[3].

Esta interpretación relativiza la relevancia de la distinción existente entre ambos supuestos, generando que ambas variantes constituyan únicamente ejemplos concretos dentro de un mismo supuesto de hecho.

Sin perjuicio de ello, cabe resaltar que el TJUE sí se ha detenido en desarrollar el contenido de los conceptos de **acuerdo** y **práctica concertada**, señalando igualmente la posibilidad de la utilización de indicios (pruebas indirectas) para la acreditación de ambos supuestos:

> 28. Asimismo, ha de recordarse, que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un «acuerdo» se basa en la **expresión de la voluntad concordante entre por lo menos dos partes, no siendo determinante per se la forma en que se manifiesta dicha concordancia** (*AC-Treuhand c. Comisión*, 2015)[4] [énfasis agregado].
>
> 26. Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una **forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas** (*T-Mobile Netherlands y otros*, 2009)[5] [énfasis agregado].
>
> 55. Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.
>
> 56. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.
>
> 57. **En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia** (*Aalborg Port- land y otros c. Comisión*, 2004) [énfasis agregado].

A partir de estas referencias puede apreciarse que la jurisprudencia del TJUE no incorpora el tipo de medio probatorio como un elemento diferenciador de los conceptos de **acuerdo** y **práctica concertada**, reconociendo la posibilidad de utilizar indicios para ambos supuestos.

### D. Los acuerdos y prácticas concertadas en la experiencia norteamericana

De manera semejante a lo observado con el TJUE, puede apreciarse que la jurisprudencia y doctrina norteamericana no ha desarrollado una distinción conceptual entre **acuerdos** y **prácticas concertadas** que considere como elemento determinante al medio probatorio utilizado para su acreditación.

En ese sentido, se identifica que la referencia utilizada por algunos autores nacionales corresponde en realidad a la diferenciación existente entre acuerdos explícitos (*express agreements*) y acuerdos tácitos (*implied agreements*) desarrollada en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, ámbito que no resulta totalmente equivalente a la distinción entre **acuerdo** y **práctica concertada**.

El desarrollo de esta distinción en la jurisprudencia norteamericana es reconocido por diversos autores tales como Gellhorn, Kovacic y Cakins, quienes constatan que los tribunales norteamericanos han distinguido usualmente en su análisis

---

[3] Al respecto, ver Monti, quien refiere que:

> [i]nstead, there is only one offence in Article 81, express collusion, and it may take different forms. As the ECJ put it, the concepts of agreement and concerted practice 'are intended to catch forms of collusion having the same nature and are only distinguishable from each other by their intensity and the form in which they manifest themselves (2007, p. 326).

[4] Véase, en ese sentido, la sentencia *Comisión c. Volkswagen*, 2006, apartado 37.

[5] Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, *Suiker Unie y otros c. Comisión*, apartado 26 y de 31 de marzo de 1993, *Ahlström Osakeyhtiö y otros c. Comisión*, apartado 63.

probatorio a los acuerdos explícitos, que comúnmente presentan prueba directa, de los acuerdos tácitos, en los que se suele usar evidencia circunstancial (prueba indirecta)[6]:

> En su análisis de las pruebas del demandante, los tribunales a menudo distinguen entre los acuerdos "explícitos" y los "tácitos". Estos términos parecen haber sido diseñados para reconocer las diferencias en los tipos de pruebas que se utilizan para probar una acción concertada. Los acos en los que se alegan acuerdos "explícitos" por lo general implican pruebas directas de que los demandados han intercambiado garantías. Normalmente los documentos y el testimonio están hasta arriba de la jerarquía de pruebas porque la tendencia es que den al tribunal una mayor confianza de que los demandados actuaron de forma conjunta. Los casos en los que se habla de colusión "tácita" utilizan el término para describir dos fenómenos. Un grupo de decisiones emplea el término de colusión "tácita" para referirse a supuestos acuerdos que el demandante trata de probar con la introducción de pruebas circunstanciales. Empleada de esta forma, la etiqueta "tácito" reconoce que ese tipo de pruebas es inferior a la prueba directa de una acción concertada. […] El segundo grupo de casos en los que se habla de colusión "tácita" se utiliza el término para referirse a una conducta paralela, interdependiente, del tipo que aborda Theatre Enterprises. En los casos en los que se emplea "colusión tácita" como sinónimo de "paralelismo consciente" generalmente no se concluye que existe responsabilidad con la Sección 1 (2008, pp. 243-244).

No obstante ello, y conforme es reconocido por la American Bar Association, esta distinción no debe ser confundida con la presencia de evidencia directa para la acreditación de un acuerdo, reconociendo expresamente la posibilidad de acreditar este supuesto mediante el uso de evidencia directa o indirecta:

> Direct evidence of an agreement is different from the concept of an express agreement. It is well settled that, for purposes of Section 1, an agreement can be express-that is, explicitly stated or written. An example of an express agreement is the "fully worked out paper plan" in *American Column & Lumber Co. v. United States*. An express agreement can be proven by direct or indirect evidence. By contrast, an implied agreement requires the factfinder to make inferences to establish the existence of the agreement. Implied agreements therefore are typically proven through circumstantial, or indirect, proof (2010, p. 53)[7].

A diferencia de ambos conceptos, que se centran en como se aprecia el **acuerdo** al momento de su acreditación, en el ámbito norteamericano se aprecia la utilización de los términos **agreement** y **concerted action** / **conspiracy** / **collusion**, los cuales han sido interpretados por algunos autores como conceptos que se asemejarían más a los de **acuerdo** y **práctica concertada** desarrollados en otras partes del mundo[8].

Al respecto, si bien la diferenciación entre ambos términos no es del todo rigurosa en la jurisprudencia norteamericana, si es posible observar que estos son utilizados de manera semejante a la distinción observada en el TJUE. Este diferencia la práctica concertada por la ausencia de un acuerdo de manera previa a la actuación de un agente en el mercado con la que reflejaría su aceptación de participar en la conducta anticompetitiva:

> While the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that, in the circumstances of this case, such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it. (…). It is elementary that an unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators. Acceptance by competitors, without previous agreement, of



6 Conforme es desarrollado por Gellhorn, Kovacic y Cakins, la jurisprudencia norteamericana usaría los términos "acuerdo tácito" para hacer mención a dos supuestos bastante distintos: (i) acuerdos en los que la autoridad usa prueba indirecta para su acreditación; y, (ii) situaciones en las que se aprecia un paralelismo de precios resultado de la interdependencia existente en el mercado; solo resultando relevante para el presente análisis la primera de estas acepciones (2008).

7 La prueba directa de un acuerdo es diferente del concepto de acuerdo expreso. Está bien establecido que, a los efectos de la Sección 1, un acuerdo puede ser expreso, es decir, explícitamente declarado o escrito. Un ejemplo de acuerdo expreso es el "plan completamente elaborado por escrito; en *American Column & Lumber Co. v. United States*. Un acuerdo expreso puede probarse mediante pruebas directas o indirectas. Por el contrario, un acuerdo implícito requiere que el investigador haga inferencias para establecer la existencia del acuerdo. Por lo tanto, los acuerdos implícitos suelen probarse mediante pruebas circunstanciales o indirectas [traducción libre].

8 Al respecto, ver Quintana, quien señala que: "Cabe mencionar que los términos acuerdo y concertación coinciden con las denominaciones inglesas "agreement" o "combination" y "conspiracy" o "collusion"" (2013, p. 35).

> an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the *Sherman Act* (*Interstate Circuit, Inc. v. United States*, 1939)[9].

En ese sentido, puede observarse que la jurisprudencia y doctrina norteamericana excluyen igualmente al tipo de medio probatorio utilizado como un elemento conformante del acuerdo, reconociendo la posible utilización de evidencia indirecta para su constatación.

## IV. PROPUESTA DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 11.1 DEL TUO DE LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Una vez identificados los alcances de las distintas fuentes tomadas por un sector de la doctrina nacional para perfilar la distinción entre **acuerdo** y **práctica concertada**, corresponde precisar que los planteamientos que diferencian entre ambos supuestos a partir de la evidencia utilizada en su acreditación resultan incongruentes con los desarrollos teóricos presentes a nivel comparado, los cuales solo vinculan la presencia de ambos tipos de prueba (directa e indirecta) con el **acuerdo** y **práctica concertada** para señalar en que escenarios es más recurrente la presencia de cada una de estas.

Debido a ello, y con el objetivo de contribuir a la comprensión ambos conceptos y su interrelación, a continuación, se procederá a formular una propuesta detallada de la vinculación existente entre los **acuerdos**, **decisiones**, **recomendaciones** y **prácticas concertadas**, precisando como parte de ello la cercanía o relación existente entre cada supuesto.

### A. El acuerdo como tipo general de infracción en las conductas anticompetitivas horizontales

Como punto de partida de la interpretación formulada, el **acuerdo** es identificado como el supuesto de hecho de mayor amplitud dentro de las conductas comprendidas en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, resultando coherente su posicionamiento como elemento central del tipo infractor (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019).

En conformidad con lo indicado anteriormente, el **acuerdo** es definido por la jurisprudencia del TJUE como la existencia de una voluntad concordante de por lo menos dos partes, respecto de la que resulta indistinta la forma en que se manifiesta dicha concordancia.

Esta definición permite identificar que un acuerdo anticompetitivo implicará la configuración de una conformidad entre las voluntades de los participantes (consenso) con la finalidad o efecto de restringir la competencia, concepto que resulta muy semejante a la definición de **práctica colusoria horizontal** adoptada por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi:

> Estas conductas consisten en coordinaciones realizadas por los agentes económicos que participan directa o indirectamente en el mismo nivel de una cadena de producción, distribución o comercialización y que normalmente compiten entre sí respecto de precios, producción, mercados y clientes, con el objeto o efecto de eliminar, restringir o limitar la competencia, en detrimento de los consumidores, de otros competidores, de los clientes o de los proveedores (Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI, 2019, numeral 336).

Los elementos de este concepto permiten igualmente constatar que la configuración de este concierto de voluntades resulta indistinto a la forma en que se pueda materializar, aspecto que conlleva la posibilidad de comprender bajo sus alcances otros supuestos previstos en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que impliquen elementos adicionales al solo consenso[10].

A partir de estas características resulta plausible posicionar al **acuerdo** como un supuesto general o simple de la infracción contenida en el artículo 11.1, respecto del cual la presencia de aspectos

[9] Si bien la conclusión del Tribunal de Distrito de un acuerdo de los distribuidores entre sí está respaldada por las pruebas, creemos que, en las circunstancias de este caso, tal acuerdo para la imposición de las restricciones a los exhibidores subsiguientes no era un requisito previo para una conspiración ilegal. Era suficiente que, sabiendo que se contemplaba e invitaba la acción concertada, los distribuidores dieran su adhesión al esquema y participaran en él. (...). Es elemental que una conspiración ilícita pueda formarse y a menudo se forme sin acción o acuerdo simultáneos por parte de los conspiradores. La aceptación por los competidores, sin acuerdo previo, de una invitación a participar en un plan cuya consecuencia necesaria, si se lleva a cabo, es la restricción del comercio interestatal es suficiente para establecer una conspiración ilícita con arreglo a la Ley Sherman [traducción libre].

[10] Muestra de ello sería el caso de las decisiones, en las cuales se requiere su realización en el marco de asociación o entidad gremial.

adicionales establecerá la configuración de los tipos calificados del mismo[11].

### B. La decisión y recomendación como supuestos calificados de acuerdo en el marco de asociaciones o entidades gremiales

Como segundo y tercer supuesto previsto en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la **decisión** y **recomendación** constituyen las dos variantes de prácticas colusorias horizontales presentadas en el marco de una asociación o entidad gremial, caracterizándose por constituir disposiciones de cumplimiento obligatorio (decisión) o referencial (recomendación) aprobadas con el objeto o efecto de restringir la competencia.

Una definición semejante a la presentada en la legislación peruana puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Competencia de España, la cual define estas conductas como acuerdos de carácter vinculante (decisiones) u orientativos (recomendaciones) adoptados por instituciones formadas por operadores económicos:

> 7. Las decisiones o recomendaciones colectivas con fines o efectos contrarios a la competencia constituyen formas de prácticas colusorias prohibidas por el art. 1 LDC equiparables a los acuerdos horizontales entre competidores, que son las manifestaciones más graves de la prohibición. Se trata de acuerdos adoptados por instituciones formadas por operadores económicos, de carácter vinculante (decisiones) o únicamente orientativo (recomendaciones), consideradas como si fueran acuerdos entre los asociados, ficción utilizada por la Ley para evitar que los socios, en este caso los colegiados, puedan eludir sus responsabilidades colusorias por el procedimiento de trasladar la responsabilidad de la autoría formal al ente colectivo (Expediente 472/99, 2000).

Este criterio ha sido igualmente adoptado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, quien en el marco de la Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI consideró que los entendimientos contrarios a la competencia adoptados por entes gremiales constituyen decisiones, si poseen carácter vinculante, o recomendaciones, si poseen carácter orientativo:

> 95. Según una clasificación doctrinal, los entendimientos adoptados por asociaciones profesionales o de empresas con fines contrarios a la competencia constituyen decisiones si tienen carácter vinculante, en virtud de las normas de la asociación o gremio involucrado, o recomendaciones si tienen únicamente carácter orientativo, pero poseen la capacidad para influir en el comportamiento de los agentes económicos a las que van dirigidas (2017, numeral 95).

Al respecto, corresponde precisar que la proscripción de la adopción de este tipo de conductas parte por considerar que la aprobación de disposiciones por los distintos órganos dentro de un ente gremial son el resultado de la configuración de un consenso (acuerdo) entre sus asociados, ya sea mediante su participación directa en la asamblea general o mediante su participación delegada en el directorio o gerencia elegidos.

Esta situación es reconocida por autores como Alonso Soto, quien identifica que para el Derecho de la Competencia la adopción de acuerdos por los órganos de dirección de una asociación resulta equivalente a la aprobación de estos por parte de sus asociados, aspecto que resulta de vital importancia para evitar la utilización de entes gremiales para canalizar la concreción de conductas anticompetitivas:

> Lo que subyace tras esta concepción no es sancionar la voluntad del sujeto independiente que adopta el acuerdo o toma la decisión, lo que evidentemente constituiría una conducta unilateral de la persona jurídica o la entidad en cuestión de difícil encuadramiento en la prohibición que estamos analizando, sino evitar que se utilicen dichas figuras jurídicas para lograr o promover una concertación entre los asociados. En este sentido, la normativa de la competencia parte de la ficción de que cuando una asociación de operadores económicos adopta un acuerdo o recomendación a través de sus órganos de dirección es como si todos sus asociados hubieran adoptado dicho acuerdo o decisión y no de actuaciones unilaterales propias de dicha persona jurídica (2009, pp. 70-72)[12].

La consideración descrita resulta especialmente clara en el caso de las **decisiones**, debido a que su consideración como un **acuerdo** en el marco



[11] Ejemplos semejantes de supuestos generales de ilícitos pueden observarse en la tipificación de los delitos de homicidio o hurto, los cuales presentan a su vez en el mismo cuerpo normativo la tipificación de delitos correspondiente a sus supuestos calificados (por ejemplo, el asesinato y el robo).

[12] Para un desarrollo de los alcances del concepto de **recomendación** ver el desarrollo planteado por Quintana (2015).

de una asociación o entidad gremial se encuentra vinculada a la sujeción de sus miembros a estas disposiciones, situación que se da como resultado de la aceptación del estatuto u otros cuerpos normativo de la entidad e implica el consentimiento directo del asociado a ser sujeto a dichas pautas.

Muestra de este razonamiento puede apreciarse en la jurisprudencia del TJUE, en la que se aprecia el reconocimiento del rol desenvuelto por los representantes de los miembros de un ente gremial al momento de configurar una **decisión**[13]:

> 64. De las consideraciones precedentes se desprende que debe considerarse que una organización profesional como el Colegio de Abogados de los Países Bajos constituye una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado cuando adopta un reglamento como el Samenwerkingsverordening 1993. Un reglamento de esta índole expresa la voluntad de los representantes elegidos por los miembros de una profesión destinada a obtener de ellos que adopten un determinado comportamiento en el marco de su actividad económica […].
>
> 71. En vista de las consideraciones anteriores, procede responder a la letra a) de la primera cuestión que un reglamento sobre la colaboración entre abogados y otras profesiones liberales como el Samenwerkingsverordening 1993, adoptado por un organismo como el Colegio de Abogados de los Países Bajos, debe considerarse una decisión adoptada por una asociación de empresas a efectos del artículo 85, apartado 1, del Tratado (*Wouters y otros*, 2002).

Los elementos previamente descritos permiten posicionar a la **decisión** y **recomendación** como variantes específicas del **acuerdo**, caracterizadas por su concreción en el marco de un ente gremial, haciendo factible su valoración como un supuesto calificado de este tipo de conductas[14].

### C. Las prácticas concertadas como supuestos calificado de acuerdo celebrado con los actos de ejecución de la práctica

Como cuarto de los supuestos previstos en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas la **práctica concertada** constituye una forma de coordinación entre competidores que sustituye la dinámica de competencia por la cooperación fáctica sin concretarse (o identificarse) previamente la celebración de un **acuerdo**.

La delimitación de esta conducta puede apreciarse en la jurisprudencia del TJUE, la cual reconoce que la **práctica concertada** sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por la cooperación sin llegar a la celebración de un convenio propiamente dicho:

> 64. Considerando que si el artículo 85 distingue el concepto de «práctica concertada» del de «acuerdos entre empresas» o del de «decisiones de asociaciones de empresas», lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de este artículo una forma de coordinación entre empresas que, sin llegar a que se celebre un convenio propiamente dicho, sustituye los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas;
>
> 65. que, por consiguiente, por su propia naturaleza la práctica concertada no reúne todos los elementos de un acuerdo, pero puede ser el resultado de una coordinación que se exterioriza en el comportamiento de los participantes (*Imperial Chemical Industries Ltd. c. Comisión*, 1972)[15].

---

[13] Cabe precisar que, a diferencia del artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conducta Anticompetitivas, el artículo 101.1 de Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (anteriormente artículo 85.1 del Tratado de Roma) únicamente tipifica en su redacción a las **decisiones de asociaciones de empresas**, aspecto que motivó la incorporación de las **recomendaciones** dentro de los alcances de este concepto por parte de la jurisprudencia del TJUE. Al respecto, con motivo del asunto *Verband der Sachversicherer c. Comisión* (C-45/85) el TJUE ha señalado que:

> 32. A la vista de dichos elementos, debe hacerse constar que la recomendación, cualquiera que sea su naturaleza jurídica exacta, constituye la expresión fiel de la voluntad de la parte demandante de coordinar el comportamiento de sus miembros en el mercado alemán del seguro de acuerdo con los términos de la recomendación. De ello se deduce que constituye una decisión de asociación de empresas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado (1987).

[14] Esta interpretación resulta comparable a la tipificación de delitos calificados como es el caso del asesinato y el robo, los cuales parten de la existencia de un supuesto base o general de infracción (homicidio y hurto). Una interpretación alternativa de las **recomendaciones** sería su aproximación a una tentativa de **acuerdo**, al identificarse que mediante esta se manifiesta la propuesto u oferta para la concreción de un consenso anticompetitivo entre las empresas agremiadas. No obstante ello, esta interpretación podría generar conflicto con los alcances generales del concepto de práctica colusoria horizontal, al excluir la existencia directa o indirecta de una coordinación entre competidores.

[15] Para referencias más recientes a este concepto por parte del TJUE véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros, apartado 26.

De manera semejante, el desarrollo de este concepto se aprecia también en la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que identifica con motivo de una concertación entre distribuidores de películas de cine que en el caso de una **práctica concertada** (*concerted action/conspiracy*) no se requiere que el acuerdo anticompetitivo preexista a los actos con los que cada parte se adhiere e implementa la restricción a la competencia:

> While the District Court's finding of an agreement of the distributors among themselves is supported by the evidence, we think that, in the circumstances of this case, such agreement for the imposition of the restrictions upon subsequent-run exhibitors was not a prerequisite to an unlawful conspiracy. It was enough that, knowing that concerted action was contemplated and invited, the distributors gave their adherence to the scheme and participated in it. […]. It is elementary that an unlawful conspiracy may be and often is formed without simultaneous action or agreement on the part of the conspirators. Acceptance by competitors, without previous agreement, of an invitation to participate in a plan the necessary consequence of which, if carried out, is restraint of interstate commerce is sufficient to establish an unlawful conspiracy under the Sherman Act (*Interstate Circuit, Inc. c. United States*, 1939)[16].

En este contexto, puede apreciarse que la **práctica concertada** constituye una conducta en la cual las partes actúan en el mercado tomando en consideración elementos vinculados al accionar futuro de sus competidores, los cuales son obtenidos de estos por contactos que no implican la celebración de un acuerdo anticompetitivo. Esta acción, al ser una respuesta cooperativa consciente, establece e implementa el consentimiento de cada una de las partes de restringir la competencia, concretando el concierto de voluntades que configura la conducta[17].

El concepto descrito puede diferenciarse del **acuerdo** debido a que en las **prácticas** concertadas la ejecución de la conducta anticompetitiva es a su vez un componente de la configuración del concierto de voluntades, mientras que en el caso del **acuerdo** la celebración del concierto de voluntades preexiste a su implementación, configurándose de la coordinación entre competidores realizada con anterioridad[18].

Muestra de esta diferenciación es presentada por diversos autores tales como Monti, quien identifica que la actuación de las partes considerando la información obtenida constituye el elemento que termina de configurar a la práctica concertada[19]:

> In an early case the Court drew a distinction between concerted action (collusion) and the concerted practice (the implementation of col-

[16] Si bien la conclusión del Tribunal de Distrito de un acuerdo de los distribuidores entre sí está respaldada por las pruebas, creemos que, en las circunstancias de este caso, tal acuerdo para la imposición de las restricciones a los exhibidores subsiguientes no era un requisito previo para una conspiración ilegal. Era suficiente que, sabiendo que se contemplaba e invitaba la acción concertada, los distribuidores dieran su adhesión al esquema y participaran en él. [...]. Es elemental que una conspiración ilícita pueda formarse y a menudo se forme sin acción o acuerdo simultáneos por parte de los conspiradores. La aceptación por los competidores, sin acuerdo previo, de una invitación a participar en un plan cuya consecuencia necesaria, si se lleva a cabo, es la restricción del comercio interestatal es suficiente para establecer una conspiración ilícita con arreglo a la Ley Sherman [traducción libre].

[17] En este escenario la evaluación de las explicaciones alternativas de la actuación del administrado permitirá verificar si el accionar optado por este corresponde a aspectos ajenos a la interacción o corresponden a la influencia de la información obtenida a partir de esta.

[18] Para una referencia de los alcances del contenido buscado en la prueba documental utilizada para la acreditación de prácticas colusorias horizontales ver Monti (2007, p. 330):

> In the majority of cases, the Commission proves agreements and concerted practices by obtaining documentary evidence of collusion: for example, faxes, emails or recorded conversations. These documents must show either that the parties agreed to behave in the market in a specific way (so that the documents can prove the presence of an agreement), or that the parties have exchanged information about their future intentions, thereby facilitating coordination and showing the presence of a concerted practice.

[19] Para una referencia similar ver Brokelmann quien señala que:

> Como se desprende de esta clásica definición acuñada en la jurisprudencia del TJCE, la práctica concertada es una práctica colusoria que, como tal, exige necesariamente la existencia de algún contacto bilateral o plurilateral, o una voluntad común entre las partes de la misma. De ahí que una práctica concertada pueda inferirse cuando ha habido un contacto entre competidores cuyo objeto haya sido eliminar la incertidumbre sobre su futuro comportamiento competitivo –ya sea por anunciar el propio comportamiento competitivo en el entendimiento de que los demás se adapten al mismo, ya sea por intentar conocer el futuro comportamiento de los demás competidores–. El medio habitual de conseguir esta concertación es el intercambio de información sensible, puesto que permite modificar artificialmente las condiciones normales de competencia, que se caracterizan precisamente por la incertidumbre en cuanto a las reacciones de los competidores respecto al propio comportamiento competitivo. La exigencia de independencia o autonomía se convierte, por tanto, en el eje de la jurisprudencia del Tribunal (2015, p. 91).

> lusion). The difference might be illustrated in this way: if two competitors enter into a contract to set the same price for their goods, this is an unlawful agreement from the moment the contract is signed. **In contrast, if two competitors meet and exchange information about their intended commercial strategy for the following year, this is a concerted practice only when the parties take this information into account in devising their future commercial strategy** (2007, p. 326) [énfasis agregado][20].

La figura descrita permite igualmente reconducir aquellos supuestos de colusión en los que el reducido nivel de medios probatorios no permita acreditar de manera clara la celebración del **acuerdo** previamente a su implementación, siendo posible su constatación como **prácticas concertadas** al verificarse como única explicación que la alineación del accionar de las partes se concreta como consecuencia del contacto o coordinación previa existente.

Este aspecto es reconocido por autores como Brokelmann, quien verifica que el concepto de **práctica concertada** facilita a las autoridades de competencia su labor en casos en los que la celebración del consenso o los detalles de su contenido no resultan claros, bastando con calificar la conducta como práctica concertada de identificarse un correlato entre la coordinación de los competidores y el reemplazo en la realidad de la dinámica competitiva por cooperación[21]:

> El concepto de «práctica concertada» ha evolucionado a lo largo de los años para convertirse en una cláusula general que –más allá de los «acuerdos» entre empresas y las «decisiones» de asociaciones– abarca cualquier forma de coordinación entre empresas, facilitando así a las autoridades de competencia la labor de calificar un sinfín de conductas que típicamente se desarrollan en el marco de un cártel complejo y de larga duración. El recurso a la noción de «práctica concertada» facilita a las autoridades de competencia la tarea de tener que calificar individual y pormenorizadamente si la coordinación ya ha alcanzado un grado suficiente como para ser calificada como «acuerdo» o si se trata meramente de una práctica concertada. La Comisión Europea califica incluso en ocasiones una práctica al mismo tiempo como «acuerdo» o «práctica concertada». Si todo el proceso entre las empresas imputadas tiene la finalidad de coordinar el comportamiento competitivo de dichas empresas en el mercado, la jurisprudencia tiene reconocido que basta con calificar el conjunto de conductas como «práctica concertada». De esta manera, la práctica concertada se ha convertido en un tipo abierto, con todas las dificultades que ello entraña desde el punto de vista de la necesaria tipicidad del Derecho sancionador (2015, pp. 88-89).

En este escenario, la ausencia de ciertos elementos probatorios podrá implicar tanto la acreditación de un **acuerdo**, con apoyo de la prueba indiciaria, como también la posibilidad de recurrir al supuesto de **práctica concertada**, en caso los elementos no resulten suficientes para acreditar la celebración en si del acuerdo anticompetitivo o ciertos detalles relevantes de su contenido.

A partir del análisis desarrollado corresponde posicionar a la **práctica concertada** como una variante del **acuerdo** caracterizada por la concreción del concierto de voluntades por medio del accionar de cada participante (manifestando con ello su adherencia a la conducta anticompetitiva[22]), el cual

---

[20] En un primer caso, la Corte estableció una distinción entre la acción concertada (colusión) y práctica concertada (la implementación de la colusión). La diferencia podría ilustrarse de esta manera: si dos competidores celebran un contrato para fijar el mismo precio por sus mercancías, se trata de un acuerdo ilegal desde el momento en que se firma el contrato. **En cambio, si dos competidores se reúnen e intercambian información sobre su estrategia comercial prevista para el año siguiente, se trata de una práctica concertada sólo cuando las partes tienen en cuenta esta información al elaborar su futura estrategia comercial** [traducción libre] [énfasis agregado].

[21] Esta apreciación es coherente con la jurisprudencia del TJUE, que refiere que la diferenciación entre **acuerdos**, **decisiones de asociaciones** y **prácticas concertadas** tiene como finalidad impedir que las empresas infractoras evadan la aplicación de la prohibición utilizando una forma particular de coordinación. Al respecto ver la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 11 de septiembre de 2014, *MasterCard Inc. y otros c. Comisión*, la cual señala en su apartado 63 que:

> Así, resulta de una jurisprudencia constante que, si el artículo 81 CE distingue el concepto de práctica concertada del de acuerdos entre empresas o del de decisiones de asociaciones de empresas, lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición las diferentes formas de coordinación entre empresas de su comportamiento en el mercado (véanse, en particular las sentencias *Imperial Chemical Industries c. Comisión*, 1972, apartado 64; *Comisión c. Anic Partecipazioni*, 1999, apartado 112; asi como Asnef-Equifax y Administración del Estado, 2006, apartado 32) y evitar así que las empresas puedan eludir las normas de la competencia simplemente en razón de la forma en que coordinan este comportamiento.

[22] Una referencia adicional a la concreción del consenso en este tipo de conducta puede apreciarse en el Diccionario del Español Jurídico, el cual define a la **práctica concertada** como una "conducta restrictiva de la competencia resultado de la coordinación entre empresas que deriva de un acuerdo tácito o, más frecuentemente, de un acuerdo explícito que no es posible acreditar mediante pruebas directas" (RAE, s.f., Práctica Concertada).

constituye a su vez la adhesión a la restricción anticompetitiva y su implementación.

### D. Interpretación de la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas

Una vez identificados los alcances teóricos de los distintos supuestos señalados en el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, corresponde analizar el desarrollo de estos planteado por la Exposición de Motivos de dicha ley, a efectos de verificar los alcances de su contenido.

Al respecto, puede apreciarse que la Exposición de Motivos de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas presenta brevemente a los distintos tipos de prácticas colusorias horizontales, señalando algunos aspectos vinculados a cada uno de ellos dentro de unos paréntesis ubicados a la derecha de cada término:

> **Prácticas colusorias horizontales**
>
> En el numeral 11.1 del artículo 11 del Decreto Legislativo se define qué se entiende por prácticas colusorias horizontales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos, a saber, acuerdos (**convenios demostrados mediante pruebas directas**), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directiva con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas (**convenios demostrados mediante indicios y presunciones**) (Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, 2008) [énfasis agregado].

El contenido detallado en estos paréntesis permite observar una primera disociación entre los cuatro supuestos, señalando que los **acuerdos** y **prácticas concertadas** constituirían convenios, mientras que las **decisiones** y r**ecomendaciones** constituirían directivas.

Sobre el particular, una primera aproximación literal a los términos **convenio** y **directiva** permite observar que estas palabras son utilizadas de manera coloquial y no de forma técnica al esbozar en la Exposición de Motivos algunos alcances respecto de los cuatro supuestos

Esta situación se identifica al verificar que los alcances del término **convenio** podría referir a su vez a la presencia de un acuerdo en ambos supuestos (**acuerdo** y **práctica concertada**), descartando que la ausencia de prueba directa excluiría la presencia de un acuerdo.

Así, el término **convenio** es definido por el Diccionario de la Lengua Española como un "acuerdo o pacto" (RAE, s.f., Convenio), mientras que el Diccionario del Español Jurídico de la RAE lo define como el "pacto, acuerdo o contrato establecido entre dos o más personas o entidades, con la finalidad de regular una determinada situación o poner punto final a una controversia" (s.f., Convenio).

El escenario descrito se aprecia igualmente en el caso de la definición del término **directiva**, concepto que es descrito por el Diccionario de la Lengua Española como una "instrucción que ha de seguirse" (RAE, s.f., Directiva), aspecto que a pesar de plantearse en los supuestos de **decisión** y **recomendación** referiría en mayor medida al carácter obligatorio señalado con relación a la decisión.

La lectura literal de los paréntesis vinculados a estos cuatro supuestos resulta igualmente discordante con la jurisprudencia nacional y comparada, la cual llega a excluir estos elementos o los considera únicamente como elementos usualmente utilizados para la acreditación de ciertas prácticas colusorias horizontales.

Muestra de esta situación se observa al contrastar el paréntesis vinculado a la **práctica concertada** con la definición de este concepto desarrollada por el TJUE, la cual descarta en su configuración la celebración de un convenio señalada en la Exposición de Motivos con relación a este concepto:

> 26. Por lo que respecta a la definición de práctica concertada, el Tribunal de Justicia declaró que tal práctica concertada es una **forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas**[23] (T-Mobile Netherlands y otros, C-8/08, EU:C:2009:343, 2009) [el énfasis es nuestro].

De manera semejante, la jurisprudencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi permite observar que los alcances de la **recomendación** no se circunscriben a la emisión de directivas por parte de una entidad

[23] Véanse las sentencias de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663, apartado 26, y de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 y C-125/85 a C-129/85, Rec. p. I-1307, apartado 63.

gremial, bastando para su configuración la realización de exhortaciones:

> 43. Ciertamente, a efectos de encontrarse en el ámbito del Decreto Legislativo 1034 - Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, lo más importante es que cualquier decisión, recomendación u otra actividad de la asociación debe ser capaz de reprimir la competencia entre sus miembros. Por ello, se ha enfatizado que las decisiones o recomendaciones no requieren ser formales ni vinculantes, ni deben ser expresamente aprobadas por los miembros de la asociación para que sean sancionables por las normas de competencia, dado que incluso una exhortación oral puede llevar a responsabilidad si está dirigida a que los miembros la acaten (Resolución 0037-2017/SDC-INDECOPI, 2017).

Por el contrario, las referencias presentes en los cuatro paréntesis correspondientes a **acuerdo**, **decisión**, **recomendación** y **práctica concertada** parecerían indicar las situaciones de usual recurrencia de estos supuestos en la experiencia de la autoridad de competencia, contexto que explicaría el uso coloquial de estos términos.

En ese sentido, la mención en la Exposición de Motivos a la utilización de prueba directa o indirecta en los **acuerdos** y **prácticas concertadas** únicamente correspondería al tipo de medio probatorio utilizado usualmente para la acreditación de ambos supuestos.

Ello se observaría en la posterior jurisprudencia de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi, la cual ha permitido la utilización de prueba indirecta en el caso de **acuerdos**[24] y, en aplicación de un símil con la diferenciación de acuerdos **expresos** y **tácitos** existente en la jurisprudencia norteamericana, ha señalado escenarios en los que se suelen utilizar pruebas directas, para los **acuerdos colusorios expresos**, o pruebas indirectas, para las prácticas concertadas, sin desconocer la presencia de un acuerdo en ambos supuestos:

> 92. Así, mientras que los acuerdos colusorios expresos –propiamente dichos– son demostrados mediante pruebas directas (actas, contratos, correspondencia, grabaciones, filmaciones, testimonios, etc.), las prácticas concertadas son probadas a través de indicios y presunciones. En este último caso, si bien no existe prueba directa de la realización de un acuerdo entre las empresas investigadas, su actuación no puede ser explicada de otra manera sino asumiendo la existencia de un acuerdo (Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, 2013).

A mayor abundamiento, una revisión de las fuentes utilizadas por la Sala Especializada de Defensa de la Competencia en el pronunciamiento citado permite identificar la continua referencia a la utilización de la prueba indirecta o de presunciones para acreditar los distintos tipos de prácticas colusorias horizontales. Ello es reconocido por el propio Tribunal de Defensa de la Competencia de España:

> El artículo 1.1 LDC prohíbe todo "acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o en parte del mercado nacional.
>
> De estas prohibiciones, la práctica concertada es aquella conducta anticompetitiva que se deriva de una identidad de comportamientos que no se explican de modo natural por la propia estructura o las condiciones de competencia del mercado y que por esta razón induce a pensar en la existencia de acuerdos tácitos o formas de coordinación entre los operadores económicos que no pueden ser expresamente probados (1988).
>
> **En los procedimientos en materia de la competencia es frecuente acudir a la prueba de presunciones para demostrar la existencia de una infracción, fundamentalmente, cuando se trata de conductas colusorias. Las empresas que conciertan sus actuaciones no acostumbran a dejar rastro de sus convenios, si bien los resultados de éstos resultan evidentes y de ellos se puede deducir la existencia de un acuerdo, como única explicación plausible (**Expediente 426/98, 1999).

Debido a ello, y a partir de un análisis detallado de la Exposición de Motivos, puede concluirse que la referencia al medio probatorio utilizado (prueba directa o indirecta) únicamente corresponde a una mención al tipo de evidencia que es usualmente utilizado para la acreditación de un **acuerdo** o **práctica concertada**.

### E. Alcances de la propuesta formulada

A partir de los alcances esbozados se ha logrado constatar que los supuestos previstos por

[24] Ver Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI del 26 de agosto de 2019, Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI del 12 de septiembre de 2019 y Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI del 10 de diciembre de 2019.

el artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas corresponden a distintas manifestaciones de una misma infracción administrativa, en concreto, la práctica colusoria horizontal.

Esta conducta, tipificada por el artículo 11, consiste en la coordinación entre dos o más agentes económicos competidores que tiene por objeto o efecto restringir, suprimir o controlar la competencia real o potencial existente entre estos en un mismo nivel de su actividad económica[25].

La infracción descrita podría concretarse de diversas formas, presentando como manifestación básica o general al **acuerdo**, el cual consiste en la existencia de una voluntad concordante de dos o más partes que, indistintamente a la forma en que se manifiesta, tiene por objeto o efecto restringir la competencia[26].

De presentarse diversos elementos adicionales en la concreción de la práctica colusoria horizontal esta podría calzar en una de las tres manifestaciones de mayor especificidad señaladas en el artículo 11.1, las **decisiones**, **recomendaciones** y **prácticas concertadas**.

La **decisión** y **recomendación** constituyen las dos variantes de prácticas colusorias horizontales presentadas en el marco de una asociación o entidad gremial, caracterizándose por constituir disposiciones de cumplimiento obligatorio (decisión) o referencial (recomendación) aprobadas en estas entidades con el objeto o efecto de restringir la competencia.

La **práctica concertada** constituye una conducta en la que las partes actúan en el mercado tomando en consideración elementos vinculados al accionar futuro de sus competidores, los cuales son obtenidos de estos sin la celebración previa de un acuerdo anticompetitivo, configurándose recién la confluencia de voluntades con esta actuación consciente.

En ese sentido, la definición de **acuerdo** y **práctica concertada** esbozada en las secciones precedentes plantea la exclusión de las definiciones desarrolladas por un sector de la doctrina, el cual considera que la distinción entre ambos conceptos se sustenta en el tipo de prueba utilizada para la demostración de la conducta anticompetitiva, calificándolas como **acuerdo** en caso de utilizarse prueba directa y como **práctica concertada** en caso de utilizarse de indicios y presunciones (prueba indirecta).

El alejamiento de esta postura resulta concordante con la jurisprudencia del TJUE, la cual reconoce en sus pronunciamientos que los **acuerdos** y las **prácticas concertadas** pueden ser acreditados mediante la utilización de prueba indiciaria:

> 55. Al ser notorias tanto la prohibición de participar en estos acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que pueden exponerse los infractores, es habitual que dichos acuerdos y prácticas se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, a menudo en un país tercero y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.
>
> 56. Aunque la Comisión descubra documentos que acrediten explícitamente un contacto ilícito entre los operadores, como las actas de una reunión, dichos documentos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción.
>
> 57. **En la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas sobre competencia** (*Aalborg-Portland y otros c. Commisión*, 2004) [énfasis agregado].

De manera semejante, el desarrollo planteado permite considerar la posibilidad de imputar cualquiera de las manifestaciones previstas en el artículo 11.1 como **práctica colusoria horizontal** o **acuerdo**, al resultar distintas manifestaciones de una misma infracción que presenta un supuesto general.



[25] Conforme refieren autores como Brokelmann, los alcances de este concepto implican la necesaria confluencia de voluntades en las distintas prácticas colusorias horizontales:

> El hecho de que el art. 81 TCE confiera el mismo trato a «acuerdos» y «prácticas concertadas», pone de manifiesto que el requisito de la concordancia de voluntades –o de la «colusión», como se rotula el art. 1 LDC– es consustancial a ambos conceptos y permite a su vez su distinción del concepto de conducta unilateral, prohibida en el art. 82 TCE únicamente en el caso de que exista al mismo tiempo una posición de dominio (2015, p. 93).

[26] Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 22 de octubre de 2015, *AC-Treuhand c. Comisión*, apartado 28, y Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea del 13 de julio de 2006, *Comisión c. Volkswagen*, apartado 37.

Esta interpretación del artículo 11.1 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas como una sola infracción resulta semejante a los criterios asumidos por el TJUE para la aplicación de su tipo infractor de prácticas colusorias horizontales, diferenciándose de la propuesta planteada al presentar, en lugar de un supuesto general (el **acuerdo**), la consideración del estándar de **práctica concertada** como un nivel mínimo de acreditación que podrá ser aplicado incluso en casos calificados previamente como **acuerdos**:

> 52. Según jurisprudencia reiterada, los conceptos de «acuerdo» y «práctica concertada» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, incluyen, desde un punto de vista subjetivo, formas de colusión que comparten la misma naturaleza y se distinguen solo por su intensidad y por las formas en que se manifiestan (véase, en particular, T - Mobile Netherlands y otros, citado anteriormente, apartado 23 y la jurisprudencia citada). En consecuencia, es suficiente que las pruebas de los elementos constitutivos de cualquiera de estas formas de infracción previstas por dicha disposición se hayan proporcionado para que esta última se aplique en cualquier caso.
>
> 53. De ello se deduce que, aun suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error al interpretar y aplicar la noción de «acuerdo» en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, este supuesto error no podía, por sí solo, conducir a la anulación del sentencia recurrida, ya que, como puede verse en el examen de la segunda parte del primer motivo y, en particular, del apartado 43 de la presente sentencia, en los apartados 101 a 120 de la sentencia recurrida se ha demostrado correctamente que los contactos que tuvieron lugar durante el período inicial podría en cualquier caso clasificarse como "práctica concertada" en el sentido de esa disposición (*Solvay Solexis SpA c. Comisión*, 2013) [traducción libre][27].

En ese sentido, a partir del análisis realizado se puede concluir que la propuesta de interpretación formulada resulta consistente con la jurisprudencia y doctrina a nivel comparado, siendo coherente su aplicación para poder solucionar incongruencias generadas por la aplicación de criterios exógenos a la actuación del agente infractor.

## V. CONCLUSIONES

Las prácticas colusorias horizontales constituyen una de las principales preocupaciones de toda agencia de competencia, debido a la grave afectación que estas generan y a las dificultades presentes en su detección.

En el ordenamiento peruano, las prácticas colusorias horizontales se encuentran tipificadas en el artículo 11 del TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, señalando cuatro supuestos en los que se pueden concretar: (i) acuerdos; (ii) decisiones; (iii) recomendaciones; y, (iv) prácticas concertadas.

La imputación de este tipo de infracciones ha resultado recurrente en la última década en los casos seguidos ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, reflejando la importancia de la proscripción de esta conducta en nuestro ordenamiento.

A pesar de esto, la normativa y jurisprudencia en el Perú no se ha detenido a abordar de manera detallada la interrelación existente entre los supuestos de prácticas colusorias horizontales señalados en el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, solamente limitando su análisis teórico a constatar aspectos como la aplicación de la prohibición absoluta a las recomendaciones y decisiones.

En el marco de esta situación, a lo largo de los últimos años se ha formulado la existencia de problemas de tipificación en las imputaciones realizadas por prácticas colusorias horizontales, resaltando la pretensión de declarar nulo el procedimiento en caso la infracción finalmente constatada pase de considerarse un **acuerdo** a una **práctica concertada**.

---

[27] Véase la versión original en italiano:

> 52. Secondo una giurisprudenza costante, le nozioni di «accordo» e di «pratica concordata», ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, comprendono, dal punto di vista soggettivo, forme di collusione che condividono la stessa natura e si distinguono solo per la loro intensità e per le forme con cui si manifestano (v., segnatamente, sentenza T-Mobile Netherlands e a., cit., punto 23 e giurisprudenza ivi citata). Di conseguenza, basta che la prova degli elementi costitutivi dell'una o dell'altra di queste forme di infrazione previste da detta disposizione sia stata fornita affinché quest'ultima comunque si applichi.
>
> 53. Da ciò discende che, anche ipotizzando che il Tribunale abbia commesso un errore interpretando e applicando la nozione di «accordo» ai sensi dell'articolo 81, paragrafo 1, CE, questo presunto errore non potrebbe condurre, da solo, all'annullamento della sentenza impugnata dal momento che, come si evince dall'esame della seconda parte del primo motivo e, in particolare, dal punto 43 della presente sentenza, nei punti da 101 a 120 della sentenza impugnata è stato correttamente dimostrato che i contatti avvenuti nel corso del periodo iniziale potevano essere comunque qualificati come «pratica concordata» ai sensi di detta disposizione.

El planteamiento descrito tendría como sustento la posición de un sector de la doctrina nacional que distingue a los **acuerdos** y **práctica concertada** por el tipo de prueba utilizada para la demostración de la conducta anticompetitiva, calificándolas como **acuerdo** en caso de utilizarse prueba directa y como **práctica concertada** en caso de utilizarse indicios y presunciones (prueba indirecta).

No obstante ello, a partir de un análisis detallado de los conceptos de acuerdo, decisión, recomendación y práctica concertada, a la luz de la jurisprudencia del TJUE y la doctrina comparada, es posible identificar de manera clara los alcances e interrelación existente entre estos cuatro conceptos, identificándose que estos corresponden a distintas manifestaciones de una misma infracción.

Esta infracción, es decir, la práctica colusoria horizontal, presentaría como supuesto base o general al **acuerdo**, siendo las manifestaciones restantes supuestos específicos de mayor concreción que se presentan al identificarse elementos adicionales que resultan particulares a estas variantes.

Es así como la **decisión** y **recomendación** constituyen variantes de prácticas colusorias horizontales presentadas en el marco de una asociación o entidad gremial, caracterizándose por constituir disposiciones de obligatorio (decisión) o referencial (recomendación) cumplimiento.

A diferencia de ello, la **práctica concertada** constituye una variante en la que la ejecución de la conducta anticompetitiva es a su vez un componente de la configuración del concierto de voluntades, no requiriendo la existencia del acuerdo con anterioridad a esta actuación.

Esta interpretación, consistente con la jurisprudencia del TJUE y la doctrina comparada, permite descartar la diferenciación de los conceptos de **acuerdo** y **práctica concertada** a partir del tipo de prueba utilizado, así como las alegaciones con relación a los presuntos vicios de nulidad que generaría que en el marco de un procedimiento sancionador se varíe de los alcances del concepto de **acuerdo** a los de una práctica concertada, situaciones ya superadas por este tribunal.

**REFERENCIAS**


ABA Section of Antitrust Law (2010). *Proof of Conspiracy Under Federal Antitrust Laws.* American Bar Asocciation.

Alonso Soto, R. (2009). Acuerdos, Decisiones y Otras Conductas Explícitas. En Martínez Lage, S. & Petitbo Juan, A (directs.), *Los acuerdos Horizontales entre empresas* (pp. 65-85). Marcial Pons. https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-04_Acuerdos_decisiones_otras_conductas_explicitas-Alonso.pdf.

Brokelmann, H. (2009). Prácticas concertadas y conscientemente paralelas. En Martínez Lage, S. & Petitbò Juan A (directs.), *Los acuerdos Horizontales entre empresas* (pp. 87-114). Marcial Pons. https://frdelpino.es/investigacion/wp-content/uploads/2015/09/DE001-05_Practicas_concertadas_concientemente_paralelas-Brokelmann.pdf.

Deza Sandoval, T. (2009). Análisis de las prácticas colusorias horizontales contenidas en la Ley de Represión de Conductas anticompetitivas a la luz de la jurisprudencia europea. *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual,* (9), 31-62.

Diez Canseco, L., & Fernández, D. (2013). *Modulo Derecho de la Libre Competencia.* Academia de la Magistratura.

Gellhorn, E., Kovacic, W., & Calkins, S. (2008). *Derecho y Economía de la Competencia*. Casals & Associates.

Monti, G. (2007). *EC Competition Law*. Cambrige University Press.

Quintana Sánchez, E. (2008). Tratamiento de la Colusión Tácita en el Perú: Marchas y Contramarchas. *Revista de Derecho de la Competencia,* (4), 119-189.

(2011). Prácticas Concertadas entre Competidores y Estándar de Prueba Requerido. *Revista de Derecho Administrativo, 10*(I), 16-45.

(2013). *Libre Competencia: Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos*. Indecopi.

(2015). Peligros en la tipificación de Recomendaciones como Práctica Anticompetitiva en la Ley peruana. *Ius et Veritas,* (51), 46 - 63.

Real Academia Española. (s.f.). Convenio. En Diccionario de lengua española. https://dle.rae.es/convenio?m=form.

(s.f.). Convenio. En Diccionario del Español Jurídico. https://dej.rae.es/lema/convenio.

(s.f.). Directiva. En Diccionario de lengua española. https://dle.rae.es/directivo#Dr0oRwT.

(s.f.). Práctica Colusoria. En Diccionario del español jurídico. https://dej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-colusoria.

(s.f.). Práctica Concertada. En Diccionario del español jurídico. https://dej.rae.es/lema/pr%C3%A1ctica-concertada.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Case C-48/69, Imperial Chemical Industries Ltd. v. Comm'n,, 1972 E.C.R. 619

Case C-45/85, Verband Der Sachversicherer v. Comm'n, 1987 E.C.R. 405

Case C-309/99, Wouters y otros, 2002 I-01577

Case C-204/00, Aal- borg Portland y otros v. Comm'n, 2004 I-00123

Case C-74/04 P, Comm'n v. Volkswagen, 2006 I-06585

Case C-8/08, T-Mobile Netherlands y otros, 2009 I-04529

Case C-449/11 P, Solvay Solexis SpA v. Comm'n, 2013

Case C-382/12 P, MasterCard Inc. y otros v. Comm'n, 2014

Case C-194/14P, AC-Treuhand v. Comm'n, 2015

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano,* 25 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano,* 19 de febrero de 2019 (Perú).

Decreto 2153 de 1992, Decreto por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial, 31 de diciembre de 1992 (Col.).

Exposición de motivos del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Interstate, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 15 de julio de 2013, Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 23 de enero de 2017, Resolución 0037-2017/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 22 de agosto de 2017, Resolución 0508-2017/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 26 de agosto de 2019, Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 12 de septiembre de 2019, Resolución 0171-2019/SDC-INDECOPI (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia, 10 de diciembre de 2019, Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI (Perú).

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, Informe 020-2004-INDECOPI/ST-CLC (Perú).

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 31 de diciembre de 2018, Resolución 0104-2018/CLC-INDECOPI (Perú).

Tribunal de Defensa de la Competencia de España, 15 de abril de 1999, Resolución recaída en el Expediente 426/98 (Esp.).

Tribunal de Defensa de la Competencia de España, 7 de abril de 2000, Resolución recaída en el Expediente 472/99 (Esp.).

10.18800/themis.202002.010

# ¿CÁRCEL PARA LOS COLUSORES? REFLEXIONES SOBRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS EN EL PERÚ

## *PRISON FOR ANTITRUST OFFENDERS? REFLECTIONS ON THE CRIMINALIZATION OF ANTI-COMPETITIVE PRACTICES IN PERU*

**Francisco José Floríndez Aramburú***
**Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS**
**Rodrigo, Elías & Medrano Abogados**

**Sebastián Velarde Ferreyros****
**Exmiembro del Consejo Directivo de THĒMIS**
**Rodrigo, Elías & Medrano Abogados**

**Laura Zúñiga Alemán*****
**Luz del Sur S.A.A.**

*On August 29, 2020, in an attempt to address some of the public's claims in the context of the health crisis, the Congress of the Republic of Peru approved Law 31040, a Law amending the Criminal Code and the Consumer Protection Code, with regard to hoarding, speculation and adulteration, which aims to criminalize the execution of anticompetitive practices. Thus, these practices, until before the enactment, merited only administrative sanctions imposed by Indecopi's Committee on the Defense of Free Competition.*

*In this paper, the authors present some reflections on the compatibility of that Act with the Peruvian legal system. In this way, they substantiate why it constitutes an obstacle to the suppression of anti-competitive practices and increases the level of legal uncertainty for potential offenders.*

*Keywords: Act No. 31040; abuse of economic power; anti-competitive practices; free competition; criminal sanction.*

*El 29 de agosto de 2020, en un intento por atender algunos de los reclamos de la población en el marco de la crisis sanitaria, el Congreso de la República del Perú aprobó la Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, que tiene por objeto criminalizar la realización de prácticas anticompetitivas. Dichas prácticas, hasta antes de la promulgación, eran merecedoras únicamente de sanciones administrativas impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.*

*En el presente artículo, los autores presentan algunas reflexiones sobre la compatibilidad de la referida Ley con el ordenamiento jurídico peruano. De esa manera, fundamentan por qué constituye un obstáculo para la represión de prácticas anticompetitivas e incrementa el nivel de inseguridad jurídica para los administrados*

*Palabras clave: Ley 31040; abuso de poder económico; prácticas anticompetitivas; libre competencia; sanción penal.*

* Abogado. Asociado del área de Regulación de Servicios Públicos y Libre Competencia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: fflorindez@estudiorodrigo.com

** Bachiller en Derecho. Asociado del área de Regulación de Servicios Públicos y Libre Competencia de Rodrigo, Elías & Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: svelarde@estudiorodrigo.com

*** Abogada. Jefa del Departamento de Regulación de Luz del Sur S.A.A. (Lima, Perú). Contacto: lzuñiga@luzdelsur.com.pe

Las opiniones contenidas en el presente artículo son estrictamente académicas y a título personal.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 10 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El periodo 2016-2020 ha sido quizás uno de los más singulares de los últimos años. En este periodo, el Perú no solo ha transitado por una manifiesta inestabilidad política, sino que, además, ha debido afrontar una pandemia que derivó en un aislamiento social obligatorio y que desencadenó una de las crisis económicas más severas del país en las últimas décadas.

Una crisis –como la actual– requiere respuestas rápidas y efectivas; sin embargo, muchas veces el remedio aplicado es peor que la enfermedad. Este artículo muestra un ejemplo de cómo una medida adoptada para atender una demanda social derivó en la aprobación de una norma que complica la regulación existente en materia de libre competencia.

En el contexto de la pandemia, el Poder Ejecutivo decretó el aislamiento social obligatorio, lo que generó la escasez y el incremento de precios de una serie de productos de primera necesidad (tales como papel higiénico, harina, alcohol medicinal, entre otros), así como de otros productos que se volvieron indispensables durante la pandemia (tales como medicamentos, oxígeno medicinal, etc.). Ante esto, parte de la opinión pública exigió la sanción más severa para aquellos que, aprovechando la oportunidad, subieron sus precios.

Como respuesta al alza de precios, y de modo ciertamente populista, el Congreso de la República decidió, entre otras medidas legislativas, volver a tipificar como delito el abuso de poder económico y las prácticas o acuerdos destinados a restringir la competencia. Así, el 5 de junio de 2020 se aprobó el texto sustitutorio del Proyecto de Ley 731/2016-CR y otros (en adelante, Proyecto de Ley) que prevé, entre otros aspectos, la tipificación del delito de abuso de poder económico en el artículo 232 del Código Penal.

Sin perjuicio de las contundentes observaciones formuladas por el Poder Ejecutivo al Proyecto de Ley[1], el 29 de agosto de 2020 el Congreso de la República decidió aprobar por insistencia el referido proyecto, dando origen a la Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración (en adelante, la Ley).

Como adelantamos, la Ley tiene por objeto criminalizar, como ocurría antes, la realización de prácticas anticompetitivas, las que, hasta antes de su promulgación, eran merecedoras únicamente de sanciones administrativas impuestas por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi).

Hasta ahora, la criminalización de este tipo de prácticas se aplica en diversos países miembros de la Unión Europea, Estados Unidos, Chile, entre otros. Sin embargo, en dichas legislaciones, la criminalización de estas prácticas se ha planteado de forma distinta al esquema previsto en la Ley, criminalizándose únicamente las conductas más graves como las prácticas colusorias horizontales[2].

Este artículo presenta algunas reflexiones sobre la compatibilidad de la Ley con nuestro ordenamiento jurídico, la que, en nuestra opinión, constituye un obstáculo para la represión de prácticas anticompetitivas e incrementa el nivel de inseguridad jurídica para los administrados.

## II. CUANDO SER ANTICOMPETITIVO ERA CONSIDERADO UN DELITO: EL ANTIGUO ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL

Desde el año 1991 hasta el año 2008, el delito de abuso de poder económico se encontraba tipificado en el Código Penal, aunque regulado de manera distinta a la prevista en la Ley.

La tipificación anterior implicaba, a diferencia de la nueva propuesta del Congreso de la República, un análisis más completo de la conducta anticompetitiva realizada, ya que, para sancionar penalmente el delito de abuso de poder económico, era necesario analizar no solo el Código Penal, sino también el Decreto Legislativo 701[3].

El delito de abuso de poder económico se encontraba tipificado en el Código Penal, hasta el año 2008, de la siguiente manera:

---

1 El Poder Ejecutivo formuló observaciones mediante el Oficio 103-2020-PR del 2 de julio de 2020.

2 De acuerdo con Loughlin, existe una tendencia a nivel mundial destinada al uso de sanciones penales con la finalidad de reprimir los cárteles. Al respecto, el referido autor señala

> [r]ecently, there has been a proliferation of jurisdictions across the world seeking to use criminal sanctions to deter and punish this type of anticompetitive behavior, and many have enacted laws that criminalize cartel activity. This is a product of the worldwide trend towards tougher sanctions against cartels advocated by international organizations (2016, p. 17).

3 Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

**Artículo 232.- Abuso de poder económico**

El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4 (1991).

De la norma anterior, se desprenden los siguientes tres (3) elementos:

(i) La versión anterior del artículo 232 del Código Penal constituía un tipo penal en blanco que se completaba a partir de lo dispuesto por la ley de la materia, esto es, por el Decreto Legislativo 701. En otras palabras, la norma penal requería expresamente analizar el Decreto Legislativo 701 para verificar la comisión del tipo penal.

Es por ello que, antes de que se diera inicio a la investigación penal, era indispensable que el Indecopi haya determinado previamente que existió una conducta anticompetitiva pasible de ser sancionada administrativamente bajo las normas de libre competencia vigentes en la época.

(ii) El Decreto Legislativo 701 disponía que el Indecopi, una vez emitida la resolución que sancione la existencia de una conducta anticompetitiva, debía analizar si esta fue realizada de manera dolosa y si suponía graves consecuencias para el interés económico general[4]. Cumplidas las condiciones antes mencionadas, el Indecopi debía comunicar la existencia de la infracción al Fiscal Provincial competente, a efectos de que este realice las investigaciones penales correspondientes. Inicialmente, el Decreto Legislativo 701 señalaba que el Ministerio Público solo podía iniciar la acción penal luego de recibida la denuncia de la Comisión.

(iii) Una vez realizada la denuncia por parte del Indecopi, se debía seguir un procedimiento penal regulado bajo las disposiciones del Código Procesal Penal.

Como se puede observar, en el anterior artículo 232 del Código Penal la participación del Indecopi era absolutamente necesaria, toda vez que es esta entidad quien tiene las facultades y el conocimiento especializado para investigar este tipo de conductas, las cuales –adicionalmente a un análisis jurídico– requieren de un análisis económico.

La norma bajo comentario fue derogada en el 2008 por el Decreto Legislativo 1034, cuyo Texto Único Ordenado ha sido aprobado mediante el Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante, Ley de Competencia). Una de las principales razones por la que se derogó el delito de abuso de poder económico fue su nula aplicación práctica. Así, en 2008 no se procesó penalmente a ningún agente económico por la realización de prácticas anticompetitivas[5].

## III. REVIVIENDO A LOS MUERTOS: LA NUEVA PROPUESTA PARA CRIMINALIZAR LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS

Sin perjuicio de su nula aplicación práctica, en el contexto de crisis actual, el Congreso de la República ha considerado, como una "solución oportuna", la re-tipificación del delito de abuso de poder económico.

Como se indicó, el 29 de agosto de 2020 el Congreso de la República aprobó por insistencia la Ley, la que incluye, entre otros, el delito de abuso de poder económico en el artículo 232 del Código Penal, conforme a lo siguiente:

**Artículo 232.- Abuso de poder económico**

El que abusa de su posición dominante en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 2 y 4.

[4] Artículo 19.- Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5 e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232 del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión (Decreto Legislativo 701, 1991).

[5] Al respecto, véase la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia (2008, p. 8).

De la lectura de la norma, se identifican dos conceptos a ser determinados por el Ministerio Público para imponer una sanción: (i) que el agente tenga posición dominante en el mercado y que haya abusado de esta; o (ii) que el agente haya cometido prácticas y acuerdos anticompetitivos. Ambos conceptos tienen un desarrollo propio en la Ley de Competencia.

No obstante, la nueva versión del artículo 232, recientemente aprobada, no vincula –a diferencia de lo que ocurría en la experiencia anterior– las definiciones recogidas en la Ley de Competencia a las del Código Penal, ni obliga expresamente a que exista un pronunciamiento previo del Indecopi para que se inicie una investigación penal por la realización de prácticas anticompetitivas.

A partir del texto de la Ley, nos surge la siguiente pregunta: ¿criminalizar las prácticas anticompetitivas es realmente la mejor opción? A continuación, se presentan algunas reflexiones que surgen en torno a la Ley y nuestro intento de responder esta pregunta.

## IV. PRIMERA REFLEXIÓN: ¿QUÉ ES LO QUE ESTÁ REGULANDO EL NUEVO ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL?

El nuevo artículo 232 del Código Penal tiene un claro problema de tipicidad que podría dificultar su aplicación. En efecto, a partir de una lectura de la norma, no es posible afirmar con certeza que el nuevo artículo 232 del Código Penal y la Ley de Competencia contemplen exactamente el mismo supuesto. Como veremos a continuación, las consecuencias de aplicar una norma o la otra pueden ser completamente distintas y, en algunos casos, absurdas.

El nuevo artículo 232 del Código Penal nos podría llevar a inferir que la tipificación "abuso de posición dominante" o "el que participa en prácticas o acuerdos para [...] restringir o distorsionar la libre competencia [...]" (2020) no se refiere a los artículos 10, 11 y 12 de la Ley de Competencia, toda vez que ambos tipos no requieren de la verificación de los mismos requisitos.

La Ley de Competencia sanciona tres conductas como anticompetitivas: (i) abuso de posición de dominio[6]; (ii) prácticas colusorias horizontales[7]; y (iii) prácticas colusorias verticales[8].

De acuerdo con la Ley de Competencia, tales conductas pueden constituir, por un lado, prohibiciones absolutas, es decir, comportamientos prohibidos *per se* y en los que la autoridad únicamente tiene que probar la existencia de la práctica para que esta sea sancionada, referidas únicamente a ciertas prácticas colusorias horizontales; o por el otro, prohibiciones relativas, las que hacen referencia a comportamientos sancionables en la medida que se pruebe, además de la existencia de la infracción, que la conducta tiene o puede tener un efecto negativo en la competencia y el bienestar de los consumidores.

Específicamente, los elementos que debe verificar la autoridad de competencia para sancionar la existencia de una conducta anticompetitiva son los siguientes:

| Tipo | Requisitos | Regla aplicable |
|---|---|---|
| Abuso de Posición de Dominio | a. Realización de una conducta destinada a restringir de manera indebida la competencia.<br>b. El infractor debe ostentar una posición de dominio en el mercado relevante.<br>c. Relación de competencia entre el infractor y el agente sobre el cual recae la conducta anticompetitiva. | **Regla de la razón:** la conducta solo será sancionada si tiene efectos negativos en el mercado. |
| Colusión Horizontal | a. Realización de una conducta coordinada destinada a restringir, impedir o falsear la libre competencia.<br>b. Existencia de competidores independientes que participen en la colusión horizontal. | **Regla *per se* o absoluta**: en los casos previstos en el artículo 11.2 de la Ley de Competencia, la conducta será sancionada independientemente de su impacto en el mercado.<br>**Regla de la razón**: los demás supuestos de colusión horizontal solo serán sancionados en la medida en que se verifiquen efectos negativos en el mercado. |

[6] Artículo 10 de la Ley de Competencia (2008).

[7] Artículo 11 de la Ley de Competencia (2008).

[8] Artículo 12 de la Ley de Competencia (2008).

| Tipo | Requisitos | Regla aplicable |
|---|---|---|
| Colusión Vertical | a. Realización de una conducta coordinada destinada a restringir, impedir o falsear la libre competencia.<br>b. Agentes independientes que participen en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización.<br>c. Al menos uno de los agentes involucrados debe ostentar una posición de dominio en el mercado relevante. | **Regla de la razón**: la conducta solo será sancionada si tiene efectos negativos en el mercado. |

Lo anterior supone que, para poder sancionar un comportamiento anticompetitivo, se deberá verificar la existencia de los requisitos mencionados y aplicar la regla correspondiente. Para ejecutar ambas tareas –tal como demostraremos más adelante– el operador jurídico requiere, en la mayoría de los casos, realizar un exhaustivo análisis económico y legal de los hechos identificados. Como se puede apreciar la imposición de sanciones bajo la Ley de Competencia requiere de un prolijo análisis técnico.

En cambio, el nuevo artículo 232 solo hace referencia al abuso de posición dominante o a la participación en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia. Como se puede apreciar, para sancionar esta conducta bajo el nuevo artículo 232, no es claro si el operador jurídico debe demostrar los efectos de la conducta, acreditar la existencia de competidores y/o determinar las características del mercado relevante.

El tipo penal da pie a un alto grado de subjetividad, toda vez que los requisitos que se deben verificar para su aplicación no son nada claros. Al respecto, esta situación no solo incrementa la inseguridad jurídica de los posibles imputados, sino que, además constituye una abierta trasgresión del principio de tipicidad.

En relación con el principio de tipicidad, el Tribunal Constitucional ha señalado que,

> [...] constituye una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal (Expediente 2192-2004-AA/TC, 2004, fundamento 5).

Como se aprecia, el nuevo tipo penal no cuenta con el nivel de precisión requerido por el principio de tipicidad, lo cual, como hemos venido analizando, torna cuestionable su aplicación. El nuevo artículo 232 ni define los requisitos que configuran el delito, ni se remite a la Ley de Competencia.

La imprecisión de la norma parece sugerir que la intención del legislador fue criminalizar los mismos comportamientos anticompetitivos regulados en la Ley de Competencia, tal como sucedió en el pasado. Sin embargo, incluso bajo esta suposición, el artículo 232 es, como veremos a continuación, inviable.

## V. SEGUNDA REFLEXIÓN: ¿LA LEY ES COMPATIBLE CON EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VIGENTE?

La Ley, al menos en los términos en los que ha sido planteada, no es consistente con el ordenamiento jurídico vigente, toda vez que: (i) pone en riesgo la competencia primaria del Indecopi en materia de libre competencia y la naturaleza de *última ratio* de la sanción penal; y (ii) puede constituir un supuesto de *non bis in idem*.

### A. Competencia primaria del Indecopi y naturaleza de *última ratio* de la sanción penal

La nueva versión del artículo 232, recientemente aprobada, no obliga expresamente a un pronunciamiento previo por parte del Indecopi, sino que menciona de manera general que "aquel que abuse de su posición dominante" o "participe en prácticas o acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios" podrá ser sancionado penalmente. En nuestra opinión, la nueva tipificación es contradictoria con la Ley de Competencia, ya que es el Indecopi quien cuenta con competencia primaria para investigar y sancionar conductas anticompetitivas.

En efecto, la Primera Disposición Complementaria Final de la Ley de Competencia (2008), dispone lo siguiente:

> Primera.- Competencia primaria: El control de las conductas anticompetitivas se encuentra regido por el principio de competencia primaria, el cual corresponde al Indecopi y al Osiptel,

> según lo establecido en las leyes respectivas. No podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas ante dichos organismos.

Como se puede apreciar, la Ley de Competencia dispone que, de acuerdo con el principio de competencia primaria, es necesario que el Indecopi se pronuncie sobre la existencia de una práctica anticompetitiva –en la vía administrativa– antes de acudir al Poder Judicial. En el caso que nos ocupa, el hecho de que el nuevo artículo 232 no se refiera al Indecopi podría debilitar la competencia primaria de la referida entidad[9], ya que nada evitaría que el Ministerio Público inicie una investigación por voluntad propia.

Una interpretación sistemática del nuevo artículo 232 del Código Penal y de la Ley de Competencia podría llevarnos a la conclusión de que, a pesar de no haber sido expresamente mencionado en la norma penal, es necesario que el Indecopi se pronuncie previamente sobre la existencia de una práctica anticompetitiva antes de que esta pueda ser conocida en la vía penal.

Sin perjuicio de lo anterior, la falta de mención al Indecopi y/o la Ley de Competencia en el nuevo artículo 232 implica que el respeto a la competencia primaria del Indecopi esté sujeto a la mejor interpretación del operador jurídico. Sin duda, una remisión expresa a la Ley de Competencia otorgaría mayor claridad y seguridad sobre la aplicación del nuevo tipo penal.

Ahora bien, en caso no se adopte la interpretación antes mencionada, consideramos que no solo la competencia primaria del Indecopi se vería afectada, sino que, además, la propuesta legislativa sería también incompatible con la naturaleza de *última ratio* del derecho penal[10]. Al respecto, Luis Bramont-Arias señala que el "Derecho Penal interviene en las conductas ilícitas contra el orden económico cuando las demás ramas jurídicas no sean capaces de originar su cumplimiento" (1992, p. 87).

En línea con lo anterior, cabe destacar que, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos, la Ley prevé la criminalización de todas las conductas anticompetitivas sin distinción. De insistirse con la criminalización de las prácticas anticompetitivas, dicha consecuencia debería ser aplicable únicamente a las conductas más gravosas (*i.e.* colusiones horizontales sujetas a prohibición absoluta), de modo que se atienda a la naturaleza de *última ratio* del derecho penal.

Como hemos adelantado, el Perú cuenta con una entidad con todas las facultades para perseguir y sancionar eficientemente las conductas anticompetitivas; razón por la cual el inicio de un proceso penal no resulta, en principio, necesario.

Más aún, la proactiva labor del Indecopi en materia de libre competencia ha ocasionado la toma de mayor conciencia sobre la importancia de evitar la realización de prácticas anticompetitivas y sobre las consecuencias que se pueden derivar de dichos actos. De igual forma, consideramos que las multas impuestas por el Indecopi, las cuales suelen venir acompañadas de la obligación de implementar programas de cumplimiento, desincentivan eficientemente la reincidencia en materia de libre competencia.

En suma, consideramos que la Ley –en los términos que ha sido planteada– no es concordante con la competencia primaria del Indecopi en materia de libre competencia ni con la naturaleza de *última ratio* del derecho penal. Así las cosas, se debe procurar una adecuada articulación entre el Indecopi y el Ministerio Público.

### B. Trasgresión del principio de *non bis in idem*

El principio de *non bis in idem* implica que nadie puede ser sancionado dos veces por los mismos hechos y por los mismos fundamentos. Si bien este principio no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, su vigencia ha sido plenamente reconocida por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado que "[e]l derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es, el principio del ne bis in idem "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139, inciso 3), de la Constitución" (Expediente 1670-2003-AA/TC, 2004, fundamento 2).

Conforme a lo expresado por el Tribunal Constitucional y a lo indicado en el numeral 11) del artículo 247 del Texto Único Ordenado de la Ley del Pro-

[9] También vulneraría la competencia primaria de Osiptel; sin embargo, para efectos del presente artículo nos referiremos únicamente al Indecopi.

[10] Tanto la Corte Suprema de Justicia de la República como el Tribunal Constitucional han reconocido que la naturaleza de *última ratio* del Derecho Penal supone que solo se debe recurrir a este cuando sea absolutamente necesario y que la sanción penal no debe actuar cuando exista la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos de control social menos severos. Al respecto, revisar la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 0012-2006-PI-TC y la Resolución 3004-2012.

cedimiento Administrativo General, aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, el principio de *non bis in idem* proscribe la aplicación de una doble sanción cuando exista una identidad de sujeto, hechos y fundamentos[11].

En el ordenamiento jurídico peruano ha sido común la aplicación conjunta de sanciones penales y administrativas[12]. En nuestra opinión, lo anterior se debe a que se suele alegar que el derecho administrativo y el derecho penal no protegen los mismos bienes jurídicos y que, por tanto, no se cumple con la triple identidad exigida por el principio de *non bis in idem*[13].

No obstante, consideramos que lo expresado en el párrafo anterior no es correcto, toda vez que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal son manifestaciones de un único *ius puniendi* del Estado y, como tal, pueden perfectamente proteger el mismo bien jurídico[14]. Eso es precisamente lo que ocurre en el caso que nos ocupa. Así, podría sostenerse que el bien jurídico protegido por el nuevo artículo 232 es el mismo que aquel que protege la Ley de Competencia; esto es, el proceso competitivo y, por extensión, el bienestar de los consumidores.

A partir de lo anterior, es probable que la aplicación de la Ley genere una discusión sobre si la sanción administrativa y penal de las prácticas anticompetitivas contraviene o no el principio de *non bis in idem*.

En nuestra opinión, la represión de las conductas anticompetitivas tanto a nivel penal como a nivel administrativo tiene por finalidad proteger el mismo bien jurídico. Siendo ello así, consideramos que la imposición conjunta de sanciones administrativas y penales en el presente caso cumple con la triple identidad y, por tanto, supone la trasgresión del principio de *non bis in idem.*

En línea con lo expresado, consideramos que corresponde al legislador decidir claramente si se debe aplicar una sanción administrativa o más bien penal (solo una de ellas) para reprimir prácticas anticompetitivas. Por las razones que abordaremos a continuación, consideramos que el Indecopi es la entidad más idónea para investigar y sancionar la realización de prácticas anticompetitivas y, por tanto, se debe continuar apostando únicamente por la sanción administrativa de las referidas conductas.

## VI. TERCERA REFLEXIÓN: ¿EXISTEN PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN PRÁCTICA DEL NUEVO ARTÍCULO 232 DEL CÓDIGO PENAL?

Como demostraremos en esta sección, lo señalado en este artículo va más allá de la sola discusión teórica, pues la inviabilidad del nuevo artículo 232 también se sustenta en su aplicación práctica.

### A. Falta de conocimiento técnico del Ministerio Público para sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas

Para decidirse o no por la aplicación del nuevo artículo 232 a un caso concreto, el Ministerio Público deberá realizar una evaluación de subsunción, de modo que pueda verificar si los elementos que

[11] Además, es posible interpretar que el referido principio proscribe también la existencia dos procesos de investigación que involucren los mismos sujetos, hechos y fundamentos. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que

> [u]na extensión del principio bajo análisis es que tampoco cabe la existencia de dos procesos de investigación sobre el mismo hecho (con la triple identidad ya mencionada). En consecuencia, una misma persona no puede ser investigada por el mismo hecho a través de un proceso penal y un procedimiento administrativo sancionador, o investigada por el mismo hecho mediante dos procedimientos administrativos sancionadores (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020, fundamento 4.2).

[12] Al respecto, el profesor Jorge Danós ha indicado que "[e]n verdad es un principio [*non bis in idem*] que lamentablemente ha tenido poca recepción en la legislación nacional, la misma que se ha distinguido por proclamar más bien la regla contraria de la compatibilidad de la doble sanción" (1995, p.155).

[13] Al respecto, ver la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2090-2005, 2006, fundamentos 4 al 6.

[14] Así las cosas, la sanción administrativa o penal de una determinada conducta dependerá más de la elección del legislador que del bien jurídico que se pretenda proteger (aunque tradicionalmente se ha optado por sancionar penalmente a las conductas más gravosas para la sociedad y como última ratio). Con relación al principio de *non bis in idem*, el profesor Tomás Cano Campos refiere que

> [e]s indiferente que las sanciones cuya duplicidad se prohíbe sean todas de carácter penal, una de carácter penal y otra de carácter administrativo o ambas de este último carácter: cuando de un mismo hecho se trate, y únicamente se lesione un bien jurídico, sólo una de las sanciones puede ser impuesta (2001, p. 196).

En sentido similar, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha indicado que

> [n]o es posible que por el mismo hecho infractor se imponga una sanción penal y una sanción administrativa, o dos sanciones administrativas, entendiendo por el "mismo hecho infractor" que se trate del mismo sujeto, del mismo hecho (o conducta) y el mismo fundamento; es decir, debe existir identidad de sujeto, hecho y fundamento [...] (2020, fundamento 4.1).

tiene para su análisis constituyen el supuesto de hecho previsto en la norma.

Como señalamos anteriormente, el nuevo artículo 232 regula dos supuestos de hecho específicos: (i) el abuso de posición dominante; y (ii) las prácticas o acuerdos restrictivos de la competencia. Al respecto, para determinar que un posible infractor ha incurrido en los supuestos antes mencionados, es necesario, dejando de lado una eventual aplicación arbitraria e irracional de la norma, realizar un análisis que excede la simple evaluación jurídica.

Así, para aplicar el nuevo artículo 232, el Ministerio Público deberá analizar y valorar criterios económicos, tal como lo hace el Indecopi para investigar posibles infracciones a la libre competencia (determinación de mercado relevante, afectación al mercado, entre otros). En nuestra opinión, el Ministerio Público no cuenta con dicho conocimiento técnico/económico, ni con recursos para generarlo en el corto y mediano plazo.

La necesidad de contar con conocimiento técnico para sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas no es nada nuevo. De hecho, en la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia se indicó que

> [e]l complejo análisis de efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicas como las de tipo penal (2008, p. 51).

De manera coincidente con nuestra opinión, el Poder Ejecutivo observó el Proyecto de Ley señalando que, adicionalmente a la alta complejidad técnica del tema,

> [...] desde que se derogó el tipo penal de abuso de poder económico, ni de Proyectos de Ley que sirvieron de antecedente a la Autógrafa de Ley ni del debate en el Pleno del Congreso, se ha logrado tener evidencia empírica real y objetiva, que demuestre que las medidas administrativas que protegen el libre mercado han fallado y, por lo tanto, que resulta imprescindible que el Derecho Penal debe de intervenir **nuevamente**, para dar una protección adecuada al bien jurídico (Oficio 103-2020-PR, 2020, p. 4) [El énfasis es nuestro].

Considerando lo anterior, no es eficiente ni razonable que se exija al Ministerio Público que cumpla con alcanzar un alto grado especialización técnica en materia de libre competencia, sobre todo si ya existe una entidad pública que ha venido desarrollando dichas capacidades durante años.

En efecto, el alto nivel de especialización alcanzado por el Indecopi se puede verificar al observar los resultados obtenidos ante el Poder Judicial con ocasión de los cuestionamientos a las resoluciones emitidas por dicha entidad. Actualmente, y en parte debido a la solidez técnica que reviste el análisis efectuado por el Indecopi, la probabilidad de revertir una decisión del Indecopi ante el Poder Judicial es baja.

A manera informativa, desde el 2012, la eficacia del Indecopi en el Poder Judicial ha sido superior al 95%[15]. En definitiva, no solo contamos ya con un organismo técnico especializado en el control de tipo de conductas, sino que la labor realizada por dicha entidad ha sido hasta la fecha, bastante efectiva.

En nuestra opinión, para asegurar un mayor nivel de cumplimiento de las normas de libre competencia no era ni es necesario criminalizar las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, resulta mucho más eficiente invertir en el fortalecimiento de las competencias del Indecopi que asignar nuevas competencias a una entidad que no tiene experiencia alguna en la materia (experiencia que, además, tardaría mucho tiempo en adquirir).

### B. Pérdida de eficacia de los mecanismos de colaboración (clemencia, recompensas, compromisos de cese y reconocimiento de la infracción)

Partiendo de la premisa que la Ley sanciona lo mismo que la Ley de Competencia, el nuevo artículo 232 del Código Penal compromete seriamente la eficacia de los mecanismos de colaboración habitualmente utilizados por el Indecopi.

Al respecto, los mecanismos de colaboración (clemencia, recompensas, compromiso de cese y reconocimiento de infracción) son de suma im-

[15] Según la información contenida en las Memorias Anuales del Indecopi (2018), el porcentaje de éxito de la referida autoridad ante el Poder Judicial es el siguiente: (i) 97.67% - 2012; (ii) 98.67% - 2013; (iii) 96.77% - 2014; (iv) 97.85% - 2015; (v) 97.23% - 2016; (vi) 96.70% - 2017; y (vii) 95.01% - 2018. Al respecto, cabe señalar que las estadísticas antes mencionadas incluyen todos los procesos seguidos por el Indecopi ante el Poder Judicial (no solo los referidos a la defensa de la libre competencia).

portancia tanto para garantizar un mayor nivel de cumplimiento de las normas de libre competencia como para reducir los costos en lo que incurre el Indecopi para sancionar la existencia de prácticas anticompetitivas[16].

Al respecto, de acuerdo con estudios publicados por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), los programas de exoneración de responsabilidad (clemencia) pueden ayudar a combatir o conocer las violaciones más flagrantes a las leyes de competencia, al romper el silencio entre las personas que realizan dichas conductas (Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OCDE], 2001, p. 1). Es decir, dichos instrumentos de colaboración permiten detectar conductas que, de otro modo, pasarían desapercibidas.

Ahora bien, para que los mecanismos de colaboración antes mencionados sean efectivos y exista una verdadera motivación de colaborar, debe existir un beneficio para quien comunica la existencia de la infracción. Al respecto, el beneficio no solo se debe reflejar en el ámbito administrativo sino también en el penal.

En ese sentido, la OCDE ha señalado que "si no se ofrece inmunidad penal, existirían muy pocos incentivos para solicitar clemencia" (2016, numeral 117). Inclusive, en casos como el de Estados Unidos, se indica que la forma de alcanzar programas de clemencia efectivos es admitiendo la posibilidad de otorgar una amnistía total si se reúne una serie de condiciones (OCDE, 2001, p. 1).

Actualmente, la Ley de Competencia señala que la exoneración de la sanción administrativa no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por daños y perjuicios[17]. Una situación similar podría ocurrir en el ámbito penal, debido a que nada impediría que el Ministerio Público inicie una investigación de oficio a pesar de que se haya llegado a un acuerdo en la instancia administrativa.

Lo anterior compromete, sin duda, la eficacia de los mecanismos de colaboración. ¿Quién estaría dispuesto a informar sobre la existencia de una práctica anticompetitiva si dicho acto puede derivar en cárcel efectiva? ¿Quién estaría dispuesto a reconocer la existencia de una infracción si la declaración puede ser usada en su contra en un proceso penal? Nos atrevemos a afirmar que nadie o, si se quiere, casi nadie.

Si bien es cierto que existen jurisdicciones en las que la realización de prácticas anticompetitivas puede implicar sanciones penales, lo cierto es que se dejan a salvo los derechos y prerrogativas derivados de los programas de clemencia o similares, a efectos de que las autoridades de libre competencia sigan contando con herramientas útiles para detectar infracciones a la libre competencia.

A manera de ejemplo, en Colombia, país donde es un delito únicamente la concertación en contrataciones públicas, la Ley 1474 del 2011 señala que los delatores o clementes que obtengan la exoneración total de la multa en una investigación por acuerdos anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrán como beneficio una reducción de la pena en una tercera parte. En cambio, la Ley no contiene una fórmula similar.

La normativa chilena también sigue la misma línea. En ese orden de ideas, la Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión, elaborada por la Fiscalía Nacional Económica de Chile, señala textualmente que:

> El primer Postulante que aporte antecedentes a la FNE sobre una conducta prevista en la letra a) del artículo 3 del DL 2111 **se eximirá de**: (i) la sanción de disolución de la persona jurídica contemplada en la letra b) del artículo 26; (ii) la multa a que se refiere la letra c) de dicho artículo; y (iii) **la responsabilidad penal por el delito de colusión**, tipificado en el artículo 62 (2017, p. 7) [el énfasis es nuestro].

Por su parte, México contempla un planteamiento similar. Así, el Código Penal Federal de dicho país recoge expresamente en su artículo 254 que "No existirá responsabilidad penal para los agentes económicos que se acojan al beneficio a que se refiere el artículo 103 de la Ley Federal de Competencia Económica"[18] (2014).

[16] A manera de ejemplo, los compromisos de cese pueden derivar en la conclusión anticipada del procedimiento administrativo sancionador; hecho que, sin duda, implica un ahorro en los costos en los que habría incurrido el Indecopi para llevar a cabo el procedimiento administrativo sancionador.

[17] Artículo 26.- Exoneración de sanción

[...]

26.6. La exoneración o reducción de la sanción aplicable no elimina ni limita la responsabilidad civil de los imputados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso (Decreto Supremo 030-2019-PCM, 2019).

[18] Artículo 103.- Cualquier Agente Económico que haya incurrido o esté incurriendo en una práctica monopólica absoluta; haya participado directamente en prácticas monopólicas absolutas en representación o por cuenta y orden de personas

Sin duda, los programas de colaboración implementados por el Indecopi vienen teniendo un efecto positivo. Prueba de ello es que para el 2019, el Indecopi recibió 24 solicitudes para acogerse al programa de clemencia (Chávez Quispe, 2019) e inclusive la Guía de dicho programa fue reconocida internacionalmente como "una importante herramienta para la lucha eficaz contra los cárteles en la categoría Soft Law (Guías o Lineamientos)" (Andina, 2019). Lo anterior demuestra que el impacto de estos programas ha sido positivo para el cumplimiento de los objetivos del Indecopi.

Así las cosas, el planteamiento de la Ley constituye un retroceso en la sanción de las prácticas anticompetitivas, toda vez que se compromete la eficacia de las herramientas con las que cuenta actualmente el Indecopi.

## VII. REFLEXIÓN FINAL

El Congreso de la República, en un claro intento por atender algunos de los reclamos de la población en el marco de la crisis sanitaria, ha optado por aprobar –por insistencia– la Ley sin valorar adecuadamente su impacto y sin definir correctamente los aspectos que se deben verificar en la norma para lograr su efectiva aplicación.

Como consecuencia de lo anterior, nos encontramos ante una Ley imprecisa que, además, compromete seriamente la eficacia de las herramientas con las que cuenta el Indecopi para investigar la existencia de prácticas anticompetitivas de manera efectiva. Peor aún, la imprecisión de la norma puede llevar a la represión arbitraria de prácticas que ni siquiera deberían ser consideradas como anticompetitivas.

En nuestra opinión, la forma de alcanzar un mayor cumplimiento de las normas de libre competencia no es a través de la criminalización de las prácticas anticompetitivas, sino más bien mediante el fortalecimiento de las capacidades del Indecopi. Se trata de fortalecer el sistema existente y no de implementar –forzadamente a nuestro parecer– un sistema alternativo que, a todas luces, puede devenir en arbitrario e ineficiente.

## REFERENCIAS


Andina (3 de febrero de 2019). Indecopi desarticuló cuatro cárteles empresariales en 2018. Andina – Agencia peruana de noticias. https://andina.pe/agencia/noticia-indecopi-desarticulo-cuatro-carteles-empresariales-2018-741323.aspx

Bramont-Arias Torres, L. (1992). Delitos económicos y bien jurídico. *Ius et Veritas*, *3*(5), 85-92.

Cano Campos, T. (2001). Non bis in ídem, Prevalencia de la vía Penal y Teoría de los Concursos en el Derecho Administrativo Sancionador. *Revista de Administración Pública*, (156), 191-249.

Chávez Quispe, L. (18 de septiembre de 2019). Indecopi: ¿Cuántas solicitudes de clemencia se ha recibido por concertación de precios? *El Comercio.* https://elcomercio.pe/economia/peru/indecopi-solicitudes-clemencia-recibido-concertacion-precios-cartel-noticia-ecpm-677136-noticia/

Danós Ordóñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la administración pública. *Ius et Veritas*, *5*(10), 149-160.

Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos [OCDE] (2001). *Using Leniency to Fight Hard Core Cartels*. OECD Policy Brief.

(2016). *Sesión II: Programas de clemencia en América Latina y el Caribe: Experiencias recientes y lecciones aprendidas*. DAF/COMP/LACF(2016)5.

O'Loughlin, P. (2016). The Criminal Enforcement of Antitrust Law – The Importance of Building an Enforcement Culture and How to Create It. *UCL Journal of Law and Jurisprudence*, (117), 116-145. https://doi.org/10.14324/111.2052-1871.065


## LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES


Código Penal [CP], Diario Oficial *El Peruano*, 8 de abril de 1991 (Perú).

Código Penal Federal [CPF], Diario Oficial de la Federación, 14 de agosto de 1931 (Méx.).

Comisión de Defensa del Consumidor y Organismos Reguladores de los Servicios Públicos, Exposición de Motivos de la Ley de Competencia, 12 de junio de 2008 (Perú).


morales; y el Agente Económico o individuo que haya coadyuvado, propiciado, inducido o participado en la comisión de prácticas monopólicas absolutas, podrá reconocerla ante la Comisión y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones establecidas en esta Ley [...] (Ley Federal de Competencia Económica, 2014).

Congreso de la República del Perú, 10 de junio de 2020, Oficio 103-2020-PR (Perú).

Decreto Legislativo 701, Decreto Legislativo contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, Diario Oficial *El Peruano*, 7 de noviembre de 1991 (Perú).

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Supremo 004-2019-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).

Decreto Supremo 030-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de febrero de 2019 (Perú).

Fiscalía Nacional Económica (2017). *Guía Interna sobre Delación Compensada en casos de Colusión.* https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/03/Guia_Delacion_Compensada.pdf.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2019). *Memoria Institucional 2018.*

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014 (Méx.).

Ley 1474, Ley que dicta normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, Diario Oficial de Colombia, 12 de junio de 2011 (Col.).

Ley 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y defensa del consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración, Diario Oficial *El Peruano*, 29 de agosto de 2020 (Perú).

Proyecto de Ley 731/2016-CR, Ley que protege a los consumidores de la concertación de precios y conductas anticompetitivas, 5 de mayo de 2016 (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, 13 de febrero de 2014, Recurso de Nulidad 3004-2012-CAJAMARCA (Perú).

Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, de 7 de junio de 2006, Recurso de Nulidad 2090-2005-LAMBAYEQUE (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 26 de abril de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0012-2006-PI-TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de octubre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 15 de diciembre de 2006, sentencia recaída en el Expediente 1670-2003-AA/TC (Perú).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 8 de mayo de 2020, Proceso 484-IP-2018.

10.18800/themis.202002.011

# *INTERLOCKING* Y PARTICIPACIONES MINORITARIAS EN EL DERECHO CHILENO DE LA LIBRE COMPETENCIA

## *INTERLOCKING AND MINORITY INTERESTS IN CHILEAN COMPETITION LAW*

**Tomás Menchaca Olivares***
**Pontificia Universidad Católica de Chile**
**Menchaca & Cía. Abogados**

*Interlocking and minority shareholdings are links between companies that, at times, could involve antitrust risks (unilateral or coordinated) and which, until 2016, were not expressly regulated in Chile despite the fact that they could be equally sanctioned given the markedly general typification of restrictive practices. In fact, interlocking is not a commonly regulated figure in the various legal systems worldwide.*

*In this article, the author develops, in a schematic way, interlocking and minority participations; with the purpose of giving a general framework of these figures in relation to their current situation in the Chilean legislation. Likewise, the author explains the different types of interlocking comprehended, the possible anticompetitive effects of this figure, its mitigation measures, its evolution in the comparative law and the passive subjects of its infraction.*

*Keywords: interlocking; minority shareholdings; competing companies; anti-competitive effects; infringement.*

*El* interlocking *y las participaciones minoritarias son vínculos entre empresas que, en ocasiones, podrían implicar riesgos para la libre competencia (unilaterales o coordinados) y que, hasta el año 2016, no se encontraban expresamente regulados en la normativa chilena, aunque igualmente podrían ser sancionados si atentaban contra la libre competencia dada la tipificación marcadamente general de las prácticas restrictivas. De hecho, el* interlocking *no es una figura comúnmente regulada en los diversos sistemas jurídicos a nivel mundial.*

*En el presente artículo, el autor desarrolla, de forma esquemática, el* interlocking *y las participaciones minoritarias, con la finalidad de dar un marco general de estas figuras en relación a su situación actual en la normativa chilena. Asimismo, el autor desarrolla las clases de* interlocking *comprendidos, los posibles efectos anticompetitivos de esta figura, sus medidas de mitigación, su evolución en el derecho comparado y los sujetos pasivos a una infracción.*

*Palabras clave: interlocking; participaciones minoritarias; empresas competidoras; efectos anticompetitivos; infracción.*

* Abogado. Ex presidente del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC). Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Socio fundador de Menchaca & Cía. Abogados (Santiago, Chile). Contacto: tmenchaca@menchaca.cl

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 5 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 25 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El *interlocking* y las participaciones minoritarias son vínculos entre empresas que, en algunos casos, podrían implicar riesgos para la libre competencia (unilaterales o coordinados) y que, hasta el año 2016, no se encontraban regulados expresamente en Chile. Sin embargo, antes de ello, si un determinado *interlocking*, de cualquier tipo (o una participación minoritaria) implicaba riesgos relevantes para la libre competencia, podría haber sido conocido por los organismos de libre competencia, considerando lo abierto del tipo infraccional chileno. Dicho tipo, según dispone el artículo 3 inciso primero del Decreto Ley 211 (en adelante, DL 211), permite sancionar "todo hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos" (1973). Asimismo, en su inciso segundo establecía tres ejemplos, también bastante genéricos, de infracciones a la libre competencia, que se referían a los casos de acuerdos colusorios en su letra a), ejemplos de abusos de posición dominante explotativos en su letra b) y en su letra c) de abusos exclusorios.

En el proyecto de reforma al DL 211 (el cual terminó en la dictación de la Ley 20945, de fecha 30 de agosto de 2016) se pretendió incorporar una serie de modificaciones muy importantes a dicho cuerpo legal, las cuales no incluían ninguna referencia expresa al *interlocking* ni a las participaciones minoritarias. Sin embargo, durante la discusión particular del proyecto[1] se propuso incorporar en el artículo 3 del DL 211 dos nuevos ejemplos de prácticas restrictivas a la libre competencia; con una nueva letra d) referida a una prohibición al *interlocking* y una nueva letra e) que pretendía proscribir las participaciones minoritarias.

En el derecho chileno de la libre competencia, siguiendo las mejores prácticas del derecho comparado, existe una tipificación absolutamente general de las prácticas restrictivas, con ejemplos también absolutamente generales (por lo que permitía incluir casos de *interlocking* o de participación minoritaria) en la medida que se acreditara que impide, restringe o entorpece la libre competencia. En esa tipificación general se pretendió incorporar, también como ejemplos, dos conductas muy específicas, de entre la gran variedad que existe.

Finalmente, la Ley 20945 incorporó el *interlocking* directo horizontal como un nuevo ejemplo de infracción, dejándolo prohibido en términos prácticamente absolutos. Dicho aspecto, además de implicar en mi concepto un error de técnica legislativa, al tipificar en forma específica una de las muchas prácticas restrictivas de la libre competencia y en una norma que establece una tipificación absolutamente general; desconoce que el *interlocking* no siempre genera riesgos para la libre competencia, por lo que debiera analizarse de acuerdo a la regla de la razón. Respecto de las participaciones minoritarias, se corrigió el error de pretender incorporar como infracción una materia que es de la misma naturaleza (y en general de menor entidad), que una operación de concentración, y en la misma norma legal en que se incorporó un sistema de control preventivo obligatorio de estas últimas. Es decir, se pretendía prohibir una participación superior al 10% en el capital de una empresa de la competencia, y someter a control preventivo una participación superior al 50%, sin prohibirla.

Por ello finalmente se terminó agregando un nuevo artículo 4 al DL 211, el cual dispone únicamente la obligación de informar las participaciones minoritarias a la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) dentro del plazo de 60 días contados desde que se perfeccionen, lo que parece adecuado si se las quería regular. Sin embargo, no se las sometió a una forma de control asimilable al de una operación de concentración, obligando al ente fiscalizador a tratarlas como una infracción a la libre competencia. Dicho aspecto, respecto de las operaciones de concentración, fue una de las principales críticas que hizo la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE)[2] a nuestra política de estructuras anterior a la última reforma que, para las operaciones de concentración, optó por un sistema de control preventivo, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales.

Este trabajo analizará la regulación de estos vínculos estructurales a la luz de la doctrina y jurisprudencia chilena y comparada. Asimismo, se analizará como se encuentran regulados actualmente en Chile.

## II. *INTERLOCKING*

Según indica el último informe del Comité de Competencia de la OCDE sobre *interlocking* y participaciones minoritarias, el *interlocking* "[d]escribe

[1] Según consta en la Historia de la Ley 20945 de la Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (Primer y Segundo Informe de Comisión de Economía), el ejecutivo formuló indicación para agregar el literal d) al artículo 3 y sancionar expresamente el *interlocking* horizontal (2016, p. 74); y los Senadores señores Tuma, Navarro y Ossandón formularon indicación para agregar la letra e) al artículo 3 y "sancionar las inversiones cruzadas entre empresas o grupos empresariales" (2016, p. 446).

[2] "Mergers should be perceived less as 'cases' and more as common business transactions, which may have pro-competitive and/or anti-competitive effects" (OCDE, 2014, p. 36).

situaciones en las que una o más personas tienen responsabilidades ejecutivas en dos o más compañías que compiten entre sí" (2008, p. 48). Tradicionalmente, la figura del *interlocking* se ha estudiado conjuntamente con la de participaciones minoritarias bajo un concepto más amplio denominado **vínculos estructurales**. El derecho y economía de la competencia en estos casos estudia cuáles son los beneficios competitivos que generan ambas situaciones (los casos y argumentos que permiten su aprobación), así como los eventuales efectos anticompetitivos que puedan generar.

Si bien el *interlocking* puede tener sentido desde una perspectiva económica y de negocios (especialmente en industrias en las cuales hay pocos individuos con suficiente experiencia y conocimientos, y las empresas no tienen poder de mercado ni individual ni de forma colectiva) también puede implicar riesgos, no solo desde el punto de vista de la Libre Competencia, sino también desde un punto de vista del Derecho Comercial. En efecto, en Estados Unidos el establecimiento de las primeras normas sobre *interlocking* tiene como uno de sus fundamentos principales proteger a los accionistas de los eventuales abusos por parte de los directores de las compañías[3].

Ahora, desde un punto de vista del Derecho Comercial, la figura del *interlocking* ha generado debate por los eventuales conflictos de interés que se generan producto de la participación simultánea de una misma persona en dos o más directorios, cuando las compañías de las que forman parte son o pueden ser competidoras entre sí. En Chile, al igual que en el derecho comparado, de acuerdo a las normas comerciales[4] un director tiene un deber fiduciario para con sus accionistas, por lo que no puede utilizar en beneficio propio o de terceros relacionados, con perjuicio al interés social, las oportunidades comerciales de que tuvieren conocimiento en razón de su cargo (Ley 18046, 1981, artículo 42, números 6 y 7). Otras interrogantes surgen respecto a la compatibilidad fiduciaria de un director que forma parte de dos compañías del mismo grupo empresarial[5], situación que excede el objeto de este trabajo.

En materia de libre competencia, en cambio, no fue sino hasta la dictación de la Ley 20945 que la situación de los *interlockings* se reguló expresamente en Chile, siendo uno de los pocos países del mundo que lo ha hecho, según se analizará más adelante.

### A. Clases de *interlocking*

La doctrina internacional ha establecido diversos tipos de *interlocking*, en base a dos clases o categorías. Así, se pueden distinguir los *interlockings* de acuerdo a si son horizontales, verticales o de conglomerado y a si son directos o indirectos, tal como se verá a continuación.

#### 1. *Interlocking* horizontal

*Interlocking* horizontal es aquel que vincula a dos o más competidores ubicados en una misma etapa de la cadena de valor, estando relacionados por ello. De acuerdo con la OCDE[6],

> la coordinación de tipo horizontal que realicen dos competidores puede generar efectos anticompetitivos por medio de un intercambio de información, la adopción de comportamientos paralelos y, en general, otro número de actividades que puedan afectar la libre competen-

[3] Como explica Rosch,

> [t]he Act was enacted in 1914, a time in American history when there was widespread mistrust toward large corporations. The person perhaps most responsible for the Act was Louis Brandeis, who penned a series of magazine articles critical of interlocking directorates. Mr. Brandeis at the time was an advisor to President Wilson and would later become a Supreme Court justice. Interlocking directorates became such a hot-button political issue in the 1912 election that all three political party platforms called for legislation to address the subject. The public's concern about interlocks was not just for antitrust reasons, but also due to concerns that they caused conflicts of interest between board members and shareholders (2009, p. 17).

[4] Para mayor información, véase la Ley 18046.

[5] Profundizando en esta materia, el profesor Ugarte, citando a Enrique Alcalde, ha dicho que

> cabe preguntarse si el deber de lealtad de los directores se mantiene inalterado cuando la sociedad que administran forma parte de un grupo empresarial, por ejemplo, cuando una sociedad anónima es controlada por otra sociedad o por una cadena de sociedades, como ocurre en los esquemas denominados ´cascadas´. En este sentido, se ha estimado que el hecho de que nuestra legislación admita la existencia de grupos empresariales y la consiguiente subordinación de las sociedades que lo componen al interés común del grupo, permitiría en determinadas circunstancias que una operación en principio lesiva del interés de una sociedad resulte en definitiva conveniente para ella considerando los beneficios de pertenecer al grupo, sin perjuicio de los mecanismos jurídicos disponibles para prevenir o resarcir los daños producidos a la sociedad y los accionistas (2013, p. 220).

[6] Texto original:

> In particular, the concerns are that interlocking directorates could lead to horizontal coordination of the business conduct of competing firms through the exchanges of information, parallel behaviour, or a number of other activities that might affect competition adversely to the detriment of consumers' welfare.

> cia y el bienestar general de los consumidores (2008, p. 12) [traducción libre].

Esta forma de *interlocking* es la más regulada a nivel internacional (en conjunto con el *interlocking* directo), tanto en Estados Unidos como en otras legislaciones del derecho comparado.

2. *Interlocking* vertical

De acuerdo con los profesores Areeda y Hovenkamp, *interlocking* vertical es aquel que une a dos o más compañías que se encuentran en una relación de "comprador-vendedor" (2010, p. 327). Rosch, por otra parte, define a los *interlockings* verticales como aquellos en los que existe una relación de abastecimiento (2009, p. 36).

Ahora bien, de acuerdo con la OCDE, "los *interlocks* verticales han sido tradicionalmente criticados debido a que pueden generar tratamiento preferente a costa de otros distribuidores o clientes por medio de tratos exclusivos (*exclusive dealing*), contratos atados (*tying arrangements*) o integración vertical" (citado en Areeda y Turner, 2010, p. 49) [traducción libre][7]. Sin embargo, como expresa Petersen, "los *interlocks* verticales y de conglomerado no generan problemas a la libre competencia con la frecuencia que la generan los *interlocks* horizontales" (2016, p. 7) [traducción libre][8].

En este sentido, los pocos países que regulan expresamente el *interlocking* indirecto o el vertical, no han decidido hacerlo bajo el estándar *per se*. En Chile, durante la tramitación parlamentaria del proyecto que daría origen a la Ley 20945, que perfeccionaría el sistema de libre competencia, se acordó expresamente no incluir al *interlocking* vertical en el nuevo tipo anticompetitivo de *interlocking* en atención a que, en palabras del Fiscal Nacional Económico, "no hay competencia entre las empresas involucradas" (2016, p. 76)[9].

3. *Interlocking* directo

*Interlocking* directo es el que se produce cuando una misma persona participa simultáneamente en el directorio de dos empresas competidoras (Petersen, 2016, p. 3). Para el Derecho Comercial y de la libre competencia, el *interlocking* directo horizontal es el caso más peligroso de *interlocking*, en atención a que genera los mayores riesgos de conductas coordinadas y de traspaso de información confidencial. Por ello, es el único que se ha regulado por el legislador en la nueva norma del artículo 3 inciso 2 letra d) del DL 211.

4. *Interlocking* indirecto

No hay en la doctrina un concepto claro de lo que es el *interlocking* indirecto, puesto que se refiere a todo aquel *interlocking* que no es directo. Entendemos que debiera referirse a todo aquel en que se produzca entre personas distintas, aunque por supuesto deberán estar relacionadas para que exista *interlocking*. Sin embargo, parte de la doctrina sostiene que el concepto de *interlocking* indirecto es más bien amplio y esencialmente casuístico.

En efecto, la Fiscalía Nacional Económica, citando a Rosch (2009), ha señalado algunos de los que, en su concepto, serían los casos más frecuentes de *interlockings* indirectos (2013): (i) *interlockings* entre competidores potenciales; (ii) *interlockings* donde los individuos de compañías competidoras ocupan un lugar del directorio de una compañía no competidora; (iii) *interlockings* que involucran a miembros del grupo familiar o amigos cercanos; y, (iv) *interlockings* que involucran a entidades que no son compañías estrictamente hablando.

**B. Regulación chilena del *interlocking***

El legislador chileno decidió regular la figura de *interlocking* por medio de un nuevo literal d) en

---

7 Texto original: "Vertical interlocks traditionally have been criticized on the ground that they can lead to preferential treatment and foreclose rivals, by facilitating reciprocal or exclusive dealing, tying arrangements, and vertical integration" (citado en Areeda y Turner, 2010, p. 49).

8 Texto original: "Vertical and conglomerate interlocks are not as likely as horizontal interlocks to raise antitrust concerns" (Petersen, 2016, p. 7).

9 En efecto, tanto el Ministro de Economía como el Fiscal Nacional Económico fueron de la idea de no regular expresamente el *interlocking* vertical. Así, consta en la Historia de la Ley 20945, particularmente, en el Informe de la Comisión de Economía de la Cámara de Diputados, la cual menciona que

> [e]l Ministro de Economía estimó necesario controlar los vínculos establecidos entre empresas competidoras a través del *interlocking* horizontal, pero sostuvo que el vertical puede estar justificado por razones de eficiencia económica y, aunque comparte el espíritu de la indicación del diputado Poblete, observó que abarca muchas situaciones que el proyecto sujeta al control preventivo de fusiones, por lo que estarían suficientemente cubiertas". [...] El Fiscal Nacional Económico opinó que el *interlocking* debe estar regulado en el artículo 3° del decreto ley Nº 211 porque puede ser la antesala de una conducta anticompetitiva. Enfatizó que el objetivo de la norma propuesta es prohibir que una misma persona natural ejerza el cargo de director en dos o más empresas competidoras al mismo tiempo, pero no que una misma empresa tenga directores nombrados por ella en dos o más competidoras, siempre que se trate de personas distintas. Por último, consideró innecesario prohibir el *interlocking* vertical porque en tales casos no hay competencia entre las empresas involucradas (2016, p. 76).

el artículo 3 inciso 2 del DL 211, el cual dispone lo siguiente:

> El que ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado con las medidas señaladas en el artículo 26 de la presente ley, sin perjuicio de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso.
>
> Se consideran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:
>
> **[…] d) La participación simultánea de una persona en cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí,** siempre que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las cien mil unidades de fomento en el último año calendario. Con todo, sólo se materializará esta infracción si transcurridos noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral, se mantuviere la participación simultánea en tales cargos (1973) [el énfasis es nuestro].

Conforme a dicha norma, los requisitos para que se configure la conducta son los siguientes: (i) la participación simultánea de una persona; (ii) en cargos ejecutivos relevantes o cargo de director; (iii) en dos o más empresas competidoras entre sí; (iv) que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las referidas empresas tenga ingresos anuales por ventas, servicios y otras actividades del giro que excedan las 100.000 unidades de fomento (en adelante, UF) en el último año calendario; y (v) que la participación simultánea en tales cargos se haya mantenido por noventa días corridos, contados desde el término del año calendario en que fue superado el referido umbral.

1. Participación simultánea de una persona

Esta parte del nuevo tipo anticompetitivo de *interlocking* permite excluir desde ya, entre sus categorías de aplicación, al *interlocking* indirecto. A nuestro juicio, únicamente se prohibe el *interlocking* directo horizontal porque, cuando existe, es imposible evitar que en alguna medida se produzca intercambio de información, aunque no se violen los deberes fiduciarios del director o se produzca un efectivo intercambio de información entre las empresas.

En efecto, si el director es la misma persona natural, no podríamos razonablemente pedirle que se desdoble y olvide lo que sabe de una de las empresas de las que es director cuando participe y tome decisiones en el otro directorio. Ello incluso si mantiene estricta reserva de lo que sabe de la empresa competidora, puesto que no podrá evitar saberlo al tomar sus propias decisiones. Ello no ocurre en los casos de *interlocking* indirecto o vertical, por lo que éstos son menos riesgosos para la libre competencia y no se encuentran expresamente prohibidos por la norma bajo análisis.

2. En cargos ejecutivos relevantes o de director

Es bastante claro quienes son directores, incluyendo la prohibición bajo análisis tanto a directores titulares como suplentes, al directorio provisorio y al definitivo. En nuestro concepto, la prohibición incluye no solo a los directores de una sociedad anónima, sino también a quienes constituyan el órgano superior de administración de una empresa (sea cual fuere su forma de constitución jurídica), aunque tengan otra denominación; puesto que incluso si se sostiene que no corresponden al término director, en cualquier caso, serían considerados como **ejecutivos relevantes** y se les aplicaría la norma. Ahora, más complejo es el análisis de lo que la ley entiende por **ejecutivo relevante**, cuestión que ya ha sido tratada de diversas formas en el derecho comparado, lo que no ocurrió en la norma chilena, por lo que habrá que esperar la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, Tribunal o TDLC).

En nuestra opinión, la norma debe aplicarse a todo ejecutivo superior que por las funciones específicas de su cargo tiene (y debe tener) acceso a información estratégica de la compañía cuyo conocimiento por la empresa con la que se produzca el *interlocking* pueda afectar la competencia en el mercado. Ahora, por razones de certeza jurídica, hubiera sido conveniente que, dada la gravedad de las sanciones por ilícitos anticompetitivos, se hubiesen establecido criterios claros al respecto, tal como hace la Ley Clayton de los Estados Unidos y la norma japonesa[10].



[10] La sección 8 de la *Clayton Act* menciona expresamente que por *officer* se refiere únicamente a un ejecutivo elegido o designado por el directorio. La ley japonesa, por su parte, es más amplia, puesto que en el artículo 2(3) de la *Antimonopoly Act*, define a ejecutivo como cualquier "fideicomisario, director, ejecutivo, socio con obligaciones ilimitadas y poder ejecutivo, un

3. En dos o más empresas competidoras entre sí

Esto permite descartar la prohibición expresa del *interlocking* vertical y del de conglomerado. En efecto, hay acuerdo en la doctrina y en la historia fidedigna del establecimiento de la norma comentada que lo único que está en general prohibido por la misma es el ***interlocking* horizontal directo**. En el caso de Chile, antes de que se regulara expresamente, no se sancionaron como infracción casos de *interlocking*, aunque en algunas ocasiones se prohibió su existencia, como se verá más adelante.

La lógica de que se prohibiese únicamente el *interlocking* horizontal y no el vertical está dada por el hecho de que, en el primer caso, las decisiones competitivas de las empresas que efectivamente compiten son tomadas por los directores comunes y en el otro, no; por lo que, si bien podría haber algún riesgo de intercambio de información, este sería claramente mucho menor que en el caso del *interlocking* directo prohibido por la norma. En ese sentido, y en rigor, sería también menor que en el caso de un *interlocking* indirecto horizontal en que los directores de empresas que sí compiten sean personas distintas, aunque nombradas por el mismo agente económico, el que tampoco se encuentra prohibido por la norma bajo análisis.

4. Umbrales

Para que se cometa el ilícito, la norma exige que el grupo empresarial al que pertenezca cada una de las empresas en que se produce el *interlocking* obtenga necesariamente ingresos del giro que excedan las 100.000 UF en el último año calendario (aproximadamente US$ 3.517.453)[11]. La exigencia de un monto mínimo resulta del todo razonable, debido a que un *interlocking* entre empresas con poca participación en el mercado mal podría generar un perjuicio para la libre competencia.

En efecto, estimamos que hubiera sido preferible que no se hubiera establecido un monto en la propia ley y se hubiera seguido un criterio análogo al de las operaciones de concentración respecto de las cuales se establece la exigencia de umbrales (en ventas anuales) para que una operación de concentración deba ser notificada previamente, pero dichos umbrales son fijados por el Fiscal Nacional Económico[12]. Lo anterior, sin considerar que el límite establecido por la ley, deja en situación de ilegalidad una cantidad muy importante de situaciones de *interlocking* que serían eficientes y no generarían riesgo alguno para la libre competencia. En efecto, son muchos los mercados competitivos con empresas que facturan anualmente más de UF 100.000, o mercados oligopólicos en los que empresas con ese nivel de facturación no tienen poder de mercado alguno del que puedan abusar.

5. Temporalidad

Por último, el tipo exige que la infracción se mantenga 90 días desde el término del año calendario en el que fue superado el umbral. Lo anterior permite tomar en consideración que los mercados y las empresas son dinámicos, por lo que puede ocurrir que, cuando se produzca el *interlocking,* las empresas estén bajo el umbral establecido en la ley y, por un aumento de sus ventas, lo sobrepasen (dados los bajos umbrales, no es difícil que esto ocurra). Por lo anterior se estableció un plazo prudente para detectar la situación de incumplimiento sobreviniente y corregirla, evitando así la injusticia de que se persiga la responsabilidad de una persona por un hecho que no le sería imputable.

### C. ¿Regla de la razón o regla *per se*?

Parte de la doctrina estima que la prohibición del *interlocking* directo horizontal prevista en la nueva letra d) antes citada correspondería a una prohibición absoluta que debería analizarse de acuerdo a la regla *per se* y que, por ende, no admitiría prueba en contrario.

En efecto, según consta en el Informe de la Comisión de Constitución del Senado, durante la tramitación del proyecto de Ley 20945, el Fiscal Nacional Económico de dicha época señaló que "detrás de esta conducta hay un riesgo objetivo, independiente del resultado concreto o de la intención

auditor o cualquier persona con una posición similar, un administrador u otro empleado a cargo del negocio de la oficina u operación principal" (1947). A su vez, por "persona con una posición similar", se entiende a toda persona (y no solo al director o auditor) que tenga el título de consejero, asesor, consultor u otro, que efectivamente participe en la administración de la compañía atendiendo a las sesiones de directorio o implementando otras medidas (OCDE, 2008, p. 135).

11 Según el tipo de cambio y valor de la UF del día 23 de junio de 2020.

12 Artículo 48 del DL 211. En cumplimiento del mandato legal, en diciembre de 2016, definió los umbrales, fijándolos en UF 1.800.000 para las ventas conjuntas y en UF 290.000 para las ventas individuales; posteriormente, fueron modificados en el año 2019, pasando a UF 2.500.000 para las ventas conjuntas y UF 450.000 para las individuales. El hecho que el monto se defina vía resolución (u otra forma reglamentaria) permite ir actualizándolos en el tiempo, evitando que ciertas regulaciones queden obsoletas, cosa que no ocurre en el artículo 3, letra d) del DL 211 sobre *interlocking*.

de las partes y, por ello, se pretende sancionarla aunque no se den los presupuestos generales de la letra a) antes citada" (2016, p. 534).

Sin embargo, es claro que se trata de un nuevo ejemplo de la conducta general del inciso 1 del artículo 3 del DL 211, que exige que una conducta, para ser sancionada, "impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o tienda a producir dichos efectos" (Decreto Legislativo 211, 1973). Lo anterior se desprende, de forma clara, del propio texto legal, que señala al *interlocking* como un ejemplo más de la norma general del inciso primero, antes citado (Decreto Legislativo 211, 1973).

No obstante, y dado lo perentorio de la norma, efectivamente debe estimarse que, en principio, la conducta será sancionada si se dan los requisitos establecidos en la citada letra d). En efecto, bastaría al ente persecutor (FNE o demandante particular) probar la existencia de los mismos para que en general se de lugar a una sanción. Sin embargo, a nuestro juicio, ello no impide que, aun en un caso de *interlocking* horizontal directo, el acusado de atentar contra la libre competencia con el mismo pueda defenderse (por vía de excepción) alegando y probando que dicho bien jurídico no se encuentra afectado. Del mismo modo, en nuestra opinión, quien así lo estima debiera poder consultarlo al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (el que estaría plenamente facultado para declarar que un caso específico de *interlocking* horizontal directo, aunque cumpla plenamente los requisitos de la letra d) citada, no atenta contra la libre competencia)[13]. Sin embargo, deberemos esperar a la jurisprudencia del Tribunal para saber cuál es el criterio que primará.

De lo anterior también se puede concluir que, considerando la tipificación absolutamente general de las prácticas restrictivas de la libre competencia en Chile, antes del 2016 ya era sancionable la conducta de *interlocking* si efectivamente era anticompetitiva, cuestión que, sin embargo, debía analizarse de acuerdo a la regla de la razón, debiendo acreditarse que se estaba en presencia de una práctica restrictiva de la libre competencia cometida por quien tiene el poder de mercado necesario para hacerlo, lo cual es bastante difícil si el *interlocking* no va acompañado de una conducta adicional.

Sin embargo, no hubo caso alguno en que el TDLC haya sancionado directamente el *interlocking* antes del establecimiento de esta norma. Lo que sí ocurrió fue que, con motivo del conocimiento de una infracción o del control preventivo de operaciones de concentración, en ocasiones se ordenó el término de ciertas situaciones de *interlocking*[14].

### D. Análisis crítico de la nueva norma sobre *interlocking*

Como se dijo al inicio de este trabajo, estimamos que la norma chilena sobre *interlocking* contiene un importante error de técnica legislativa. No parece adecuado que, en una disposición que establece una tipificación absolutamente general de las prácticas restrictivas de la libre competencia (con ejemplos también generales), se establezca como ejemplo de infracción el *interlocking* directo horizontal, el cual es una de las diversas formas de *interlocking* y este, a su vez, uno de los cientos de prácticas restrictivas de la libre competencia que podrían perseguirse. En todos los demás casos el legislador prefirió agruparlas en una tipificación general para abarcarlas todas, con lo que se logra una mayor eficacia de la norma y, al mismo tiempo, se evita sancionar conductas que podrían ser



[13] Esta es la tendencia más reciente establecida en la jurisprudencia norteamericana para analizar las conductas tradicionalmente consideradas *per se* contrarias a la libre competencia, en que considera más bien un enfoque de continuo que la tradicional dicotomía entre *per se* absoluto y regla de la razón, en una doctrina que se ha denominado de *quick look* o mirada rápida.

[14] Así, por ejemplo, en el Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra de Enersis S.A. por incremento de su participación accionaria en Endesa S.A., 2002, la Comisión Resolutiva Antimonopolios (antecesor del TDLC) aprobó la operación, sujetándola a la condición de que los cargos de directores de las sociedades involucradas (ya fueren titulares o suplentes) fueran desempeñados por personas distintas e independientes. En la Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia (2011) el Tribunal indicó que la operación se ajustaba a las normas de libre competencia, siempre que Terpel Colombia enajenara la totalidad de los activos que conforman Terpel Chile, y mientras ello ocurría, dispuso un conjunto de medidas destinadas a evitar eventuales situaciones de *interlocking* e intercambios de información entre competidores. En la Consulta de Conadecus en relación con el mercado del gas (2018) el Tribunal se pronunció sobre los riesgos horizontales derivados de las relaciones de propiedad existentes en el dicho mercado, e impuso como medida de "cortafuego" que "[e]l directorio de Copec sólo podrá estar integrado por personas que no sean directores o cumplan funciones ejecutivas en Metrogas y Abastible". Para mayor información, véase el Expediente de Recomendación Normativa, sobre intermediación de valores (2016); el Expediente de Recomendación Normativa sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago (2017); y la Consulta sobre Fusión de Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A. (2004).

eficientes, como ocurre indudablemente con algunos casos de *interlocking*.

Tampoco parece adecuado establecer una prohibición prácticamente absoluta de una conducta que debiera analizarse de acuerdo a la regla de la razón y que, en muchos casos, podría ser eficiente.

### E. Posibles efectos anticompetitivos del *interlocking*

Ahora bien, desde un punto de vista de la libre competencia, el *interlocking* (y también las participaciones minoritarias) pueden generar dos clases de efectos negativos: (i) aquellos que reducen el incentivo de las empresas a competir (efectos unilaterales); o bien, (ii) aquellos que facilitan un esquema colusivo (efectos coordinados) (OCDE, 2008, p. 9).

Sin perjuicio de los posibles efectos unilaterales y coordinados que presente una situación de *interlocking*, ya sea en sus variantes directas o indirectas, verticales u horizontales, **la OCDE ha manifestado, en línea con la doctrina y jurisprudencia europea, que para estos casos el análisis de competencia debe realizarse siempre en base a la regla de la razón**. En este sentido, expresó que "el análisis de competencia debe siempre enfocarse en si existe suficiente evidencia en cada caso particular para apoyar la conclusión de que importantes efectos anticompetitivos puedan resultar producto de participaciones minoritarias y situaciones de *interlocking*" (OCDE, 2008, p. 9) [traducción libre][15].

Para realizar este objetivo, la OCDE ha detectado un número de factores que son de importancia para apoyar la idea de que se han generado efectos anticompetitivos de carácter unilateral o coordinado en un mercado. En primer lugar, es necesario atenerse a cuestiones de carácter estructural en la industria, tales como el grado de concentración de mercado, las condiciones de entrada, la naturaleza homogénea o diferenciada de los productos del mercado, la sustituibilidad de los productos, sus coeficientes de desvío, así como el número de compañías que se encuentran vinculadas unas con otras. En segundo lugar, se deben revisar aspectos del caso en particular, así como los costos y márgenes de las compañías respectivas y la naturaleza recíproca de sus vínculos estructurales. Por último, se deben revisar ciertos factores adicionales, que incluyen potenciales conflictos de interés en la administración así como el grado de control sobre la administración ejercido por la compañía controladora en la compañía adquirida (OCDE, 2008, pp. 9-10).

Creemos que a lo anterior habría que agregar también un análisis sobre la calidad del director, efectuado de acuerdo a la regla de la razón, puesto que no parece tener igual gravedad si el *interlocking* se produce, por ejemplo, con el nombramiento de un director independiente, quien por ley no puede tener relación alguna de propiedad con ninguna de las empresas en las que fue designado, ni ser nombrado por su controlador o estar relacionado con este (Ley 18046, 1981, artículo 51). Asimismo, es bien sabido que existen profesionales que por sus especiales calificaciones en una determinada materia son designados directores de diversas empresas sin que tengan relación alguna con la propiedad de ninguna de ellas, dedicando en algunos casos su actividad profesional a ello, aportando sus conocimientos y experiencia. Parece claro que, si el tema del *interlocking* se analizara de acuerdo a la regla de la razón, su situación no debería estimarse de un riesgo equivalente al del controlador de una empresa que ingresa al directorio de una de su competencia.

#### 1. Efectos unilaterales

La existencia de *interlocking* puede disminuir la intensidad de la competencia entre dos compañías competidoras. Se ha estimado que la sola existencia de un vínculo personal podría frenar la adopción de una política de competencia agresiva entre dos compañías que tradicionalmente han sido rivales. Del mismo modo, la presencia simultánea de un director en una compañía rival puede perjudicar la libre competencia, puesto que es normal que en las reuniones de directorio se comente y discuta sobre cuestiones que abordan decisiones e información estratégica de la compañía. En este sentido, la normativa comercial permite a los directores obtener información de cualquier especie sobre el negocio de la compañía.

#### 2. Efectos coordinados

La presencia simultánea de una persona en dos o más compañías competidoras entre sí también puede facilitar la práctica de conductas colusorias, por cuanto reúne en torno a una misma mesa a dos rivales que usualmente no se encuentran en contacto. Como dijo la OCDE, respecto a los accionistas minoritarios, "se está otorgando acceso a la

[15] Texto original: "[…] the competition analysis should always focus on whether there is sufficient evidence in each specific case to support the conclusion that substantial anticompetitive effects are likely to result from minority shareholdings or interlocking directorates".

información de la compañía competidora, lo que facilita la colusión, o el monitoreo de su adherencia a la conducta mutuamente acordada" (2008, p. 9) [traducción libre][16].

### F. Medidas de mitigación aplicadas para casos de *interlocking*

La distinción entre medidas estructurales y conductuales (en atención a si apuntan a cortar de forma definitiva el vínculo que une a las empresas competidoras, o a prevenir eventuales abusos que una o ambas puedan cometer, muy conocida en materia de operaciones de concentración) también debe utilizarse en los casos de *interlocking*.

1. Medidas conductuales

Las medidas conductuales se basan en la idea de que en algunos casos es preferible autorizar la operación, atendidas las eficiencias y beneficios que esta genera, en vez de prohibirla absolutamente, siendo los remedios conductuales de menor intensidad que los estructurales. Dentro de los ejemplos que se han estudiado como medida conductual se encuentran las denominadas **murallas chinas**. Estas murallas consisten en un cortafuego basado en una delimitación *ex ante* del ambiente de manejo de información estratégica de una compañía, y, en consecuencia, implica fijar los parámetros y mecanismos de resguardo para evitar que dicha información pueda ser intercambiada con otras compañías.

En este sentido, la Fiscalía Nacional Económica ha dicho que

> al analizar una operación de este tipo [*interlocking* en un *joint venture*] debe considerarse la existencia de 'cortafuegos' y otras medidas de bloqueo al traspaso de información. Aunque estas estructuras distan mucho de ser completamente seguras y tienen altos costos de fiscalización, sí permiten, al menos potencialmente, el establecimiento de filtros que disminuyan los riesgos anticompetitivos. Una buena medida en este sentido es establecer de antemano el tipo e (*sic.*) información a que tendrá acceso la entidad creada por el *joint venture*, permitiendo una evaluación *ex-ante* de sus efectos (2012, p. 25).

2. Medidas estructurales

En un caso de *interlocking* de directores, los remedios estructurales consisten simplemente en prohibir la designación (u ordenar la remoción) del cargo de director ejercido por una persona en empresas competidoras. Tradicionalmente se ha estimado que, en general, las medidas estructurales son mucho más eficaces para resguardar la libre competencia. En este sentido, la OCDE ha dicho que

> hemos visto que el remedio preferido en la mayoria de las ocasiones es la eliminación del vínculo estructural en el *interlocking*, sin perjuicio de que en algunos casos las agencias de protección de la libre competencia han aceptado la creación de una Muralla China como el remedio preferido para las coordinaciones ilícitas. Existe, sin embargo, un escepticismo general sobre la eficacia de las Murallas Chinas como un remedio para el riesgo de coordinación de los *interlockings* de directores (OCDE, 2008, pp. 49-50) [traducción libre][17].

### G. Un caso en que es frecuente el *interlocking*: *joint venture*

Como se revisó, los *interlockings* pueden generar efectos unilaterales o coordinados y, en algunos casos, su causa puede ser la obtención de cualquiera de ellos. Por ejemplo, una empresa puede voluntariamente adquirir una participación minoritaria en una compañía competidora, en la medida que sea suficiente para nombrar a uno de sus ejecutivos de confianza en su directorio. Es lo que ocurrió en la Unión Europea en el *caso Ryanair/Aer Lingus* (2007) en el que la extinta Competition Commission del Reino Unido ordenó a Ryanair disminuir su participación en Aer Lingus a 5%, prohibiéndole también seguir adquiriendo acciones de la misma y nombrar representantes en su directorio. Sin embargo, el nombramiento de un director en una situación de *interlocking* puede tener causas que se alejan mucho de obtener efectos anticompetitivos, sean unilaterales o coordinados.

Entre este tipo de causas se encuentran aquellas relacionadas a estructuras de colaboración empresarial, en las que es frecuente (y no excepcional)

[16] Texto original: "[…] is given access to information about the target, which facilitates collusion, or the monitoring of the target's adherence to the commonly agreed conduct".

[17] Texto original:

> We have also seen that the preferred remedy is in most instances the elimination of the structural link and the end of the interlock, although in some cases antitrust enforcers have accepted the creation of a Chinese Wall as a suitable remedy to illicit co-ordination. There is, however, a general scepticism on the efficacy of Chinese Walls as remedy to risks of co-ordination from interlocking directorate.

el nombramiento de directores comunes. En este sentido la FNE ha expresado que

> [e]s explicable que los casos más frecuentes de *interlocking* indirecto se generen en el marco de un *joint venture*, es decir, cuando los directores de dos empresas competidoras (A y B) se encuentran en una tercera empresa (C) que ha sido constituida en miras de la realización de un proyecto particular (2013, p. 23).

En efecto, es conocida por la doctrina del derecho comercial la distinción, dentro de los contratos de colaboración empresarial, entre los *joint ventures* contractuales y los corporativos o consorcios. De acuerdo con Farina, en estos últimos la unión se realiza a través de una sociedad en la que los contratantes son socios, de modo que los aportes que efectúan pasan a formar parte del patrimonio social (2005, p. 434). En este sentido, considerando que las sociedades anónimas son uno de los principales vehículos con los que cuentan las compañías para inversiones intensivas en capital, parece razonable que cada una de las sociedades que conforman el *joint venture* nombren a los miembros de su directorio[18].

Los *joint ventures* han sido largamente estudiados por la doctrina y la jurisprudencia desde la óptica de la libre competencia, reconociendo que éstos pueden producir tanto efectos favorables como adversos a la libre competencia. Por una parte, permiten a las compañías generar una mejor asignación de recursos, creando nuevas unidades productivas a un costo variable de producción menor, accediendo en consecuencia a mayores economías de escala que las que habría si cada una operara singularmente. Muchas veces también les permiten entrar a un mercado al que de otra forma no podrían acceder, debido al tamaño de la inversión o a otras barreras de entrada, diversificando el riesgo de ambas empresas. Del mismo modo, fomenta el gasto en investigación y desarrollo, nivelando hacia arriba el estándar de tecnología existente en la industria.

Sin embargo, los *joint ventures* también pueden generar efectos adversos a la libre competencia, al facilitar actuaciones coordinadas entre las compañías participantes. La FNE, en su Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración, comentando sobre las eficiencias que deberán probar las partes, ha expresado que "[d]eberán demostrar que las eficiencias son inherentes a la operación, es decir, atribuibles directamente a la fusión y no alcanzables mediante alternativas menos restrictivas de la competencia, tales como el crecimiento interno **o la colaboración entre competidores**" (2012, p. 24) [el énfasis es nuestro], dando como ejemplo de una alternativa menos restrictiva de la competencia que la fusión, precisamente a los *joint ventures* (Fiscalía Nacional Económica [FNE], 2012, p. 24).

1. Acuerdos conexos

Muchas veces los efectos anticompetitivos que puede generar un *joint venture* no tienen relación tanto con el hecho mismo de la investigación, producción o comercialización conjunta; sino con los acuerdos conexos a este que se hayan pactado entre las compañías participantes, que puedan generar perjuicio a terceros. Como bien describe la sección de libre competencia de la American Bar Association (en adelante, ABA) en **Antitrust Law Developments**,

> [l]os acuerdos de *joint venture* muchas veces incluyen restricciones a la competencia entre las compañías matrices y el *joint venture*, o entre las mismas compañías matrices. Adicionalmente, pueden incluir restricciones en la política de precios y en la cantidad de producción o en los mercados geográficos o a los clientes a los cuales el joint venture va a vender. La mayoría de los casos en que los *joint ventures* han sido desafiados como restricciones no justificadas al comercio, bajo la Sección 1 del *Sherman Act*, han involucrado desafíos no al mismo *joint venture*, sino que a estos tipos de restricciones colaterales que puedan aparejar (Jacobson, 2007, p. 460) [traducción libre][19].

Estos acuerdos conexos se pueden distinguir en *ancillary restraints* y *naked restraints*, según la doctrina norteamericana. Tradicionalmente se ha estimado que los *naked agreements* entre compe-

---

18 En este sentido, agrega Farina, que

> las relaciones entre sus miembros, por lo general, no se limitan a participar en tal sociedad, sino que tienden a formar parte de una relación más amplia, que puede incluir contratos de suministro a la sociedad anónima común, transferencia de tecnología, préstamos, negocios financieros, etc., los cuales pueden vincular también a los socios entre sí. De esto resulta que la estructura jurídica y el funcionamiento de la sociedad común se ve condicionada al marco global de las relaciones entre los socios (2005, p. 436).

19 Texto original:

> Joint venture agreements often include restraints on competition between the parents and the joint venture, or between the parents themselves. In addition, they may include restraints on pricing and output or on the territories or customers to which the venture will sell. Most cases in which joint ventures have been challenged as unreasonable restraints of trade under Section 1 of the Sherman Act have involved challenges not to the joint venture itself, but to these types of collateral restraints.

tidores –o carteles duros– pueden configurar las más serias violaciones al derecho de la libre competencia. Ejemplos de este tipo de acuerdos son la fijación de precios, la asignación de mercados o la restricción en la producción[20]. Bajo el derecho de los Estados Unidos, de acuerdo a lo que expone la sección de libre competencia de la ABA, estos acuerdos "[p]ueden ser condenados bajo una regla *per se* o bajo un análisis abreviado o de *quick look* bajo la regla de la razón" (Jacobson, 2007, p. 465) [traducción libre][21].

Por otra parte, los tribunales estadounidenses han definido los *ancillary restraints* como aquellos que "[s]on esenciales o al menos parte importante de un acuerdo que tiene potenciales cualidades positivas" (Jacobson, 2007, p. 465) [traducción libre][22]. La jurisprudencia norteamericana ha establecido otras reglas para distinguir entre *naked* y *ancillary restraints*, entre las que destaca la necesidad de determinar si la restricción es razonablemente relacionada al objetivo del acuerdo (y no más amplia que lo estrictamente necesario para lograrlo)[23]. En este sentido, se ha dicho que estos acuerdos son analizados de acuerdo a una "completa regla de la razón" (Jacobson, 2007, p. 465) [traducción libre][24].

En la misma línea, la guía sobre colaboraciones entre competidores de la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia, señala que

> [s]i los participantes de una integración que promueva la eficiencia de una actividad económica entran en un acuerdo que es razonablemente relacionado a la integración, y razonablemente necesario para lograr sus beneficios pro competitivos, las agencias analizan el acuerdo bajo la regla de la razón, incluso si es de un tipo que de otro modo sería considerado ilegal (2000, p. 8) [traducción libre][25].

Ahora bien, como explica la sección de libre competencia de la ABA,

> [u]na vez que los tribunales concluyen que un acuerdo es auxiliar a los objetivos de negocio legítimos de un *joint venture*, algunos tribunales han adoptado un ´chequeo´ de poder de mercado, exigiéndole al demandante que

[20] De acuerdo a la "Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors" de la Federal Trade Commission y el Departamento de Justicia de Estados Unidos,

> (a)greements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. The Department of Justice prosecutes participants in hard-core cartel agreements criminally (2000, p. 3).

Asimismo, Italia, respondiendo a la OCDE en su informe sobre problemas de competencia en los *joint ventures*, ha dicho que

> (w)ith regard to "naked" agreements among competitors aimed exclusively at fixig prices, sharing markets or restricting outputs, these have been invariably considered as the most serious violations of the competition law. While the law itself does not provide for any per se prohibition, these types of agreements are generally deemed legal as well as void of any redeeming benefit, and are usually subjected to severe sanctions. This approach vis-à-vis naked hard-core restrictions also applies when such restrictions take place within the context of sham joint ventures, not leading to any real economic integration (OECD, 2000, p. 77).

[21] Texto original: "The former category of restraints may be condemned under the per se rule or under an abbreviated or quick look analysis under the rule of reason".

[22] Texto original: "Restraints are an essential or at least important part of some arrangement that has potentially redeeming virtue".

[23] Agrega Jacobson, en su artículo publicado por la ABA,

> [f]ollowing Addyston Pipe, courts and commentators have proposed a variety of different formulae for distinguishing between ancillary and nonancillary restraints in the context of joint ventures. A restraint is ancillary if it ´contributes to´ or is "subordinate and collateral to" the efficiency-enhancing purposes of a joint venture. The basic goal is to determine ´whether the challenged restraint is an inherent feature of the joint venture at all, or simply an [unnecessary], output-limiting appendage´. […] Courts have agreed generally with respect to the relationship between the restraint and the venture's procompetitive purposes. The basic standard is that the restraint be ´reasonable related to […] and no broader than necessary to effectuate´ the venture's procompetitive business purposes. And courts will, in this regard, consider whether there are substantially less restrictive alternatives available to achieve those objectives. Courts also agree, however, that the restraint need not be the least restrictive alternative. They have required, rather, only that the restraint be ´reasonably necessary' to achieve the venture's objectives´ (2007, pp. 466-467).

[24] Texto original: "are typically subject to a more complete rule of reason review".

[25] Texto original:

> If, however, participants in an efficiency-enhancing integration of economic activity enter into an agreement that is reasonably related to the integration and reasonably necessary to achieve its procompetitive benefits, the Agencies analyze the agreement under the rule of reason, even if it is of a type that might otherwise be considered per se illegal.

> pruebe que el *joint venture* tiene poder de mercado antes de proceder a realizar un examen completo de los efectos pro competitivos y anticompetitivos del acuerdo (Jacobson, 2007, p. 467) [traducción libre][26].

2. Efectos de *interlocking* en un *joint venture*

En general un *interlocking*, en cuanto efecto probablemente necesario o conveniente de la constitución de un *joint venture* de tipo societario, genera menores riesgos para la competencia que otras hipótesis de *interlockings*. En efecto, el nombramiento de un director en una compañía creada en virtud de un acuerdo de *joint venture* no es sino la mínima herramienta de control que puede ejercer la compañía matriz respecto de inversiones de alta envergadura, riesgo o complejidad.

Por todo ello, se ha entendido que la constitución de un *interlocking* en una estructura de colaboración empresarial es precisamente un acuerdo auxiliar y necesario para obtener los objetivos principales del *joint venture.* La Fiscalía Nacional Económica a este respecto ha expresado lo siguiente:

> La pregunta que debe responderse en cada caso, es si la constitución de un *interlocking* resulta una restricción indispensable para la obtención de las eficiencias del *joint venture*. Dichos *interlocking* no constituyen otra cosa que una restricción auxiliar (*ancillary restraint*), funcional al objetivo global perseguido por el acuerdo entre competidores. En dicha calidad, la necesidad de los mismos para la obtención de estos fines debe ser evaluada, así como las diversas medidas destinadas a mitigar sus riesgos potenciales (2013, p. 24).

Con todo, aunque efectivamente un *interlocking* en un *joint venture* puede facilitar la coordinación entre algunos competidores en la industria, se puede afirmar que dicha coordinación podría tener lugar igualmente, con o sin ayuda del mismo. En este sentido, los profesores Areeda y Hovenkamp señalan lo siguiente:

> Donde […] A y B tienen cada uno un director en el directorio de C, ese directorio puede posiblemente ser un conducto por medio del cual A y B puedan intercambiar información y engranar otras actividades anticompetitivas. Sin embargo, mientras C no sea competidor (o incluso un distribuidor o un cliente), la revelación de los negocios de C en las sesiones de directorio no tiene implicancias para la competencia entre A y B. La oportunidad para los representantes de A y B para reunirse en el directorio de C no presenta mayores riesgos para la competencia que su membresía en el mismo club de campo o asociación gremial, lo que no es automáticamente ilegal (2010, pp. 340-341) [traducción libre][27].

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Fiscalía Nacional Económica de Chile (FNE, 2013, p. 19).

**H. Derecho comparado**

Como se mencionó anteriormente, son muy pocos los países en el mundo que regulan expresamente el *interlocking* como tipo anticompetitivo. En efecto, además de Chile, otros países son Estados Unidos, Japón, Corea del Sur e Indonesia. De forma notoria, la Unión Europea no dispone de regulación específica en esta materia[28], lo que no obsta a la regulación de estas situaciones por medio de otras herramientas legales, como el análisis de operaciones de concentración, y de la eventual regulación interna de algunos países miembros en la materia[29].

1. Estados Unidos

Los Estados Unidos regulan el tipo de *interlocking* desde 1914, con la promulgación de la Sección 8 de la *Clayton Act*. Esta norma prohíbe expresamente los *interlockings* horizontales de directores y ejecutivos entre compañías competidoras que

---

[26] Texto original: "Once they conclude that a collateral restraint is ancillary to a venture's legitimate business objectives, some courts have adopted a market power "screen" requiring the plaintiff to prove that the joint venture has market power before proceeding to a full balancing of procompetitive anticompetitive effects".

[27] Texto original:

> Where […] A and B each has a director en C's board, that board might conceivably be a conduit through which A and B could exchange information and engage in other anticompetitive activities. Nevertheless, as long as C is not a competitor (or even a supplier or a costumer), disclosure of C's business at board meetings has no implications for competition between A and B. The opportunity for A and B representatives to meet on C's board offers no more of a threat to competition than their membership in the same country club or trade association, which is not automatically unlawful.

[28] Lo mismo ocurre en las legislaciones de Australia, Nueva Zelandia, Singapur y Canadá, por ejemplo, que tampoco tienen normas sobre *interlocking*.

[29] Así, por ejemplo, en el año 2011, Italia dictó una ley que prohíbe a los directores de instituciones financieras participar en los Directorios de compañías de la competencia. Para mayor información, véase a Falce (2013).

superen una regla de *minimis*[30]. Sin embargo, algunos autores han expresado que igualmente podría perseguirse otros tipos de *interlocking* que no se encuentran expresamente regulados en la sección 8 de la *Clayton Act* (verticales), si se logran probar métodos ilegales de competencia. El medio, esta vez, estaría basado en las normas que se encuentran en la sección 5 de la *Federal Trade Comission Act* (1914). En este sentido se han pronunciado Petersen[31] y Rosch[32].

Ahora, considerando la evolución que se ha producido en la jurisprudencia norteamericana respecto de la tradicional dicotomía entre la regla *per se* y la regla de la razón, podemos afirmar que, en general, la jurisprudencia norteamericana ha interpretado la prohibición del *interlocking* bajo un estándar *per se, es* decir, que no requiere alegar el posible daño a la libre competencia para tener por configurada la infracción al tipo anticompetitivo.

2. Japón

Otro país que ha regulado expresamente los *interlockings* de directores es Japón. Al respecto, el *Antimonopoly Act* (1947) regula, en su artículo 13 inciso 1, que ningún ejecutivo o empleado de una compañía podrá detentar simultáneamente una posición como ejecutivo de otra compañía en cuanto el efecto de aquel *interlocking* de directores pueda, en cualquier tipo de industria, restringir sustancialmente la competencia (OCDE, 2008, p. 113)[33].

Como se puede apreciar de la redacción de la ley, la normativa japonesa establece que el *interlocking* debe analizarse siempre de acuerdo a la regla de la razón, al exigir acreditar que restrinja sustancialmente la competencia. Lo mismo ocurre en los casos de Corea e Indonesia[34]. En opinión de Jacobs, este estándar es más amplio que el estadounidense, puesto que sería capaz de sancionar con mayor facilidad *interlockings* que no sean directos y horizontales[35] (2014, p. 673). En ese sentido, agregamos que tiene la ventaja adicional de que permitiría mantener *interlockings* que sean eficientes y no restringen sustancialmente la competencia, aunque sean directos y horizontales.

3. República de Argentina

En Latinoamérica también ha sido escasa la regulación del *interlocking.* Uno de los casos de excepción se encuentra en la Ley 24442 (2018), que incorporó a la regulación argentina en su artículo 3 letra I, como práctica restrictiva a la competencia "[l]a participación simultánea de una persona humana en

30 La sección 8 de la *Clayton Act* dispone que

> [n]o person shall, at the same time, serve as a director or officer in any two corporations (other than banks, banking associations, and trust companies) that are…by virtue of their business and location of operation, competitors, so that the elimination of competition by agreement between them would constitute a violation of any of the antitrust laws… if each of the corporations has capital, surplus, and undivided profits aggregating more than $10,000,000 as adjusted pursuant to paragraph (5) of this subsection (1914).

31 Como señala Petersen,

> [i]nterlocks are subject to restrictions in other modern economies. In the United States, horizontal interlocks that meet certain jurisdictional thresholds have been prohibited since the enactment of Section 8 of the Clayton Act in 1914. Section 8 is a per se ban, meaning that it requires no proof of anticompetitive effects. Further, in accordance with the FTC Act, Section 5, the FTC can intervene with other types of interlocks that are not directly covered by Section 8 of the Clayton Act, if they are found to be unfair methods of competition (2016, p. 5).

32 Como señala Rosch,

> [i]ndirect interlocks are another possible loophole. The FTC and DOJ take the position that these are covered by the Act and have pursued enforcement actions based on this approach, but the courts have not yet spoken definitively on this issue […]. Fortunately, the FTC has a tool for addressing these loopholes: Section 5 of the FTC Act. This statute prohibits "unfair methods of competition" and can reach conduct not prohibited by the other antitrust statutes. On several occasions, the FTC has challenged interlocks that did not violate Section 8 (2009, pp. 19-20).

33 Sin perjuicio de lo anterior, la ley japonesa dispone expresamente que no estarán sujetos a este análisis aquellos casos en que los *interlockings* de directores se produzcan entre una compañía y su subsidiaria, o entre compañías **hermanas**, entre otros casos similares.

34 Como menciona Petersen, "[j]apan, South-Korea and Indonesia also restrict interlocks. Those jurisdictions, however, do not prohibit interlocks per se, but instead require a substantive analysis of the potential anticompetitive effects of the interlock" (2016, p. 5).

35 En ese sentido, declara el autor que

> [i]n contrast to section 8, the Japanese Antimonopoly Act does not appear to concern itself whatsoever with whether competitors are involved in the interlock. The result is that Japan's approach may be more expansive than the Clayton Act, which has been held to apply only to interlocking directorates between horizontal competitors, whereas the Japanese act conceivably could reach even vertical interlocks that affect competition. The Japanese approach, in theory, also relieves enforcers of the burden of establishing that the parties involved are competitors. It seems unlikely, however, that the overall enforcement burden under the Japanese approach, with a requirement of showing possible effects, would be less than in the United States, where "competitors" can be (at least in some courts) established using a qualitative approach (2014, p. 673).

cargos ejecutivos relevantes o de director en dos o más empresas competidoras entre sí" (Ley 24442, 2018) que es la misma conducta prohibida en la ley chilena. Sin embargo, a diferencia de esta, para que la infracción se configure, se debe analizar de acuerdo a la regla de la razón, lo que parece acertado.

4. Unión Europea

A diferencia de los casos anteriores, la Unión Europea no regula en forma expresa las situaciones de *interlocking*. Tradicionalmente, para perseguir los *interlockings* se han utilizado tanto el Artículo 101 inciso 1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFEU)[36] (1958) como el control preventivo de las operaciones de control de concentración. En este sentido, el estándar bajo dicha norma en la Unión Europea es el de la regla de la razón (en estricto rigor el estándar de las infracciones **por objeto**), y no *per se*, en atención a que se tienen que probar los efectos anticompetitivos del *interlocking* para que se configure la infracción[37].

Por otra parte, la Comisión Europea también puede monitorear los *interlockings* por medio de procedimientos de control de operaciones de concentración. En efecto, en algunos casos se ha solicitado la aplicación de remedios estructurales (cortar el vínculo de *interlocking*) para dar luz verde a una operación[38], o no establecer un directivo en empresas competidoras[39].

## III. PARTICIPACIONES MINORITARIAS

### A. Regulación chilena

El artículo 4 del DL 211 establece que

> [l]a adquisición, por parte de una empresa o de alguna entidad integrante de su grupo empresarial, de participación, directa o indirecta, en más del 10% del capital de una empresa competidora, considerando tanto sus participaciones propias como aquellas administradas por cuenta de terceros, deberá ser informada a la Fiscalía Nacional Económica a más tardar sesenta días después de su perfeccionamiento. El Fiscal Nacional Económico, podrá instruir investigación respecto de dichos actos con el objeto de comprobar infracciones al artículo 3 (Decreto Legislativo 211, 1973).

El análisis de esta norma debe efectuarse considerando también las disposiciones contenidas en los artículos 47 y siguientes del DL 211, sobre operaciones de concentración. Una interpretación armónica de las mismas nos debe llevar a concluir necesariamente que la obligación de informar debe aplicarse para adquisiciones de participación superiores al 10%, pero que no deban considerarse una operación de concentración, las que deben informarse en forma preventiva.

### B. Análisis crítico de dicha regulación

Parece correcto que, en lugar de considerar a las participaciones minoritarias como un ejemplo de infracción a la libre competencia, se haya establecido la obligación de notificarla a la FNE. Sin embargo, igualmente existe un problema en el tratamiento legal que se le dio, puesto que la adquisición de una participación minoritaria en una empresa competidora no se rige por las reglas de una operación de concentración, cuyo análisis (incluso en caso de prohibición de la misma) no implica una infracción a la libre competencia.

En efecto, si el Fiscal Nacional Económico estima que una participación minoritaria puede afectar la

---

36 Dispone la norma:

> 1. The following shall be prohibited as incompatible with the internal market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market, and in particular those which: (a) directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; (b) limit or control production, markets, technical development, or investment; (c) share markets or sources of supply; (d) apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (e) make the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts (1958).

37 Como explica Petersen,

> [t]he fact that interlocks cannot be attacked per se under Article 101(1) can be further supported by two examples from EU case law. In the Commission's decision in Phoenix/Global One, the Commission noted that U.S. antitrust laws (most likely a reference to Section 8 of the Clayton Act) were designed to prevent legal to and misuse of confidential information by board representatives. The Commission did not, however, believe that the appointment of representatives on a particular board could be attacked under Article 101. On the contrary, it concluded that the notifying parties' investment in the firm fell outside the scope of Article 101. Moreover, in its decision in Philip Morris, the European Court of Justice noted that minority shareholding, which is closely related to interlocks, did "not in itself constitute conduct restricting competition (2016, p. 15).

38 Al respecto, véase los casos Thyssen/Krupp (1998); Allianz/AGF (1998); y el caso Allianz/Dresdner (2001).

39 Al respecto, véase el caso Generali/INA (2000).

libre competencia en razón de los riesgos unilaterales o coordinados que implique, el único camino que le queda es analizarla con la lógica infraccional, según dispone expresamente la norma. Es decir, por la vía de iniciar una investigación por eventuales infracciones a la libre competencia, pudiendo interponer un requerimiento por tal infracción y solicitar su sanción de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 3 y 26 del DL 211, debiendo por ende acreditar que la participación minoritaria impide, restringe o entorpece la libre competencia o tiende a producir dichos efectos.

Este último aspecto parece al suscrito un error de técnica legislativa, puesto que las operaciones de concentración que (*ceteris paribus*) son más perjudiciales para la libre competencia, están tratadas en el Título IV del DL 211, que establece un análisis *ex ante* (ante la FNE) quien podrá aprobar la operación de forma pura y simple, aprobarla sujeta a medidas de mitigación acordadas con el notificante, o prohibirla si concluye que puede reducir sustancialmente la competencia. Sin embargo, las operaciones de concentración no constituyen infracción a la libre competencia ni deben analizarse con un criterio infraccional. De hecho, una de las críticas más fuertes que hizo la OCDE (2014) a nuestro sistema de análisis de dichas operaciones con anterioridad a la dictación, en 2016, de la Ley 20945, era que para revisarlas se seguía un criterio de tipo infraccional y no aquel propio de análisis de estructuras, como ocurre en el derecho comparado. A partir de dicha ley se comenzaron a analizar también así en el derecho chileno, con la sola excepción de las participaciones minoritarias.

Al respecto, existe consenso entre las agencias de libre competencia que las adquisiciones minoritarias de acciones no constituyen en sí mismas una restricción a la competencia y, por lo tanto, no deberían ser consideradas ilegales; sino que deberían analizarse con un criterio análogo al de las operaciones de concentración, esto es, revisando los riesgos unilaterales y coordinados que pudieren implicar. Así lo estima la OCDE al indicar que

> [d]e acuerdo con la teoría económica, parece haber un consenso general entre los agentes antimonopolio de que la adquisición de una participación minoritaria no constituye en sí misma una restricción de la competencia y, por lo tanto, no debe considerarse ilegal (2008, p. 38) [traducción libre][40].

Asimismo, someterlo a las reglas de un procedimiento infraccional resulta complejo en términos probatorios porque, en general, se deben demostrar sus efectos anticompetitivos, lo que resulta difícil de detectar y probar en las participaciones minoritarias, ya que los cambios en las variables relevantes de competencia se pueden deber a una serie de factores por lo que será difícil acreditar una infracción a la libre competencia a partir de una mera participación minoritaria y sancionarla (aun en el caso que la misma efectivamente implique un riesgo para la libre competencia que haría aconsejable prohibirla) si se la analizara con criterios propios de la política de estructuras. Así lo ha entendido la OCDE, que ha indicado que

> [d]ebido a que las normas sobre acuerdos horizontales implican una revisión *ex post* de los efectos anticompetitivos del acuerdo que se examina, la agencia ejecutora (o el demandante) tiene una alta carga de la prueba y generalmente tiene que mostrar efectos anticompetitivos reales. Esto puede limitar significativamente la eficacia y la rapidez de las acciones de ejecución en el área de las participaciones minoritarias (particularmente en el área de las participaciones minoritarias pasivas), donde los posibles efectos anticompetitivos pueden ser difíciles de detectar y probar (2008, p. 45) [traducción libre][41].

Las consecuencias de la forma en que deben tratarse las participaciones minoritarias en nuestro derecho, de acuerdo con lo antes expuesto son que, por una parte, se hace difícil (aunque no imposible) para la Fiscalía requerir a una empresa por el sólo hecho de mantener una participación minoritaria, salvo que se produzca el incumplimiento objetivo de su obligación de informarla o que se acredite alguna conducta entre los competidores-socios que pueda estimarse contraria a la libre competencia. Por ello, estimamos como más probable, en caso de que a la FNE le parezca riesgosa para la libre competencia una determinada participación minoritaria informada de acuerdo

[40] Texto original: "Consistently with economic theory, there appears to be a general consensus amongst antitrust enforcers that the acquisition of a minority shareholding does not amount in itself to a restriction of competition and therefore should not be viewed as illegal".

[41] Texto original:

> Because rules on horizontal agreements entail an ex-post review of the anti-competitive effects of the agreement under examination, the enforcement agency (or the plaintiff) bears a high burden of proof and generally has to show actual anti-competitive effects. This may significantly limit the efficacy and promptness of enforcement actions in the area of minority shareholdings (particularly in the area of passive minority shareholdings), where the potential anti-competitive effects may indeed be difficult to detect and prove.

con las normas del artículo 4 citado, que intente lograr un acuerdo extrajudicial a su respecto[42] antes de presentar un requerimiento por ella, que es difícil que sea acogido sin que se acredite una conducta específica contraria a la libre competencia. Lo anterior no implica que sea imposible la persecución como ilícito de una participación minoritaria, dado que las infracciones a la libre competencia son ilícitos de peligro, y eventualmente podría considerarse que la mera existencia de la participación minoritaria es un hecho, acto o convención que **tienda a producir** efectos contrarios a la libre competencia.

### C. Eventuales efectos anticompetitivos de las participaciones minoritarias

Las participaciones minoritarias, a diferencia de las operaciones de concentración, no eliminan completamente la competencia entre los agentes económicos involucrados, pero igualmente pueden producir efectos unilaterales o coordinados (OCDE, 2008, p. 9) [traducción libre][43].

1. Efectos unilaterales

Este tipo de participaciones puede disminuir el incentivo a las empresas a competir agresivamente, puesto que si la empresa adquirente tuviera un comportamiento competitivo agresivo tendría que soportar las pérdidas que se producirían en su empresa rival. A su vez, cuando una empresa adquiere derechos de control en otra, aunque sean minoritarios, puede inducir a ésta, de manera activa, a competir menos agresivamente (Brito *et. al*, 2018, p. 90).

Por su parte la FNE, al analizar los efectos unilaterales de este tipo de operaciones ha postulado que se genera un problema de *free-riding*. Lo anterior, dado que la empresa adquirente podría influir en el aumento de precios y de esa manera, capturaría la demanda que se desvía. Así, ha indicado que

> [e]l problema surge de la tendencia *al free-riding* que dichas estructuras corporativas fomentan. En la medida en que el adquirente (A), controla mediante una participación minoritaria a su rival (B), la primera empresa (A) intentará aumentar el precio cobrado por la empresa adquirida (B). En dicho caso, la compañía adquirente (A) absorberá la demanda que se desvíe de (B) en virtud del aumento de precios, pero los costos que la medida impone a la compañía adquirida (B) se repartirán entre todos los accionistas (incluyendo A). Así, dado que **los beneficios son capturados individualmente, mientras que los costos son soportados de manera colectiva, el controlador tendrá incentivos a obtener el mayor beneficio posible en desmedro de los demás accionistas**. Este escenario puede ser aún más perjudicial para los consumidores que el que existiría frente a una fusión completa, en cuyo caso el adquirente (A) al menos internaliza por completo los costos sobre (B) del aumento de precios (FNE, 2013, p. 13) [el énfasis es nuestro].

Sin embargo, los costos que sufre la empresa adquirida por la menor cantidad demandada de sus productos se reparten entre los demás accionistas y, dado que no es el que tiene la participación minoritaria quien controla, el riesgo de que el problema de *free-riding* antes señalado se produzca, es bajo. En efecto, a nuestro juicio hay un error en la afirmación de la FNE, que descansa en la premisa de su siguiente silogismo que señala textualmente: "[e]n la medida en que el adquirente (A), controla mediante una participación minoritaria a su rival (B)", en circunstancias que una participación minoritaria por definición no otorga el control del rival, puesto que, en caso de hacerlo, estaríamos en presencia de una operación de concentración regida por otras normas.

Por su parte, la OCDE aborda estos efectos desde el punto de vista de las externalidades que se generan en el mercado. Si un agente económico restringe unilateralmente su producción, esto genera una externalidad positiva en la empresa competidora que ve aumentada su cantidad demandada. Así, si el agente económico que adquiere una participación minoritaria logra capturar parcialmente ese beneficio que experimenta la empresa competidora, le puede resultar beneficioso realizar conductas de este tipo. Así, indica que

> [a] través de la adquisición de una participación accionaria en los competidores, las empresas ´internalizan´ una ´externalidad´ competitiva, es decir, las ganancias que las empresas generan para sus rivales como resultado de las restricciones unilaterales de producción. **Las pérdidas incurridas pueden recuperarse par-**

[42] El artículo 39 ñ) del Decreto Legislativo 211, establece que el Fiscal Nacional Económico podrá "[s]uscribir acuerdos extrajudiciales con los agentes económicos involucrados en sus investigaciones, con el objeto de cautelar la libre competencia en los mercados", los cuales deberán ser aprobados por el TDLC en la forma indicada en dicha norma" (1973).

[43] Texto original: "Minority shareholdings and interlocking directorates can have negative effects on competition, either by reducing the minority shareholder's incentives to compete (unilateral effects), or by facilitating collusion (coordinated effects)".

> **cialmente a través de una participación en el patrimonio (y, por lo tanto, en el beneficio) de la empresa participada** (OCDE, 2008, p. 24) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][44].

Sin perjuicio de lo anterior, Reynolds y Snapp indican que "**como cabría esperar, la producción del mercado de equilibrio cambia solo modestamente cuando pocas empresas están vinculadas y los vínculos son pequeños**" (1986, p. 146) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][45] y en su modelo demuestran que la cantidad producida disminuía un 0,2% si, en un mercado con cinco empresas independientes, una de ellas adquiría un 10% de algún competidor; y un 0,1% si una de diez empresas del mismo tamaño y previamente no vinculadas adquiriera un interés del diez por ciento en un competidor.

2. Efectos coordinados

Las participaciones minoritarias, al generar un vínculo entre competidores de un mismo mercado, puede generar un aumento de los riesgos de coordinación entre las empresas involucradas. Este tipo de riesgos no necesariamente deben provenir de un acuerdo expreso entre las partes, pues también pueden hacerlo de un acuerdo tácito de equilibrio no competitivo, con la confianza creíble de que cualquier desviación del acuerdo podría generar sanciones por parte de los rivales, aumentando de esa manera el control entre las empresas.

En ese sentido, Brito, Ribeiro y Vasconcelos nos dicen que

> [l]os efectos coordinados de las adquisiciones parciales (al igual que las fusiones) derivan de la interacción repetida entre las distintas empresas del mercado, una interacción que provee una estructura en la que un acuerdo coordinado sobre la producción puede ser respaldado –no por una negociación explicita, sino como un equilibrio no competitivo tácito– bajo la amenaza creíble que desviaciones del acuerdo coordinado podría generar sanciones por sus rivales (2018, p. 109).

A lo anterior se suma que las participaciones minoritarias proveen a la empresa adquirente información confidencial respecto a decisiones competitivas claves, lo que genera una transparencia mayor en el mercado que permite controlar de mejor manera desviaciones de un acuerdo colusorio. Al respecto, la OCDE señala que

> [l]as participaciones minoritarias y los *interlocking* pueden proporcionar acceso a información confidencial sobre precios, costos, estrategias futuras y otras decisiones competitivas clave que pueden ayudar a los competidores a alcanzar acuerdos explícitos o implícitos y monitorear su adhesión a dichos acuerdos (2008, p. 19)[46].

Sin embargo, para lograr estos acuerdos colusorios no es necesario generar vínculos entre todos los agentes del mercado, sino que es suficiente disciplinar a aquellos competidores más pequeños y que, por ende, tienen mayor propensión a desviarse del acuerdo (OCDE, 2008, p. 32). Finalmente, partiendo de la premisa que los gerentes de una empresa maximizan una suma ponderada de los retornos de los accionistas, se ha sugerido a las agencias de competencia que deberían investigar si las adquisiciones minoritarias aumentan la probabilidad de coordinación entre los gerentes de una industria, y no solo la coordinación entre las mismas empresas. De hecho, "el enfoque sugiere que las agencias de competencia deben investigar si la adquisición parcial aumenta la probabilidad de una conducta coordinada entre gerentes (en lugar de entre las empresas) de una industria" (OCDE, 2008, p. 19)[47].

La tesis antes indicada puede ser razonable en empresas en las que no existe un controlador claro (y que finalmente pueden terminar siendo controladas de facto por su alta administración), lo que no suele ocurrir en la gran mayoría de las empresas chilenas. La mayoría de empresas tienen un controlador definido y, por ende, las decisiones más importantes de administración son tomadas por el controlador y no por los gerentes, aunque es igualmente interesante tener presente la posibilidad de

[44] Texto original: "Through the acquisition of an equity interest in competitors, firms 'internalise' a competitive 'externality', namely the profits that firms generate for rivals as a result of unilateral output restrictions. The losses incurred can be partially recovered through a share in the equity (and therefore in the profit) of the participated firm".

[45] Texto original: "As one might expect, equilibrium market output changes only modestly when few firms are linked, and the links are small".

[46] Texto original: "Minority shareholdings and interlocking directorates can provide access to sensitive information on prices, costs, future strategies and other key competitive decisions that can assist competitors to reach explicit or implicit agreements and to monitor their adherence to such agreements".

[47] Texto original: "[…] the approach suggests that competition agencies should investigate whether partial horizontal acquisitions increase the likelihood of coordinated conduct among the managers (rather than among the firms) in an industry".

que los incentivos económicos de estos últimos puedan influir en eventuales comportamientos anticompetitivos, por lo que deben analizarse cuidadosamente en cualquier programa de *compliance*.

3. Jurisprudencia

Dado que la norma que ordena notificar las participaciones minoritarias es reciente, la jurisprudencia es bastante escasa[48]. De tal forma, en el Acuerdo Extrajudicial de Tianqi-FNE (2018) en el que Tianqi adquirió una participación minoritaria de SQM, el TDLC aprobó las participaciones minoritarias con condiciones conductuales, estableciendo **murallas chinas** y, en casos de control preventivo de operaciones de concentración, para autorizarlas ha establecido condiciones relacionadas con participaciones minoritarias de las empresas fusionadas para (de esa forma) contrarrestar los riesgos unilaterales o coordinados que podrían surgir de la operación[49].

Por su parte, en la jurisprudencia internacional también se han aprobado participaciones minoritarias de manera pura y simple[50], y en otros casos sujetas a condiciones, ya sean medidas conductuales[51] o medidas estructurales[52]. Respecto a estas últimas, en general, no han consistido en una desinversión total, sino en la exigencia de que la participación minoritaria se mantenga bajo ciertos umbrales.

## IV. SUJETO PASIVO DE LA INFRACCIÓN

Una pregunta adicional que debemos plantearnos es quién debe ser el sujeto pasivo de la infracción en los casos de *interlocking* y participaciones minoritarias. En efecto, cuando existe *interlocking* ¿el propio director o ejecutivo relevante? ¿quién lo nombró en el cargo? ¿la empresa o empresas que podrían beneficiarse con el intercambio de información? ¿todos los anteriores?

Aparentemente la entidad a sancionar ante un ilícito anticompetitivo es aquella que obtiene los beneficios económicos directos de la conducta tipificada, que serían las empresas que puedan beneficiarse del intercambio de información o coordinación que pueda derivarse del *interlocking*. Sin embargo, para poder sancionar por infracción a la libre competencia debe exigirse a lo menos culpabilidad, siendo un principio general del derecho el de *nulla poena sine culpa*[53]. Por ello, estimamos que igualmente deberá comprobarse en el juicio respectivo si el acusado tuvo una participación en la conducta que pueda serle imputable. De tal forma, por ejemplo, estimamos que no podría sancionarse por *interlocking* a una empresa que no tuvo (ni pudo tener) participación en el nombramiento de un director en la misma, salvo que se acredite que dicha empresa intercambió información o se coludió gracias al mismo; pero en ese caso no se estaría sancionando el *interlocking*, sino la conducta anticompetitiva facilitada por el *interlocking*. Distinto es el caso del ejecutivo relevante, que sí es designado por la propia empresa, por lo que su nombramiento, a sabiendas que implicaba una infracción a la norma de *interlocking*, podría acarrear la responsabilidad de esta última.

En el caso de una participación minoritaria, parece claro que la responsabilidad debiera estar centra-

48 Para mayor información, véase el Acuerdo Extrajudicial entre la FNE e International Mainstream Renewable Power Limited (2018); la Conciliación FNE e Inversiones Los Orientales Limitada (2020); y, Conciliación FNE y Banmedica (2020). En dichos acuerdos, el infractor se comprometió a efectuar un pago a beneficio fiscal, además de publicar y efectuar difusión de los respectivos acuerdos.

49 En la Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A., 2012, el Tribunal ordenó enajenar la participación minoritaria en Supermercados Montserrat S.A.; en la consulta sobre Fusión de Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A., 2004, impuso como condición para su aprobación que, el grupo controlador de la empresa fusionada no podía participar, ni directa ni indirectamente, por sí por personas relacionadas, en la propiedad de compañías operadoras de televisión pagadas, debiendo proceder a la enajenación de cualquier participación que mantenga actualmente en sociedades del giro.

50 Para mayor información, véase la Adquisición del 20% de MCI por parte de British Telecom (BT), en virtud del cual, la Comisión determinó que la participación de BT con consejeros no afectaba la estrategia competitiva de ambas empresas, aun teniendo acceso a información confidencial. Dado que el acuerdo celebrado prohibía que BT intentará controlar MCI o ejercer influencia alguna en ella (British Telecom / MCI, 1993).

51 Para mayor información, véase la Participación cruzada entre Kinder Morgan y Magellan , en virtud de la cual, la Federal Trade Comission determinó que la adquisición del 22,6% de Kinder Morgan por parte de Magellan violaba la Sección 7 de la *Clayton Act* y la Sección 5 de la *FTC Act*, ordenando para llevar a efecto la operación: (i) remover todos los representantes de Carlyle y Riverstone en Magellan, a nivel de directorio y gerencia; (ii) ceder el control de Magellan al siguiente inversionista principal; y, (iii) no influir o intentar influir a la gerencia o la operación de Magellan (Kinder Morgan/ Magellan, 2007).

52 Para mayor información, véase la Adquisición del 17,9% de ITV por BSkyB, en la cual, dado que la influencia material de BSkyB en ITV fue acreditada por la UK European Commssion, se ordenó a BSkyB desinvertir a un nivel inferior al 7,5% y no intentar obtener representación a través de directores o adquirir nuevas acciones de ITV (2008). Asimismo, véase también a Ryanair/Aer Lingus (2007).

53 Para mayor información, véase a Valdés Prieto (2006, p. 291).

da en quien compró la participación minoritaria, salvo que se acredite que la empresa en la que dicha persona entró como socio o accionista tuvo participación en dicha entrada (por ejemplo, si el controlador de la empresa adquirida fue quien vendió la participación minoritaria o, en el caso de una sociedad de personas, consintió expresamente en el ingreso del nuevo socio).

Lo anterior se da sin perjuicio de la posibilidad de las medidas que puedan adoptarse por el Tribunal para evitar que se mantengan los efectos de la conducta ilícita acreditada, entre las que podrá contarse la orden de cese del *interlocking,* o la de desinversión en el caso de las participaciones minoritarias. Además, en una investigación sobre colusión o prácticas concertadas entre empresas en las que existe *interlocking*, aunque sea indirecto, o participación minoritaria, podrían considerarse estos como un indicio adicional para probar la existencia del acuerdo (*plus factor*); puesto que permitiría dar por acreditada la existencia de una vía de contacto entre competidores, que en general la jurisprudencia exige como un antecedente mínimo (aunque no suficiente) para dar por acreditada (por vía indiciaria) la existencia de un acuerdo entre competidores.

En el caso del *interlocking*, estimamos que también podrían ser sancionadas las personas que participan del mismo en calidad de directores o ejecutivos relevantes de las empresas competidoras, puesto que es respecto a su conducta que podrían derivarse efectos riesgosos para la libre competencia. En efecto, si bien en general la Fiscalía Nacional Económica ha sido reticente a acusar ante al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a personas naturales, el artículo 26 letra c) del DL 211 es claro cuando dispone que las multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo (por lo que también podríamos incluir aquí el concepto de "ejecutivo relevante")[54]. En efecto, el artículo 3 inciso primero del DL 211 establece lo siguiente: **"[e]l que** ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia […]" (Decreto Legislativo 211, 1973) [el énfasis es nuestro]. Dicha norma, como ya hemos visto, consagra una descripción absolutamente general del tipo infraccional, y también deja abierto o indeterminado el posible autor de la infracción, sujeto pasivo de un requerimiento o demanda "El que […]". Sin embargo, exige también claramente que "el que" sea requerido o demandado, haya participado en la ejecución de la práctica restrictiva para que pueda ser sancionado.

En este sentido, el Tribunal de Defensa de Libre Competencia, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 26 letra c) del DL 211, ha fallado que es **indudable** la legitimación pasiva de las personas naturales, por lo que solo restaría probar en un caso que las involucren,

> si efectivamente intervieron en los respectivos hechos cometidos por la persona jurídica con la que se relacionan, y, de tenerla, en resolver si tales hechos son o no ilícitos anticompetitivos, pues de eso dependerá en definitiva si tales personas serán sancionadas o no […] (Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros, 2014).

Dicha visión sería ratificada más adelante por la Corte Suprema de Justicia[55]. Sin embargo, debemos destacar que, por regla general, la jurisprudencia del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (que en ello concuerda con lo que ha ocurrido en la práctica de las autoridades de los Estados Unidos) no ha terminado en sanciones, sino en la renuncia de los cargos que pudieran implicar riesgos para la libre competencia. Para ello el Tribunal está expresamente facultado pues, según lo dispuesto en el artículo 26 letra a) del DL 211, puede "[m]odificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley" (Decreto Legislativo, 1973).

## V. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos revisado tanto el *interlocking* como las participaciones minoritarias desde el punto de vista de la regulación, la doctrina y la jurisprudencia de libre competencia chilena y comparada. Asimismo, se ha efectuado un análisis crítico de su tratamiento en el derecho chileno desde la última reforma al DL 211, contenida en la Ley 20945.

En general podemos sostener que, tanto el *interlocking* como las participaciones minoritarias, en algunos casos pueden implicar riesgos relevantes para la libre competencia que ameritarían el esta-

[54] Artículo 26 letra c) del DL 211, el cual menciona que "[l]as multas podrán ser impuestas a la persona jurídica correspondiente, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo" (1973).

[55] Véase el Recurso de reclamación de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros (2015).

blecimiento de condiciones a su respecto, su prohibición, o incluso en algunos casos, su sanción. Sin embargo, se estima que la norma general del tipo infraccional existente en Chile (la cual sanciona cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia o que tienda a producir dichos efectos) permitiría hacerse cargo de esos casos, más bien excepcionales, como de cualquier otra infracción a la libre competencia que no se encuentre tipificada de forma específica.

Al regularse expresamente, y en ambos casos como infracción, se cambió la técnica legislativa de una tipificación absolutamente general, con ejemplos también muy generales, que se mantiene respecto de todas las demás conductas, a una tipificación extraordinariamente específica de dos casos, entre muchos, que eventualmente podrían afectar la libre competencia en los mercados. Dicho aspecto, además de ser un error de técnica legislativa, está impidiendo un número muy importante de situaciones de *interlocking* que no producen efecto (ni actual, ni potencial) contra la libre competencia, e incluso podrían generar eficiencias. Además, se introduce la duda sobre si un *interlocking* que no esté prohibido (indirecto o vertical) puede ser sancionado, aunque afecte la libre competencia en un mercado relevante determinado, lo que efectivamente podría ocurrir. Parece también un error que el *interlocking* (que es una conducta que debiera analizarse de acuerdo a la regla de la razón) sea tratada en la legislación chilena en forma análoga a los carteles duros, como una prohibición prácticamente absoluta.

En el caso de las participaciones minoritarias, si bien el legislador en definitiva actuó correctamente al no señalarlas como un ejemplo de infracción a la libre competencia y ordenar únicamente su notificación a la FNE; creemos que cometió un error al establecer que, frente a una participación minoritaria notificada, lo único que puede hacer el Fiscal es iniciar una investigación a su respecto y solicitar su sanción como atentado a la libre competencia (con todas las dificultades jurídicas y prácticas que ello implica). En efecto, creemos que hubiera sido más adecuado que a las participaciones minoritarias se les diera el mismo tratamiento de las operaciones de concentración. Es decir, si la FNE estimara que podría implicar algún riesgo para la libre competencia, se le facultara para iniciar a su respecto un análisis similar al de las operaciones de concentración, y sujeto a las mismas reglas.

**REFERENCIAS**


Brito, D., Ribeiro, R., & Vasconcelos, H. (2018). Quantifying the coordinated effects of partial horizontal acquisitions. *European Economic Review*, (110), 108-149. https://doi.org/10.1016/j.euroecorev.2018.07.009

(2019). Can partial horizontal ownership lessen competition more than a monopoly? *Economics Letters*, (176), 90-95. https://doi.org/10.1016/j.econlet.2018.12.039

Comisión de Constitución (2016). *Historia de la Ley Nº 20.945, [Sesión 19, legislatura]*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Comisión de Economía (2015) *Historia de la Ley Nº 20.945, [Sesión 72, legislatura 363]*. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile.

Falce, V. (2013). Interlocking directorates: an Italian antitrust dilemma. *Journal of Competition Law & Economics*, *9*(2), 457-472. https://doi.org/10.1093/joclec/nht002

Farina, J. M. (2005). *Contratos comerciales modernos: modalidades de contratación empresarial*. Editorial Astrea.

Federal Trade Commission, & U.S. Department of Justice (2000). *Antitrust guidelines for collaborations among competitors*. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

Fiscalía Nacional Económica (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración.* https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/07/Guia-Fusiones1.pdf

(2013). *Participaciones Minoritarias y Directores Comunes entre Empresas Competidoras.* https://www.fne.gob.cl/68915/

Hovenkamp, H. J., & Areeda, P.E. (2010). *Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application*. Wolters Kluwer.

Jacobs, M. E. (2014). Combating Anticompetitive Interlocks: Section 8 of the Clayton Act as a Template for Small and Emerging Economies. *Fordham International Law Journal*, (30), 643-646. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2353703

Jacobson, J. M. (2007). *Antitrust Law Developments (Sixth)*. American Bar Association Section of Antitrust Law.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2000). Competition

Issues in Joint Ventures. *Policy Roundtables*. https://www.oecd.org/competition/mergers/2379097.pdf

(2008). Minority Shareholdings. *Policy Roundtables*. https://www.oecd.org/competition/mergers/41774055.pdf

(2014). Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile. http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

Petersen, V. (2016). Interlocking directorates in the European union: an argument for their restriction. *European Business Law Review, 27*(6), 821-864. http://nrs.harvard.edu/urn-3:HUL.InstRepos:23519868

Reynolds, R. J., & Snapp, B. R. (1986). The competitive effects of partial equity interests and joint ventures. *International Journal of Industrial Organization*, *4*(2), 141-153. https://EconPapers.repec.org/RePEc:eee:indorg:v:4:y:1986:i:2:p:141-153

Riesco, R. (30 de mayo de 2019). *Discurso Cuenta Pública Participativa FNE*. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/05/discurso_cuenta_publica_2018.pdf

Rosch, J. T. (11 de septiembre de 2009). Terra incognita: Vertical and conglomerate merger and interlocking directorate law enforcement in the United States. *Federal Trade Comission*. https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_statements/terra-incognita-vertical-and-conglomerate-merger-and-interlocking-directorate-law-enforcement-united/090911roschspeechunivhongkong.pdf

Ugarte Vial, J. (2013). Deber de Lealtad de los Directores en los Grupos Empresariales. *El Mercurio Legal*. http://derecho.uc.cl/en/noticias/derecho-uc-en-los-medios/14037-profesor-jorge-ugarte-qdeber-de-lealtad-de-los-directores-en-los-grupos-empresarialesq

Valdés Prieto, D. (2006). *Libre competencia y monopolio*. Editorial jurídica de Chile.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

British Telecom/MCI, Case Nº IV/M.353, (Sept. 13, 1993).

Clayton Act, ch. 323, § 7, 38 Stat. 730,731-32 (1914) (versión actual en 15 U.S.C. § 18 (2012).

Corte Suprema de Justicia [C.S.J.], 20 abril 2015, "Fiscalía Nacional Económica c. Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros", Rol de la causa: 19.806-2014, recurso de reclamación (Chile).

Comisión Resolutiva Antimonopolios [Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra de Enersis S.A. por incremento de su participación accionaria en Endesa S.A.], Resolución Nº 667/2002, (Nov. 7, 2002) (Chile). https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=204307&r=2

Decreto Ley 211, 22 de diciembre de 1973, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Dokusen Kinshihō [Japanese Antimonopoly Act], Ley No. 54 de 1947 (Japón).

Federal Trade Commission Act (15 U.S.C. 41 *et seq*.).

Informe final del Consejero auditor en el asunto COMP/M.4439 — Ryanair/Aer Lingus, 2008 O.J. (C 47) 7.

ITV/BSkyB, (En. 29, 2008).

Kinder Morgan/Magellan, Nº 0610197, (En. 25, 2007).

Ley 18046, 22 de octubre de 1981, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 20945. 30 de agosto de 2016, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 27442, 15 de mayo de 2018, [34.541] B.O. 6 (Arg.).

No oposición a una concentración notificada (Caso IV/M.1080 — Thyssen/Krupp), 1998 O.J. (C 252) 7.

No oposición a una concentración notificada (asunto COMP/M.1712 - Generali/INA), 2000 O.J. (C 58) 6.

Notificación previa de una concentración (Caso IV/M.1082 - Allianz/AGF), 1998 O.J. (C 92/18), https://ec.europa.eu/competition/mergers/cases/decisions/m1082_en.pdf

Notificación previa de una concentración (Caso COMP/M.2431 - Allianz/Dresdner Bank), 2001 O.J. (C 172/19), https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d7ab1d97-1e8e-4cc7-a917-526db9e1639d

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Acuerdo Extrajudicial entre FNE e International Mainstream Renewable Power Limited], Resolución AE Nº 15-18, (May. 24, 2018) (Chile). https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Acuerdos_Extrajudiciales/AE_15_2018.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation], Resolución AE Nº16-18, (Oct. 4, 2018) (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/10/AE_16-18.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Consulta de Copec S.A. sobre los efectos en Chile de su participación en la propiedad de Terpel Colombia y medidas de mitigación], Resolución N°34/2011, (May. 26, 2011) (Chile).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Consulta sobre Fusión de Metropolis Intercom S.A. y VTR S.A.], Resolución N°1/2004, (Oct. 25, 2004) (Chile). https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resolucion_1_2004.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Consulta de SMU S.A. sobre fusión entre SMU S.A. y Supermercados del Sur S.A.], Resolución N°43/2012, (Dic. 12, 2012) (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/12/reso_43_2012.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211, sobre intermediación de valores], Proposición N° 18/2016, (Mar. 16, 2016) (Chile). https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/Recomendacion_Normativa/Proposicion_18_2016.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Expediente de Recomendación Normativa Artículo 18 N° 4 del D.L. N° 211 sobre los servicios asociados a la utilización de tarjetas de crédito y débito de aceptación universal como medios de pago], Proposición N° 19/2017, (En. 13, 2017) (Chile).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Requerimiento de FNE en contra de Banmédica S.A.] Resolución ss. (Sept. 3, 2020) (Chile). http://docplayer.es/177967910-H-tribunal-de-defensa-de-la-libre-competencia.html

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra de Farmacias Ahumada S.A. y Otros], Sentencia N° 119/2012. (En. 31, 2012). https://ciperchile.cl/pdfs/2015/11/farmacias/Sentencia_119_2012.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Requerimiento de la Fiscalía Nacional Económica contra Servicios Pullman Bus Costa Central S.A. y Otros], Sentencia Nº 133/2014, (En. 15, 2014). https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_133_2014.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Requerimiento de FNE contra Sociedad de Inversiones Los Orientales Limitada], Resolución ss. (Jul. 6, 2020). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/01/Requerimiento-FNE-Inv-Los-Orientales.pdf

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia [Solicitudes de Conadecus en relación con el mercado del gas], Resolución N° 51/2018 (En. 17, 2018). https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/resoluciones/Resoluci%C3%B3n-51-2018.pdf

Versión Consolidada del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, May 9, 2008, 2008 O.J. (C 115) 47.

10.18800/themis.202002.012

# ALGORITHMIC PRICING AND MARKET COORDINATION – TOWARD A NOTION OF 'COLLUSIVE RISK'

## *PRECIOS ALGORÍTMICOS Y COORDINACIÓN DE MERCADOS – HACIA UNA NOCIÓN DE 'RIESGO COLUSIVO'*

**Juliane K. Mendelsohn***
**Freie Universität Berlin**

*Over the past couple of years, many competition and antitrust scholars have feared the dawn of 'algorithmic collusion'. Some have thus suggested expanding the notions of 'collusion' and 'agreement' in order to capture such coordination.*

*Rather than using an expansive reading of 'collusion', the author of this article suggests an approach that works with the core and original intent of Article 101(1) TFEU: the fostering of independent conduct and prevention of market coordination. It finds this to be doctrinally undisputed and also consistent with long-standing competition policy debates, as well as an egalitarian notion of price that lays the foundation of the free market economy. On this basis, and considering given uncertainties, an operational notion of 'collusive risk' is put forward.*

*Keywords: algorithmic pricing; collusive risk; Article 101(1) TFEU; artificial intelligence, coordination.*

*En los últimos años, varios investigadores especializados en temas de competencia han evidenciado cierto temor por el surgimiento de la llamada 'colusión algorítmica'. A este respecto, algunos de ellos han sugerido expandir los conceptos de 'colusión' y 'acuerdo' con el propósito de englobar los alcances de este tipo de coordinación.*

*A diferencia de la mayoría de trabajos, la autora de este artículo propone una aproximación que se adecúe a la intención central y originaria del artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea: la promoción de conductas independientes y la prevención de la coordinación de mercados. Este artículo concuerda con que lo anterior es indiscutible doctrinariamente y también que se condice con los permanentes debates sobre políticas de competencia, así como con la noción igualitaria del precio que yace en las fundaciones de la economía de libre mercado. Sobre la base de ello, y tomando en consideración determinadas incertidumbres presentadas, se propone una noción operacional de 'riesgo colusivo'.*

*Palabras clave: precio algorítmico; riesgo colusivo; artículo 101(1) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; inteligencia artificial; coordinación.*

* Professor. Ph.D. (law), Freie Universität Berlin. Former editor of the Centre for European Studies (Columbia University) Journal "EuropeNow". Current Academic Director of the Master of Business, Competition and Regulatory Law at the Freie Universität Berlin. Contact: juliane.mendelsohn@fu-berlin.de

Editor's note: This paper was received by the Executive Board of THĒMIS-Revista de Derecho on 21 May, 2020 and accepted by the same on 6 November, 2020.

## I. INTRODUCTION

This paper looks at the impact that the large-scale implementation of algorithmic pricing could have on competition law, in particular competition law's primary rule: the absence of collusion and the securing of independent and rivalrous conduct.

The literature has already described the most likely scenarios of algorithmic collusion. While some authors treat these as single or unlikely cases that are shrouded in uncertainty and unlikely to occur, this paper tries to look at the changes that are occurring as a more fundamental and far-reaching phenomenon, thereby warranting further inquiry and legal attention. The paper then explores the current suggestions on how to capture algorithmic collusion with the competition law toolkit. It finds that the debate on the expansion of the notions of 'agreement' or 'concerted practices' is somewhat circular and has reached a dead end. Instead of working purely semantically and expansively, this paper then turns to the core principles of the prohibition of collusion and finds that while communication has served the central requirement in the analog world, the underlying purpose and function of this rule is not so much rooted in communication, but rather seeks to prevent coordination and market alignment as much as possible.

This paper argues that this reading is not only consistent with EU case law and competition law doctrine, but also with theoretical and policy debates concerning 'tacit collusion'. It is further in line with commonly accepted egalitarian conditions for market conduct found in contract law and contract theory. Finally, it finds that while an extension of the competition law toolkit is currently difficult and untimely, the development of an operational notion of 'collusive risk' would enable the development of a consistent regulatory framework. While this article deals primarily with EU competition and Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) –the EU's rule against collusion in the form of agreements between undertakings that restrict or distort competition–, its assumptions and findings apply to other jurisdictions.

## II. DEFINITIONS

### A. Algorithms

While the word 'algorithm' has fallen into common usage, it is seldom defined with great specificity or even consistently (ADLC/BKartA, 2019, p. 3; Organisation for Economic Co-operation and Development [OECD], 2017, p. 8). The term algorithm describes a systemized procedure or method to solve problems rather than an abstract and unimplemented mathematical formula. For the digital algorithms, relevant to this article provide the following definition: "any well-defined computational procedure that takes some value, or set of values, as input and produces some value, or set of values, as output". An algorithm is thus "a sequence of computational steps that transform the input into the output" (Cormen *et al*., 2009, p. 5). While this paper focuses primarily on pricing algorithms, it should be noted that algorithms that track, rank and match market data –as well as algorithms able to customize their output based on consumer or user data– are also a part of larger pricing infrastructures[1].

### B. Artificial Intelligence

Equally, the debate on how to define artificial intelligence or the "science and engineering of making intelligent machines" (OECD, 2017, p. 9) seems to range from AI being synonymous with 'software' to a kind of 'black-box' scenario where AI is an autonomous system that we cannot fully comprehend. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) paper on algorithms and collusion defines artificial intelligence as "the broad branch of computer science that studies and designs intelligent agents who should be able to carry out tasks of significant difficulty in a way that is perceived as intelligent" (2017, p. 10).

Regarding the pricing algorithms relevant to this paper, both definitions seem appropriate. Schwalbe, who calls algorithms "a fancy term for software", also highlights the varying degree of their complexity and autonomy, stating that

> some are just very simple heuristic rules of thumb […] [but] at the other end of the spectrum there are much more complex pricing algorithms based on deep neural networks that are also used in self-driving cars, natural language processing, image recognition and automatic translation (2018, p. 7).

### C. Machine Learning

Schwalbe uses Mitchell's definition to describe machine learning as a field of computer science that produces AI systems which can learn functional relationships from data without the need to define (or program) these relations *a priori*:

> A computer program is said to learn from experience E regarding some class of tasks T and

[1] See also ADLC/BKartA (2019, p. 5).

> performance measure P if its performance at the task in T, as measured by P, improves with experience E (Mitchell, 1997, p. 2).

Commonly three different types of machine learning (supervised learning, unsupervised learning and reinforcement learning) are distinguished from the so-called deep learning (OECD, 2017, p. 8 *et seq*.). Deep learning uses a complex set of artificial neural networks to replicate human neurons, making the learning process complex and capable of abstraction, rather than just linear (OECD, 2017, p. 11). In addition, Calvano, Calzolari, Denicolo and Patorello (2019) have been using Q-learning methods or reinforced learning algorithms, which use a policy or strategy rather than a model, to show the emergence of advanced autonomous pricing algorithms. In addition, their paper claims that experimental and behavioral use of such algorithms "display a stubborn propensity to collude" (Calvano *et al*., 2019, p. 4).

## III. SOME NOTES ON PRICING

Today, most consumers are accustomed to standard prices or price tags. In contrast, dynamic pricing refers to a manner of determining product prices in a fluid rather than static manner based on a timely analysis of market conditions (Hwang & Kim, 2010). In addition, customized prices –"a form of price discrimination that involves charging different prices to consumers according to their willingness to pay" (OECD, 2018, p. 2)– have also become a commonplace in the pricing of goods and services in the digital economy. Both methods of pricing are forms of algorithmic pricing.

Contrary to our experience, however, individual pricing has been the norm for most of human history and may very well have been the underlying mechanism that lay the foundation for classical economic theory –Adam Smith's 'invisible hand'. Up until about 1870, the prices of most goods were–, haggled over and stores employed clerks to negotiate individual prices for almost every customer. It was only with the rise of the department store that these clerks were rationalized and replaced by the price tag[2]. The deregulation of airplane travel and airfare pricing in the 1970s made this the first sector to see the return of individual prices and the first use of dynamic pricing methods (Mehra, 2016a, p. 1336)[3].

By and large, the rise of dynamic and algorithmic pricing in the retail sector is celebrated for its contribution to efficiency and transparency. It does, however, also lead to a further abstraction of the price for consumers, meaning that consumers have even less say in or autonomy over the prices they ultimately pay. In addition, it carries risks of unseen collusion and unfair discrimination[4].

The analysis that follows will highlight the importance of independent and rivalrous conduct, not only as a normative parameter in competition law but also as an assumption of how markets function. For over 250 years, the market myth –the idea that the ingredients of rivalry and freedom stir up the so-called 'invisible hand' and lead to advantageous results– has fared pretty well as an institution that distributes wealth and stipulates the value of almost every economic interaction in society. In addition, much of the promises of the free market are expressed in price. Price nominally expresses consumer surplus but is also an expression of an egalitarian method of bargaining and commensuration (Markovits, 2014).

Thus, competition law's fixation on price is owed to the fact that no other parameter is as decisive a yardstick for competition or the absence thereof. With the exception of monopoly profits and fixed prices, it is also commonly accepted that there is no such thing as a nominally 'fair' or 'just'; 'unjust' or 'unfair' price[5]. Instead, prices are deemed fair by virtue of being the product of a fair competitive



---

2 As the legend goes, standard prices were first introduced by Quakers who adhere to strict equal pricing rules. When the Quaker founder of Macy's —Rowland Hussay Macy— first introduced the price tag, other major department stores soon followed in order to be able to compete on price and save the costs of employing persons to bargain and barter prices individually. See Goldstein (2015).

3 Mehra writes:

> Initially, however, it denoted pricing based on proxies for competitive intelligence about demand, such as time of day, season, or weather. For example, airlines increase their price of tickets to Colorado ski destinations based on the availability of snow, and electrical utilities charge less per kilowatt-hour during night-time, when air conditioning is used less (2016, p. 15).

4 See Wagner and Eidenmüller (2018).

5 Andrews says

> Adam Smith's "natural price" has long been interpreted as the "normal price" or 'centre of gravitation price' based on the famous gravitation metaphor of the Wealth of Nations, natural in the sense that it is the price that would result if competition were truly free, unobstructed by monopoly or government regulation, and could also therefore be called normal price, appealing to a sense of natural as opposed to that which is produced artificially (2014, p. 42).

process –the power of supply and demand–. Fundamental changes to the pricing system and risks of collusion do not only threaten to break the central rule of competition law but could also endanger core normative assumptions and mechanisms in free-market societies.

## IV. ALGORITHMIC PRICING AND COLLUSION

Commonly, three scenarios in which algorithmic pricing can lead to collusion have been identified. They are discussed below and range from collusion merely being facilitated by algorithms, to the hypothetical scenario where algorithms autonomously develop strategies to collude without recognizable human intent or intervention.

### A. Three Scenarios

1. Algorithms as Facilitators (Scenario 1)

The first scenario does not pose any novel competition law challenges. Here, algorithms are used unilaterally to implement, monitor or enforce previously agreed horizontal or vertical collusion or concerted practices. They thus "execute the will of humans in their quest to collude" (ADLC/BKartA, 2019, p. 60). In these scenarios, the necessary contact between competitors has usually been established prior to the use of the algorithm (Ezrachi & Stucke, 2017, pp. 1175, 1182). This kind of facilitation can include messages not to undercut certain prices or not to target each other's customers. Such facilitation can, however, also be used to stabilize collusion, whether it be by scanning and monitoring the market for deviation, or by devising strategies that make collusion harder to detect (ADLC/BKartA, 2019, pp. 27-28; Ofgem, Decision of 26.07.19, p. 92 *et seq*.). In all of these cases, the infringement of article 101 (1) TFEU lies in prior communication, but the facilitation by use of algorithms can support the authorities' case and help trace the infringement.

The unilateral use of pricing algorithms by undertakings also bears a further risk: the facilitation of collusion and market alignment by means of the parallel use of a very similar or the same algorithm by several competitors. In this context, the UK Competition & Markets Authority (CMA) has pointed out that

> [...] if the competitors are aware or able to infer that they are using the same or similar pricing algorithms, firms would be better able to predict their competitors' responses to price changes, and this might help firms to better interpret the logic or intention behind competitors' price-setting behavior (2018, p. 25).

2. Algorithms and New Pricing Infrastructures (Scenario 2)

The second scenario describes new pricing infrastructures that use algorithms to determine the price charged by numerous users (Ezrachi & Stucke, 2017, pp. 1775-1782) by better and more effectively reading the market, creating transparencies and facilitating the implementation of far-reaching strategic pricing choices. Such an infrastructure most commonly appears in the shape of the so-called 'hub and spoke model'.

This can be illustrated using the example of Uber:

Central to the mechanisms is its use of market scanning intelligence or price reading algorithms allocated in the 'hub' (in this case Uber), which has several vertical agreements with the so-called 'spokes' (the drivers). There are also horizontal agreements amongst the spokes to adhere to the hub's terms and pricing policy. In many cases, hub and spoke systems are used to communicate market information, but not to coordinate pricing. In Uber's case, however, prices are unilaterally set by the hub, they then must be adhered to by the spokes, and sent to the consumers as 'take it or leave it' prices. Uber's pricing mechanism itself has been subject to extensive scrutiny.

While some claim that Uber uses this algorithm to set prices rather than to determine the market price, others go as far as to consider Uber a monopolist in its own market (Mehra, 2016a, p. 1324), rather than a competitor in a far larger market for all ride services ranging from traditional taxi services to all app-driven systems. Much of the legal analysis of this question has turned on the market definition but also on the question of whether Uber and its drivers form a single economic entity within the meaning of article 101 (1) TFEU. Thus, far this has largely fallen in favor of Uber.

In other cases, the 'hub'–and primary holder of the algorithm– is often a separate company and not identical to each of the individual spokes. Here, the hub is used to exchange market information amongst the 'spokes'. The 2016 E-TURAS Judgment, for example, deals with the coordination of prices set by travel agencies that were part of the Lithuanian E-TURAS system.

E-TURAS was a platform used to disseminate travel and flight information and to provide each participating travel agency with an electronic account and access to an internal mailing system. Trouble arose when the administration of the E-TURAS system sent all spokes or travel agencies a message suggesting a reduction of discounts, thereby insti-

gating a common minimum price strategy. Whilst some travel agents had clearly responded and acted on these messages, others had either distanced themselves from these suggestions or not responded or even opened the messages. The Lithuanian Supreme Administrative Court (SACL) sought guidance on the necessary conditions for a concerted (collusive) practice from the Court of Justice of the European Union (*E-TURAS,* 2016). In previous judgments, set in the analog world, the Court held that an exchange of price-sensitive information can suffice to prove concerted practices and that such practices can be "established solely on the basis of uniform or parallel conduct if collusion between undertakings constitutes the only plausible explanation for such conduct" (*Solvay v Comm'n*, 1995, para. 85; *Wood Pulp II*, 1993, para. 71). Despite the novelty of the E-TURAS Case, the Court of Justice of the European Union (CJEU) affirmed that concerted practices can be inferred "from a number of coincidences and indicia which, taken together, may, in the absence of another plausible explanation, constitute evidence of an infringement of the competition rules" (*E-TURAS,* 2016, para. 36; *Total Marketing Services v Commission*, 2015). Substantively, the E-TURAS Judgment saw sufficient evidence for the participation in a concerted practice by travel agents a) applying technical modifications necessary to implement that measure and b) having some awareness of the message.

The E-TURAS Judgment has shown that, to date, the standard competition law toolkit can suffice to deal with digital and algorithm-driven cases. It has also shown that digital infrastructures can be seen as structures that facilitate collusion and do not have to be treated as a mere manifestation of the logic of the market (as stated by Uber[6]) but are very much part of the conditions for and indicia of collusion.

3. Genuine Algorithmic (Black Box) Collusion (Scenario 3)

The third scenario of collusion is a big subject of debate in the literature since it encompasses collusion not only as being facilitated by autonomous algorithms but also as being fully performed and executed by them. The assumption or fear is that "through self-learning and experiments, machines independently determine the means to optimize profit" (Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1783). This scenario assumes possible collusion that was not pre-programmed and which cannot be linked to human will or intent or be observed by humans. Hence, it is the result of an artificially intelligent learning process that takes place inside a black box. Ezrachi and Stucke have suggested two such scenarios. The first is the so-called **'predictable agent'** whereby "humans unilaterally design machines (or algorithms) to deliver predictable outcomes and react in a given way to changing market conditions" (Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1783). Such algorithms are designed to read the market, monitor price increases (executed by other algorithms) and execute price-setting commands. A heightened risk of collusion is, however, dependent on an industry-wide adoption of similar algorithms, where these algorithms transform the market and increase its transparency.

The second and most controversial one is the **'digital eye'** scenario. It describes an algorithm that is used unilaterally to achieve a set target by means of machine learning and the adoption of the optimal strategy. In theory, the digital eye would be programmed to exclude a strategy of outright collusion, and tacit collusion would seem unlikely given the market conditions but could find ways to either circumvent these or increase market transparency to a degree where conscious parallelism becomes feasible and sustainable (Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1795 *et seq.*).

Whilst the likelihood of such conduct occurring is currently and highly unlikely (Ittoo & Petit, 2017; ADLC/BKartA, 2019; Schwalbe, 2018, p. 2[7]), some authors assume that "with the industry-wide use of computer algorithms, we may (even) witness conscious parallelism in markets with many more players, where collusion previously would have been unstable" (Ezrachi & Stucke, 2016, p. 77).

**B. First Conclusions**

When looked at separately and on a case-by-case basis, it appears that the three scenarios in which algorithms facilitate collusion can either be captured with the standard competition law toolkit or are still shrouded in too much uncertainty to war-



[6] As Uber's CEO has stated: "[W]e are not setting the price, the market is setting the price… [W]e have algorithms to determine what that market is". By this account, the market is both an independent force of nature that determines prices, but also paradoxically a result constructed at least in part by a proprietary algorithm. See also Stoller (2014).

[7] See Schwalbe:

> There is, however, a debate whether the concern that self-learning, price-setting algorithms are indeed able to behave in a coordinated way and charge inflated prices like a monopolist is justified or whether this discussion belongs to the realms of legal sci-fi (2018, p. 2).

rant changes to competition law. This analysis does not, however, consider, how the large-scale introduction of pricing algorithms and new pricing infrastructure may affect the workings of markets on a whole and the application of competition law to it. While, in the past, the so-called 'oligopoly problem' (which will be analyzed later on) has been treated as a largely theoretical problem rather than a pressing concern and enforcement deficiency, this may be wildly different in future markets. Markets in which almost all parameters are being newly invented and established by algorithmic design may set the stage for far more transparency and more diverse forms of large-scale coordination. Thus, new pricing dynamics and increased transparency in markets may call for a much closer evaluation of this problem on all levels of competition policy[8].

## V. CONSIDERING FUTURE ALGORITHMIC COORDINATION

### A. Algorithm-Driven Markets and Larger Scale Coordination

While the chances for genuine algorithmic collusion remain uncertain (Calvano *et al*., 2019; Deng, 2018; Klein, 2019) and some have argued that these depend on technological developments but also on shifts in market conditions that are currently not foreseeable (Ittoo & Petit, 2017), there are further factors and reasons why such a development should be observed closely. Alongside a set of factors that already require regulatory attention, two lines of argument favor a closer look at capturing potentially collusive or coordinating conduct.

First, the law often makes precautions for risks and even sheer uncertainties of where the protected goods or principles are sufficiently important. What is at stake here is not a mere infringement of competition laws, but a loss of faith in the price mechanism –its fairness and lack of corruption– and thereby in the pillar of the free-market economy and its distributing and commensurating function in society at large.

Second, it is highly likely that digital markets will see far more coordination and forms of alignment in the future, and that the collusion we know from the analog world will merely be one of the multiple forms of coordination in the future. One factor leading to more overall coordination is the far-reaching and large-scale future use of pricing algorithms. Two-thirds of all online retailers already use such pricing mechanism and the online retail sector continues to grow exponentially (Gal, 2019). Here, the potential use of the same or parallel algorithms by competitors makes more coordination and greater market alignment immediately viable. In addition, the speed of the developments –as well as their effects on market transparency– are pertinent factors to take into consideration. While an increase in transparency can mean that consumers have information and thus more agency, many oligopolistic theories of harm strongly correlate with an increase in transparency (Ezrachi & Stucke, 2017, p. 1797; 2020, p. 230).

### B. Prevention of Coordination and the Protection of Competitive and Independent Rivalry as the Normative Foundation of Article 101 (1) TFEU

#### 1. Article 101 (1) TFEU

All competition laws and antitrust traditions and lines of scholarship agree on the prohibition of collusion and that cartels constitute "the cancer of economies" (Monti, 2000) or the "supreme evil of antitrust" (*Verizon v Trinko*, 2004). Article 101 (1) TFEU prohibits all agreements, decisions and concerted practices –understood broadly as "joint conduct with an element of collusion" according to Jones and Sufrin (2019, p. 165)– that restrict competition and affect trade between member states. To date, collusion has always arisen from the actions of individuals (Jones & Sufrin, 2019) and their expression of the joint intention to substitute the risks of competition for practical cooperation (Göhsl, 2018).

Hence, the notion of the agreement "centers around the concurrence of wills" (*Bayer AG v Comm'n*, 2000, para. 2 and 173). It is interpreted broadly and without any requirement of a particular formal manifestation (Wish & Bailey, 2018, pp. 101-102), so long as there is evidence of the faithful expression of will and the intention to act cooperatively (*Bayer AG v Comm'n*, 2000, para. 69; *Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV v Bayer AG*, 2004). Proof of this agreement must constitute

[8] See Calvano, Calzolari, Denicolo & Patorello:

> In most countries, tacit collusion is not now regarded as illegal. The rationale is twofold. First, tacit collusion is held to be a chimera: illusory and practically impossible to achieve. And second, the position that is that even if tacit collusion nevertheless occurred, it would be hard to detect (2019, p. 4).

> the existence of the subjective element that characterizes the very concept of the agreement, that is to say, a concurrence of wills between economic operators on the implementation of a policy, the pursuit of an objective, or the adoption of a given line of conduct on the market, irrespective of the manner in which the parties' intention is expressed (*Bayer AG v Comm'n*, 2000, paras. 2, 173).

Expanding on this, 'decisions by association of undertakings' encompass collusive arrangements that are coordinated through the conduct of association of undertakings.

As a third variation, 'concerted practices' capture forms of coordination between undertakings which, "short of the conclusion of an agreement properly so-called, knowingly substitute cooperation between the undertakings for the risk of competition" (*Dyestuffs*, 1972, para. 64). This means that the agreement does not need to have reached the stage of formal conclusion and can be replaced with an implied by other reactive means of coordination. In fact, even in the absence of an agreement altogether or the working out of a common plan, there can be enough evidence of contact and reciprocal influence to assume coordination by means of concerted practices. Thus, any direct or indirect contact can be sufficient, if its object or effect is to influence the conduct of competitors or to disclose its own conduct (*Suiker Unie and Others v Comm'n*, 1975, para. 26; *T-Mobile Netherlands BV and Others v Raad*, 2009, para. 26). However, in terms of evidence, both contact and subsequent anticompetitive behaviors require proof (Gal, 2019; Gata, 2019; van Cleynenbruegel, 2014; Whelan, 2013), as concerted practices do not encompass coordination that is achieved 'over the market' or any other form of 'conscious parallelism'. For instance, in the famous *Wood Pulp* case, the Court of Justice found no collusion by undertakings that had announced price increases in advance, because this information had rapidly spread across the market via the trade press and become common knowledge to all buyers and sellers (*Wood Pulp II*, 1988).

All three terms (agreement, concerted practices, decisions by association of undertakings) are fluid and overlap. There are no legal consequences in finding evidence for one or the other. The distinction between concerted practices and conscious parallelism thus forms the outer limits of what is still considered 'collusion' within the meaning of Article 101 (1) TFEU.

## 2. Expansive Reading of the Requirements of Article 101 (1) TFEU

While algorithms induced or aided collusion in scenarios 1 and 2 and then have found solutions using the current competition law toolkit, this does not hold for potential future forms of genuine algorithmic or 'black box' collusion (scenario 3). Here, the lack of communication or pre-programmed intent means that the requirements of Article 101 (1) TFEU are not met. Many authors have thus said that the shift from standard to dynamic pricing warrants a closer look at potentially expanding the scope of the meaning of 'agreements' or 'concerted practices'. In this context, the OECD concludes that algorithms may "expand the grey area between unlawful explicit collusion and lawful tacit collusion" and thereby "may enable firms to replace explicit collusion with tacit co-ordination" (2017, p. 25).

Thus far, the lines of argumentation that accept this challenge work expansively with the current rules of competition law, thereby trying to bring them to their natural conclusion and encompassing their full adaptation to the digital world[9]. One such line of argumentation dates back to the early Chicago School of Antitrust's formulation of 'tacit collusion' and Richard Posner's conclusion from 1968 that "there is no distortion of accepted meanings (of an 'agreement') in collusions where sellers, for example, 'communicate' (non-verbally) by restricting their output and this is 'accepted' by their rivals in restricting their output as well" (1968, p. 763)[10]. This argument is conclusive when considering its normative goal: treating all forms of conduct with the same effect on efficiency equally. The use of an analogy, however, shows that it is purely rhetorical and not a full interpretative argument. It does not address any of the notions such as the concurrence of wills, expressed intent or communication, which are usually associated with the term 'agreement'. And while Posner's—and more recently Kaplow's (2013)—analysis and analogy may hold for instances of "signal-

[9] See Akman (2019).

[10] In his seminal paper, Posner wrote:

> The dictionary is no longer a fashionable aid to statutory interpretation, and for good reason: context is vitally important. Nonetheless, an attempt to torture statutory language very far from accepted meanings does place the burden of explanation on the proponent of the interpretation. There is no distortion of accepted meaning, however, in viewing what I have termed accepted collusion as a form of concerted rather than unilateral activity. […] A seller communicated his offer by restricting output and the offer is "accepted" by the actions of his rivals in restricting their output as well. (1968, p. 763).

ing" (OECD, 2017, p. 30)[11], it is likely that other instances of alignment or cooperative behavior, in particular when induced by algorithms, cannot be captured by such an analogy. Rather than providing a sound solution, this points to one of the fallacies when thinking about problems relating to artificial intelligence. In an almost Turing test-like manner, we look at scenarios in the digital world by trying to compare them as closely as possible to such scenarios in the analog world. But just as the fact that an object such as an airplane can fly does not imply a bird would confuse it for another bird (Bratton, 2015), we may soon be entering a pricing world where coordination does not have the same feature as traditional collusion, so analogies fall short. While Posner can claim that he does not need the analogy to determine an anti-competitive price but can use price theory instead he does need a formulation of a legal standard for illegality.

Another such expansive reading of competition rules to fit the digital economy is an analysis based on the MasterCard Decision of the European Commission (*MasterCard*, 2007). The Commission concluded that all merchants participating in the MasterCard payment system constitute an 'association of undertakings' and their pricing policy as 'decisions' that manifestly align their market behavior, thereby constituting collusion. Pieter van Cleynenbruegel suggests applying this expansive interpretation to the use of parallel or uniform algorithms by platform, albeit viewing the platform itself as an 'association of undertakings'. Hence, the pricing strategy or conduct inferred by these algorithms could constitute a decision of such an association when "used to align business behavior (and) its effects replace the need for physical contact" (van Cleynenbreugel, 2020, p. 439). While this reasoning could potentially turn all platforms into formal cartels, it remains unclear which (non-communicative) algorithmic conduct would constitute a decision. This is a question van Cleynenbreugel does not (and, to be fair, cannot) answer and turns instead to a method of 'co-regulation' to develop such parameters in the future.

## 3. Basing Further Analysis on the Original Intent of Article 101 (1) TFEU

Not in negation, but in awareness of the constraint of the above-mentioned arguments, this article, however, takes another (albeit, for the time being, non-conclusive) approach. Instead of expanding the scope of the rule, it looks at its underlying function and intent. While 'communication' has served as pertinent guidance for finding undue coordination in the analog world, I argue that the underlying intent and function of Article 101 (1) TEFU is not to prevent communication as such, but rather to prevent forms of coordination and cooperation that stifle competition and inhibit independent conduct and rivalry.

Since the terms 'agreement', 'concerted practices' and 'decisions by associations of undertakings' overlap, it follows that the collusion or coordination they intend to catch is the same in nature[12] and that they serve the identical legislative intent. To find the underlying intent and function of Article 101 (1) TFEU, it thus seems prudent to consider the full scope of the collusive conduct it captures. This means looking at both its core and most archetypal forms of conduct, as well as at its boundaries or outer limits, that mark which conduct is still captured by the provision. While the term 'agreement' in conjunction with the cases listed under Article 101 (1) (a)-(e) shapes the core of Article 101 (1) TFEU, its outer limits are found at the point of distinction between illegal 'concerted practices' and 'conscious parallelism'.

Turning to the 'core' of Article 101 (1) TFEU, the famous Dyestuffs Judgment looks at price-fixing as the prototypical form of an anti-competitive agreement. It uncovers the essential function of Article 101 (1) TFEU as a rule seeking to prevent coordination and removal of uncertainty and rivalry that is synonymous with competition:

> The function of price competition is to keep prices down to the lowest possible level […]. Although every producer is free to change his prices, taking into account in so doing the present and foreseeable conduct of his competitors, nevertheless it is contrary to the rules on competition contained in the Treaty for a producer to co-operate with his competitors, in any way whatsoever, in order to determine a coordinated course of action relating to a price increase and to ensure its success by prior elimination of all uncertainty as to each other's conduct regarding the essential elements of that action, such as the amount, subject-matter, date and place of such changes (*Dyestuffs*, 1972, paras. 9-10).

[11] See OECD:

> "[A]lgorithms might reduce or even entirely eliminate the cost of signalling, by enabling companies to automatically set very fast iterative actions that cannot be exploited by consumers, but which can still be read by rivals possessing good analytical algorithms. […] For instance, firms may program snapshot price changes during the middle of the night, which won't have an impact on sales but may be identified as a signal by rival's algorithms." (2017, p. 30).

[12] See Wish & Bailey (2018, p. 101 *et seq.*).

The importance of independent, rivalrous and non-coordinated conduct as a general rule in competition law, is, however, illuminated most clearly in cases that define the boundaries of Article 101 (1) TFEU by distinguishing between cooperative or collusive concerted practices and mere parallel behavior or conscious parallelism. The early Polypropylene Commission Decision (1986) held that

> the importance of the concept of concerted practices does not result so much from the distinction between it and an agreement as from the distinction between forms of collusion falling under Article 101 (1) and mere parallel behavior with no element of concentration (*Polypropylene*, 1986, para. 87).

More recently, the Dole Food Judgment (2015) –which involved the exchange or pre-price and estimated pricing information concerning green bananas and their ripening fee by transatlantic food dealers and traders– found that coordination and cooperation are necessary components for finding concerted practices and that these are to be interpreted in light of the notion that undertaking must act independently –"each economic operator must determine independently the policy which he intends to adopt on the common market" (*DoleFood*, 2015, para. 119; *T-Mobile Netherlands and Others*, 2009, para. 32)– even when adapting to market conditions or to the anticipated conduct of competitors. It further states that this notion is inherent to the treaty provisions on competition (*DoleFood*, 2015, para. 119). Concerning notions inherent to the provisions of the treaty, the T-Mobile judgment previously found that:

> While it is correct to say that this requirement of independence does not deprive economic operators of the right to adapt themselves intelligently to the existing or anticipated conduct of their competitors, it does, none the less, strictly preclude any direct or indirect contact between operatory by which an undertaking my influence the conduct on the market of it actual or potential competitor or disclose to them its intentions or decisions concerning its own conduct on the market where the object or effect of such contact is to create conditions of competition which do not correspond to the normal conditions of the market in question, regard being to the nature of the products or services offered, the and number of the undertakings involved and the volume of the market (*T-Mobile Netherlands and Others*, 2009, para. 33).

Whilst coordination is not sufficient to find a violation of Article 101 (1) TFEU and both the finding of collusive cooperation and the absence of independent conduct (or the "intelligent adaptation to existing or anticipated conduct of competitor") requires an element of intent and (at least indirect) communication, the avoidance of coordination rather than communication shapes the purpose of Article 101 (1) TFEU. Thus, avoiding coordination and fostering independent conduct and rivalry –rather than looking for conduct analogous to communication– should serve as a guiding star when considering an expansion of the competition law or regulatory law toolkit to capture yet to be determined forms of algorithmic collusion.

### C. Evidence from the Law and Economics Literature on 'Tacit Collusion'

The reading that independent conduct or rivalry underlies current competition law provisions is also consistent with the renowned Posner-Turner debate or 'oligopoly problem' that gave rise to the notion of 'tacit collusion' in the 1960s. While this is often seen as a debate on the semantic limitation of the terms 'agreement' and 'collusion', a closer look reveals that the underlying argumentation on both sides turns on what should reasonably be expected from economic agents acting intelligently and independently.

The 'oligopoly problem' concerns instances where there is a high degree of interdependence and mutual self-awareness in oligopolistic markets. By definition, these are characterized by price transparency, product homogeneity, high barriers to entry and few market players. Tacit collusion or price-fixing 'via the market' can hence occur without the need for express communication.

Posner's solution to the oligopoly problem is the legal adoption of the 'subtle' and 'simple' approach developed by George Stigler, "and to treat such collusion as a special case of a more general economic theory of collusive pricing" (Stigler, 1968, p. 39). With the help of an economic analysis –price theory and so-called facilitating practices[13]– Posner looked for an all-purpose rule to prevent monopoly and collusive pricing (Posner, 2011, p. 60). In his analysis cartels and other forms of collusive

[13] See Page:
Posner suggests that, where practices like these do facilitate price coordination, court should in some cases hold firms liable for tacit collusion. And Donald Turner, who otherwise believed tacit collusion to be beyond the reach of Sec 1 agreed with Posner in this point (2012, fn. 61, pp. 173 & 180).

conduct may vary in formality, but the effect of collusion, whether formal or tacit, is the same. As is, Posner suggests, the rationality or risk taken by these firms, including the expected punishment costs. Only the threat of punishment can adequately influence that calculus in the case of tacit collusion and by deterring it. Under these assumptions, all forms of collusion –from the formal cartel to tacit collusion– would be punishable under Section 1 of the *Sherman Act* (conspiracy or agreement). Enforcement would be focused on price theory-evidence of collusion and the so-called 'facilitating practices' that usually accompany collusive conduct due to the volatile and unstable nature of any collusion. Posner's approach is a response to the so-called 'interdependence theory'. This theory is focused on the structural and strategic interdependence of firms in a close oligopoly, rather than on the naturally resulting collusive or monopolistic pricing and was put forward as a legal doctrine by Donald Turner. According to this theory, oligopolists are interdependent in their pricing: they base their pricing decisions in part on anticipated reactions to them the result is a tendency to avoid vigorous price competition (Turner, 1962). This interdependence, however, means that oligopoly pricing is rational conduct under given circumstances and that demand oligopolists price, otherwise would not only be unfair as a matter of law but would also make full compliance nearly impossible.

Whilst Posner does not disagree with this, he sees no reason not to change the companies' rationale by making the threat of illegality part of the rational calculus. Turner instead turns to what he deems to be the core of the problem: the structure of the market. Turner sees oligopolistic pricing as a structural flaw and one leading to monopolization or an attempted monopolization of the industry and deems merger control regulation or an illegality/divestiture under Section 2 appropriate[14]. There are many reasons why the Chicago School has never been in favor of structural remedies, least of which divestiture, and the purity and almost evangelical simplicity of its own theory (based wholly in price theory and mathematical models) is only one of them. Posner further feels that Turner's assumption of linear rational behavior is an overstatement, as it ignores both time lags and strategic moves –which are typically attributed to game theory– but also already appear in Stigler's oligopoly theory of pricing. Hereby, companies do not move in isolation but very much in awareness of each other's past or future strategic moves; if collusive pricing is intolerable, then the punishment of a collusive move must be part of the risk of an illegal or at least anti-competitive strategy.

It is perhaps worth noting that Posner has recently retracted from this original position. Though not in principle, but in light of doubts concerning the efficacy of any form of price regulation: "[...] I now think that I didn't sufficiently appreciate the force of Turner's doubts about the feasibility of an antitrust remedy for tacit collusion" (Posner, 2014).

It is not entirely clear what the current literature hopes to gain from this seminal debate[15], since neither Posner nor Turner actually linguistically or legally expand the term 'agreement'. I have shown that it does however –possibly more than any other debate in antitrust scholarship– highlight the fundamental and principal assumptions and conditions that justify the respective interpretation of the functions of antitrust law.

### D. Consistency with Liberal Contract Law Theory and Other Fields of Market and Price Regulation

Lastly, the notion of independent, rivalrous conduct is also consistent with liberal contract theory in so far as it establishes egalitarian conditions for contracts ('the freedom of contract') and bargaining in the free market economy. Contract law is important regarding competition law issues since contracts form the basis and provide the legal construction of most market conduct. An infringement of the conditions of both contract and competition laws (unconscionability or monopoly price) results in the contract being void and thereby illegal market conduct. In the context of contract law, Dan-

[14] See Turner: "If effective and workable relief requires a radical structural reformation to the industry, this indicated that it was the structural situation, not the behaviour of the industry members, which was fundamentally responsible for the unsatisfactory result" (1962, p. 671).

[15] See Ezrachi and Stucke:

> To illustrate this possibility, imagine an oligopolistic market in which transparency is limited and therefore conscious parallelism cannot be sustained. Under these relatively competitive market conditions, the firms will compete as expected. Now, think of the basic conditions for tacit collusion/ conscious parallelism. Suppose that to shift price transparency from humans to computers, each firm must increase price transparency. Now both the firm's customers and rivals can promptly observe all the competitively significant terms. Indeed, competitors may, like high-speed traders, have the incentive to invest in technology that allows them to see the competitively significant terms a few seconds before customers. Also, suppose that the products are relatively homogenous. By shifting pricing decisions to computer algorithms, competitors increase transparency, reduce strategic uncertainty, and thereby stabilize the market. In such a market, tacit collusion may be sustained, leading to supra-competitive prices (2017, p. 1790).

iel Markovits' seminal work, 'Market Solidarity', describes the function of price (the outcome or product of contracts) as a process of commensuration, a term he borrows from economic sociology whereby commensuration is the expression or measurement of different entities according to a common metric. According to Markovits, "market prices establish an inter-subjective, commensurating value frame in which all market-participants, whatever their private beliefs and preferences, enroll" (2014, pp. 7-10). Markets are thus "aggregative rather than discursive mechanisms, which operate not through judgement so much as will" (Markovits, 2014, pp. 7-10). The primary condition for commensuration is the formal (egalitarian) equality of all participants. This requires all market participants to be **'price-takers'** and not **'price-makers'**. Demanding (only) that all market participants be 'price takers' translates into nothing other than the normative demand that all agents act independently and thus in the complete absence of monopoly power and collusion.

### E. Conclusions

Not knowing the exact unfolding of future scenarios or their scale, it is difficult to expand the competition law toolkit or to find new definitions or distinctions. However, looking at the underlying assumptions and the primary purpose of Article 101 (1) TFEU can help to map the parameters for future tools and distinctions. Given the importance of non-coordinated, independent conduct to the functioning of the pricing and free-market systems as a whole, it seems plausible to introduce interim regulation to better understand the development of algorithmic pricing and to develop rules and mechanisms in order to prevent coordination and anti-competitive market alignments in the future.

## VI. REMEDIES

This article has highlighted both the importance of safeguarding the pricing system from collusion and coordination (market corruption), as well as given reason to assume that the further development of pricing algorithms and concurrent market changes jeopardize this. Since some scenarios of algorithmic coordination would not meet the requirements of Article 101 (1) TFEU as a matter of semantics, this article has looked at the original intent of Article 101 (1) TFEU to establish a basis for future regulatory intervention. The finding that the intent of Article 101 (1) TFEU is the protection of independent rivalrous conduct and the avoidance of coordination and market alignment is, however, still too broad to inform a future extension of the competition law toolkit. Such an endeavor is further made impossible by the uncertainty of what such scenarios may look like in the future. This does not, however, mean that such risk is unworthy of regulatory attention. Given the importance of non-coordination, the literature has already produced a range of regulatory ideas –from market observation to strict 'command and control'– rules, such as the introduction of an *ex ante* or *ex post* prohibition of algorithms capable of colluding 'by design'. There have also been calls for soft-law interventions, regulatory sandboxes or introducing a method of co-regulation –the involvement of governmental or regulatory as well as private actors in the development, setting and enforcement of regulatory standards[16] (Marsen, 2011; Finck, 2018; van Cleynenbreugel, 2020)–. Since (interim) regulation and competition law can be seen as mutually reinforcing tools and regulatory attention seems sensible and unavoidable, I would last like to frame the regulatory aim as one dedicated to avoiding further coordination or 'collusive risk'.

## VII. TOWARDS A NOTION OF 'COLLUSIVE RISK'

In light of numerous and far-reaching uncertainties and to prevent and study the future emergence of new forms of algorithmic collusion and unwanted types of coordination and market alignment, it seems prudent to develop a notion of **'collusive risk'**. Developing such a notion serves several functions: it recognizes the threats inherent to the ongoing and dynamic changes and further abstractions of our pricing systems, it cements the aim of future regulation and it gives regulatory intervention a succinct legal basis and clarity regarding its intent.

Since we have yet to see real-world examples of genuine or black box collusion, deeming this a 'risk' seems fitting and valuable. Indeed, much of the legislation concerning uncertain technological advances in critical fields (pharmaceuticals, nucle-

[16] *See* van Cleynenbreugel:

> Under this framework, platforms would be responsible for setting up compliance schemes to ensure compatibility with Article 101. In doing so, they would be guided by clear red flags (unacceptable types of behaviour) and green flags (acceptable algorithmic tasks) set out beforehand by the European Commission. The grey zone in between would be the subject of detailed protocols developed by the platforms, demonstrating awareness of and remedies in case of infringements of competition law. At least three key building blocks of such a co-regulation framework would need to be distinguished, two of which require Commission intervention and a third one that asks platforms to complement those initiatives (2020).

For the most basic definition of co-regulation, see European Commission (n.d.).

ar energy, harmful materials) –as well as legislation in the field of artificial intelligence– deals with the same problem: that of uncertainty. While the notion of 'risk' is often seen as synonymous or close to that of a threat of a danger, 'risk' essentially captures scenarios that are uncertain, unpredictable, or even unknowable (Mendelsohn, 2019). Where the goods to be protected or conduct to be avoided is of inherent value or importance, the mere risk of their harm can already legitimize regulatory intervention. The existence of collusive risk would thus merit the design of regulatory rules or principles that guarantee a high level of rivalry and prevent harmful forms of cooperation and market coordination in the future. Though much of the future of algorithmic pricing is uncertain and unknowable, both non-corrupted prices and independent or rivalrous conduct shape the very cornerstones of competitive markets. Algorithmic collusion has the potential to undercut these and transform future markets –leading to higher prices and consumer harm (Ezrachi & Stucke, 2020)–.

It will be up to future theorists and regulators to balance collusive risk against the promised efficiencies of dynamic pricing. In this context, it is, however, worthwhile to remember, that it is not only low prices and efficiencies that have made markets and prices the primary institutions and mechanisms for ordering our societies for over two centuries. Markets also guarantee freedoms and even cradle the conditions for humanity and solidarity.

**REFERENCES**


Akman, P. (2019). An Agenda for Competition Law and Policy in the Digital Economy. *Journal of European Competition Law & Practice*, *10*(10), 589-590. https://academic.oup.com/jeclap/article/10/10/589/5611276

Andrews, D. (2014). Adam Smith's Natural Prices, the Gravitation Metaphor, and the Purpose of Nature. *Economic Thought, 3*(1), 42. https://econpapers.repec.org/article/weaeconth/v_3a3_3ay_3a2014_3ai_3a1_3ap_3a42.htm

Autorité de le Concurrence/ Bundeskartellamt [ADLC/BKartA] (2016). *Competition Law and Data*. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/DE/Berichte/Big%20Data%20Papier.pdf?__blob=publicationFile&v=2

(2019). *Algorithms and Competition*. https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Berichte/Algorithms_and_Competition_Working-Paper.pdf?__blob=publicationFile&v=5

Bratton, B. (2015, August 15). *The Post-Antrhopocene* (European Graduate School Video Lectures) [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=FrNEHCZm_Sc&t=713s.

Calvano, E., Calzolari, G., Denicolo, V., & Pastorello, S. (2019). *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*. http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3304991

Capobianco, A., & Gonzaga, P. (2017, August 14). Algorithms and Competition: Friends or Foes? *Competition Policy International.* https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithms-and-competition-friends-or-foes/

Competition & Markets Authority [CMA UK] (2018). *Pricing Algorithms – Economic working paper on the use of algorithms to facilitate collusion and personalised pricing*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/746353/Algorithms_econ_report.pdf

Cormen, T.H., Leiserson, C. E., Rivest, R. L., & Stein, C. (2009). *Introduction to Algorithms* (3rd Ed.). MIT Press.

Deng, A. (2017). *When Machines Learn to Collude: Lessons from a Recent Research Study on Artificial Intelligence*. https://ssrn.com/abstract=3029662.

European Commission (n.d.). *Better regulation: why and how*. https://ec.europa.eu/info/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/better-regulation-why-and-how_en

Ezrachi, A. & Stucke, M. E. (2016). *Virtual Competition*. Harvard University Press.

(2017). Artificial Intelligence & Collusion: When Computers Inhibit Competition. *University of Illinois Law Review*, *2017*(5), 1775-1810. https://illinoislawreview.org/wp-content/uploads/2017/10/Ezrachi-Stucke.pdf

(2020). Sustainable and Unchallenged Algorithmic Tacit Collusion. *Northwestern Journal of Technology & Intellectual Property, 17*(2), 217-260. https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/njtip/vol17/iss2/2/

Finck, M. (2018). Digital Co-regulation: Designing a Supranational Legal Framework for the Platform Economy. *European Law Review,* (43), 47-68.

Gal, M. (2017). Algorithmic-Facilitated Coordination: Market and Legal Solutions. *Competition*

*Policy International.* https://www.competitionpolicyinternational.com/algorithmic-facilitated-coordination-market-and-legal-solutions/

Göhsl, J.-F. (2018). Algorithm Pricing and Article 101 TFEU: Can Competition Law Deal with Algorithm Pricing? *Wirtschaft und Wettbewerb, 68*(3), 121-125. https://research.owlit.de/document/1716eb0b-85be-36f2-b67b-3d0c38f9d5b2

Goldstein, J. (Host) (2015, June 17). The Birth and Death of the Price Tag (No. 633) [Audio podcast episode]. In *Planet Money*. NPR. https://www.npr.org/transcripts/415287577

Hwang, S., & Kim, S. (2010). Dynamic Pricing Algorithm for E-Commerce. In Sobh, T., and Elleithy, K. (Eds.), *Advances in Systems, Computing Sciences and Software Engineering* (149-155). Springer.

Ittoo, A. & Petit, N. (2017). Algorithmic Pricing Agents and Tacit Collusion: A Technological Perspective. In Jaquemin, H., and de Streel, A. (Eds.), *L'intelligence artificielle et le droit* (pp. 241-256). Larcier.

Jones, A., Sufrin, B., & Dunne, N. (2019). *EU Competition Law – Texts, Cases and Materials* (7th Ed.). Oxford University Press.

Kaplow, L. (2013). *Competition Policy and Price Fixing*. Princeton University Press.

Klein, T. (2019). *Autonomous Algorithmic Collusion: Q-Learning Under Sequential Pricing* (Tinbergen Institute Discussion Paper). https://papers.tinbergen.nl/18056.pdf

Markovits, D. (2014). *Market Solidarity – Price as Commensuration, Contract as Integration*.

Marty, F. (2017). Algorithmic Pricing, Artificial Intelligence, and Collusive Equilibria. *Revue internationale de droit et économique*, *2017*(2), 86-116. https://www.cairn-int.info/journal-revue-internationale-de-droit-economique-2017-2-page-83.htm

Mehra, S. (2016a). US v. Topkins: Can Price-Fixing be based on Algorithms? *Journal of European Competition Law & Practise, 7*(7), 470-474. https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/7/7/470/2198488?redirectedFrom=fulltext

(2016b). Antitrust and the Robo-Seller: Competition in the Time of Algorithms. *Minnesota Law Review, 100*(4), 1323-1375. https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2016/04/Mehra_ONLINEPDF1.pdf

Mendelsohn, J. (2019). Thinking Macroprudentially. *Banking & Financial Services Policy Report*, *38*(3), 1-10.

Mitchell, T. (1997). *Machine Learning*. McGraw-Hill.

Monti, M. (2000, 11-12 September). *Opening Speech: Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?* [Conference Session]. 3rd Nordic Competition Policy Conference, Stockholm, Sweden. https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-00-295_en.htm

Organisation of Economic Co-operation and Development [OECD] (2017). *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*. OECD. http://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm

(2018). *Personalised Pricing in the Digital Era (Background Note by the Secretariat).* OECD. https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)13/en/pdf

Page, W. (2012). A Neo-Chicago Approach to Concerted Action. *Antitrust Law Journal*, *78*(2), 173-200. https://www.jstor.org/stable/43486841?seq=1

Petit, N. (2017). Antitrust and Artificial Intelligence: A Research Agenda. *Journal of European Competition Law & Practise*, *8*(6), 361-362. https://academic.oup.com/jeclap/article/8/6/361/3812669?login=true

Posner, E. (2015). Why Uber Will – And Should – Be Regulated. *Slate*. https://slate.com/news-and-politics/2015/01/uber-surge-pricing-federal-regulation-over-taxis-and-car-ride-services.html

Posner, R. (1968). Oligopoly and the Antitrust Laws: A Suggested Approach. *Stanford Law Review*, (*21*), 1562-1606. https://core.ac.uk/download/pdf/234134954.pdf

(2001). *Antitrust* (2nd Ed.). Chicago University Press.

(2014). Review of Kaplow, Competition Policy and Price Fixing. *Antitrust Law Journal*, *79*(2), 761-768. https://www.jstor.org/stable/43486922?seq=1

Schwalbe, U. (2018). Algorithms, Machine Learning, and Collusion. *Journal of Competition Law & Economics*, *14*(4), 568-607. https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/14/4/568/5514023

Stigler, G. (1968). A Theory of Oligopoly. *The Organization of Industry* (pp. 39-62). Homewood, Ill., R.D. Irwin.

Stoller, M. (2014). How Uber Creates an Algorithmic Monopoly to Extract Rents. *Naked Capitalism*. http://www.nakedcapitalism.com/2014/04/matt-stoller-how-uber-creates-an-algorithmic-monopoly.html.

Stucke, M. E. (2019). Pricing Algorithms & Collusion. *Tennessee Journal of Business Law*, (20), 1113-1133. https://trace.tennessee.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1517&context=transactions

Thomas, S. (2019). Harmful Signals: Cartel Prohibition and Oligopoly Theory in the Age of Machine Learning. *Journal of Competition Law & Economics, 15*(2-3), 159-203. https://academic.oup.com/jcle/article-abstract/15/2-3/159/5607829

Turner, D. F. (1962). The Definition of Agreement Under the Sherman Act: Conscious Parallelism and Refusals to Deal. *Harvard Law Review*, *75*(4), 655-706. https://doi.org/10.2307/1338567

van Cleynenbreugel, P. (2014). Article 101 TFEU and the EU Courts: Adapting Legal Form to the Realities of Modernisation? *Common Market Law Review, 51*(5), 1381-1435. https://kluwerlawonline.com/journalarticle/Common+Market+Law+Review/51.5/COLA2014111

(2020). Article 101 TFEU's Association of Undertakings Notion and Its Surprising Potential to Help Distinguish Acceptable from Unacceptable Algorithmic Collusion. *The Antitrust Bulletin*, *65*(3), 423-444. https://doi.org/10.1177/0003603X20929116

van Uytsel, S. (2018). Artificial Intelligence and Collusion: A Literature Overview. In Corrales Compagnucci, M., Fenwick, M., and Forgó, N. (Eds.), *Robotics, AI and the Future of the Law* (pp. 155-182). Springer.

Wagner, G., & Eidenmüller, H. G. M. (2019). Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences – The Dark Side of Personalized Transactions. *University of Chicago Law Review*, (*86*), 581-609. https://lawreview.uchicago.edu/sites/lawreview.uchicago.edu/files/13%20Wagner_SYMP_Post-SA%20%28KT%29.pdf

Wish, R., & Bailey D. (2018). *Competition Law* (9th Ed.). Oxford University Press.

Whelan, P. (2013). CISAC: How Difficult It Is to Prove a Concerted Practice. *Journal of European Competition Law & Practise*, *4*(6), 486-488. https://academic.oup.com/jeclap/article-abstract/4/6/486/1810884?redirectedFrom=fulltext

Zheng, G. & Wu, H. (2019). Collusive Algorithms as Mere Tools, Super-tools or Legal Persons. *Journal of Competition Law & Economics, 15*(2-3), 123–158. https://doi.org/10.1093/joclec/nhz010

**STATUTES, CASE LAW AND OTHER ACTS**

Case C-286/13 P, Dole Food Company, Inc. and Dole Fresh Fruit Europe v. Comm'n, 2015 EUR-Lex CELEX LEXIS 184 (Mar. 19, 2015).

Case C-74/14, E-TURAS, UAB and Others v. Lietuvos Respublikos konkurencijos taryba, 2016 EUR-Lex CELEX LEXIS 42 (Feb. 21, 2016).

Case C-48/69, Dyestuffs, Imperial Chemical Industries Ltd. v Comm'n, 1972 E.C.R. 619.

Case C-8/08, T-Mobile Netherlands BV and Others v. Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, 2009 EUR-Lex CELEX LEXIS 343 (June 4, 2009).

Case C634/13, P - Total Marketing Services v. Comm'n, 2015 EUR-Lex CELEX LEXIS 614 (Sep. 17, 2015).

Case T-36/91, Solvay SA v. Comm'n, 1995 E.C.R. II-1851.

Case T-41/96, Bayer AG v. Comm'n, 2000 E.C.R. II-03383.

Commission Decision of 23 April 1986 relating to a proceeding under Article 85 of the EEC Treaty (IV/31.149 - Polypropylene), 1986 O.J. (L 230) 1.

Commission Decision of 19 December 2007 relating to a proceeding under Article 81 of the

EC Treaty and Article 53 of the EEA Agreement (Case COMP/34.579 – MasterCard, Case COMP/36.518 – EuroCommerce, Case COMP/38.580 – Commercial Cards), 2009 O.J. (C 264) 8.

Joined Cases 40 to 48, 50, 54 to 56, 111, 113 & 114-73, Suiker Unie and Others v. Comm'n, 1975 E.C.R. 01663.

Joined Cases C-2/01 P & C-3/01 P, Bundesverband der Arzneimittel-Importeure eV and Comm'n v. Bayer AG, 2004 E.C.R. I-00023.

Joined Cases 89, 104, 114, 116, 117 & 125 to 129/85, Wood Pulp II, A. Ahlström Osakeyhtiö and Others v Comm'n, 1988 E.C.R. 05193.

Joined Cases C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 & C-125/85 to C-129/85, Wood Pulp II, Ahlström Osakeyhtiö and Others v. Comm'n, 1993 E.C.R. I-01307.

Ofgem, Decision of 26.07.19

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 305 F.3d 89 (2d Cir. 2002), *rev'd.*, 124 U.S. 872 (2004).

Observatorio Peruano
de Cibercriminalidad
Construyendo juntos
un entorno digital seguro.
cibercrimenperu
cibercrimenperu.com
hola@cibercrimenperu.com

•LITIGIO PENAL
•CONSULTORÍAS
•CAPACITACIÓN
/eliaspuelles
@eliaspuelles
@estudio.eliaspuelles
eliaspuelles.com
Telf: (01) 400-5181
contacto@eliaspuelles.com
Av. Javier Prado Este No. 596,
oficina 602 - San Isidro, Lima
ESTUDIO ELÍAS PUELLES
ESPECIALISTAS EN DERECHO PENAL & PROCESAL

10.18800/themis.202002.013

# EL ROL DEL DISEÑO INSTITUCIONAL EN LA APLICACIÓN DE *RESPONSIVE REGULATION* FRENTE AL ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE

## *THE ROLE OF INSTITUTIONAL DESIGN IN THE APPLICATION OF RESPONSIVE REGULATION AGAINST ABUSE OF DOMINANT POSITION*

**Nader Mufdi Guerra***
**Universidad Diego Portales**

*Enforcement of prohibitions on abuse of a dominant position plays a crucial role in the proper functioning of markets. Enforcement strategies owe their success or failure depends on the possibilities and limits of the institutions in charge of their implementation. These possibilities and limits define the way in which the different institutions involved in enforcement are structured and related to each other, as well as the roles and powers with which these have been provided to fulfill their purposes.*

*In this article, the author argues that there are important differences between the three traditional institutional models of competition law enforcement that would affect the implementation of Responsive Regulation strategies to deal with cases of abuse of dominant position. In this sense, it analyzes the enforcement regimes of the jurisdictions of Mexico, New Zealand and Chile, which are examples of such models. It also assesses whether such differences correlate in the practical dimension of enforcement and the performance of each of those enforcement regimes over the period 2013-2017. Finally, it explores the potential relationships that might exist between differences in terms of discretion and instances for collaborative solutions.*

*Keywords: enforcement; abuse of dominant position; Responsive Regulation; infringement; authorities.*

*El enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante juega un rol crucial para el correcto funcionamiento de los mercados. Las estrategias de enforcement deben su éxito o fracaso a las posibilidades y límites de las instituciones a cargo de su implementación. Tales posibilidades y límites se definen la forma en que se estructuran y relacionan las distintas instituciones que intervienen en el enforcement, y los roles y atribuciones con que éstas fueron dotadas para cumplir con sus fines.*

*En el presente texto, el autor sostiene que existen importantes diferencias entre los tres modelos institucionales tradicionales de enforcement del derecho de la competencia, las que afectarían la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para lidiar con casos de abuso de posición dominante. En ese sentido, analiza los regímenes de enforcement de las jurisdicciones de México, Nueva Zelanda y Chile, ejemplos de tales modelos. También evalúa si tales diferencias presentan un correlato en la dimensión práctica del enforcement y el desempeño de cada uno de esos regímenes de enforcement durante el periodo 2013-2017. Finalmente, explora las potenciales relaciones que podrían existir entre las diferencias en términos de discrecionalidad y de instancias para soluciones colaborativas.*

*Palabras clave: enforcement; abuso de posición dominante; Regulación Responsiva; infracción; autoridades.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) por la Universidad de Cambridge y Master of Science (M.Sc.) en Regulación por la London School of Economics and Political Science (LSE). Profesor de Derecho de la Competencia y Consumo de la Universidad Diego Portales (Santiago de Chile, Chile). Investigador Adjunto del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Universidad de Chile. Contacto: nader.mufdi@mail.udp.cl

El autor agradece al equipo ampliado de investigadores del Centro de Regulación y Competencia (RegCom) de la Universidad de Chile por sus comentarios, a Benjamín Torres Rojo por los datos correspondientes a Chile, y a María de los Ángeles Mufdi Guerra por sus invaluables aportes formales y sustantivos en la elaboración de este trabajo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 16 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 9 de noviembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El *enforcement*[1] de las prohibiciones de abuso de posición dominante[2] (en adelante, APD) juega un rol crucial para el correcto funcionamiento de los mercados, en particular en aquellos países en los que los altos niveles de concentración son la regla general. No hay novedad en señalar que, tanto o más importante que la configuración de las reglas sustantivas que manden, prohíban o permitan ciertas conductas, son las formas dispuestas por el legislador para hacer efectivas esas órdenes, prohibiciones y autorizaciones, en el mundo real. El riesgo de no contar con instituciones, procedimientos y estrategias es que las normas sustantivas devengan en algo no muy distinto a la mala poesía, con la diferencia de que de las normas sustantivas penden expectativas políticas que podrían resultar eternamente frustradas. Para el caso de las prohibiciones de APD, el carecer de mecanismos adecuados para su *enforcement*, implica transformar tales normas en símbolos estériles.

En un reciente trabajo, he argumentado que la Regulación Responsiva –paradigma teórico preponderante en los últimos años sobre la forma apropiada de estimular niveles óptimos de cumplimiento con la regulación– constituye una alternativa adecuada para el *enforcement* de las prohibiciones del APD, atendidas tanto las particularidades de los test legales –reglas y estándares– en los que descansan tales prohibiciones, como la forma en que estos operan en la práctica (Mufdi Guerra, 2020). Las características de esos *test* legales, por un lado, involucran altos niveles de incerteza, los que pueden ser mitigados a partir de las interacciones entre las autoridades y potenciales infractores, a propósito de la implementación de Regulación Responsiva. Por otro lado, las características de la forma en que esos *test* legales operan en la práctica son funcionales a los elementos básicos de la Regulación Responsiva. De esa manera, y en orden inverso, la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para el *enforcement* de las prohibiciones de APD resulta no solo posible, sino que es también deseable.

Con todo, las estrategias de *enforcement* no son implementadas en el vacío, muy por el contrario, su éxito o fracaso –y todo lo que hay entre ambos escenarios– se encuentra determinado por las posibilidades y límites de las instituciones a cargo de su implementación. Tales posibilidades y límites están definidos por el diseño institucional; es decir, por la forma en que se estructuran y relacionan las distintas instituciones que intervienen en el *enforcement*, y los roles y atribuciones con que éstas han sido dotadas para cumplir con sus fines. En este contexto, el presente trabajo sostiene que existen importantes diferencias entre los tres modelos institucionales tradicionales de *enforcement* del derecho de la competencia –el modelo integrado, el modelo bifurcado general y el modelo bifurcado especial– que afectarían la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para lidiar con casos de APD. En específico, tales diferencias incidirían en la posibilidad de llevar adelante *tit-for-tat strategies* (en adelante, planes de represalia equivalente), elemento esencial para la aplicación de Regulación Responsiva.

Para efectos de evaluar esas diferencias, esta investigación incluye un análisis formal de los regímenes de *enforcement* de jurisdicciones representativas de cada uno de los modelos señalados: México, como ejemplo del modelo integrado; Nueva Zelanda, como ejemplo del modelo bifurcado general; y Chile, como ejemplo del modelo bifurcado especial. En este análisis se busca evaluar los espacios de discrecionalidad con el que cuentan las autoridades a cargo de la investigación y persecución en casos de APD para reaccionar al comportamiento de cada potencial infractor, así como las instancias para formalizar las soluciones colaborativas en cada caso. Adicionalmente, a fin de evaluar si tales diferencias presentan un correlato en la dimensión práctica del *enforcement*, se evalúa el desempeño de cada uno de esos regímenes de *enforcement* durante el periodo 2013-2017, teniendo en consideración la forma y oportunidad en que concluyó cada uno de los casos sobre una potencial infracción a las prohibiciones de APD en dicho periodo.

---

1 Según ha indicado Garoupa

> […] no tenemos una traducción de la palabra *enforcement* en los idiomas latinos, en el idioma español, portugués, italiano y francés. Lo que ya es muy sintomático de nuestras culturas es concluir que no tenemos un concepto de *enforcement*, porque claro se puede decir que su traducción es aplicación de la ley, pero es más que la aplicación de la ley; ejecución de la ley, pero es más que ejecutar la ley. En realidad, *enforcement* es todo el proceso, desde el momento en que la ley es ley y la norma jurídica existe, hasta la aplicación en el caso concreto y su cumplimiento (2014, p. 144).

En consideración de tal falencia idiomática, y para efectos de rigurosidad conceptual, el presente trabajo utiliza dicho anglisísimo sin traducción al idioma español.

2 En este trabajo se entiende por abuso de posición dominante a todas las prácticas que envuelven "[…] el ejercicio antijurídico de poder de mercado de que dispone un monopolista estructural [i.e., actor dominante en un mercado determinado], lo que se verifica a través de hechos, actos o convenciones vulneradoras de la libre competencia" (Valdés Prieto, 2006, p. 545).

Finalmente, en el texto se exploran las potenciales relaciones que podrían existir entre las diferencias en términos de discrecionalidad y de instancias para soluciones colaborativas que exhiben los distintos regímenes estudiados, por un lado, y el desempeño de estos en la persecución del APD, por otro. En ese sentido, se sostiene que tales conexiones están mediadas por los disímiles niveles de deferencia de parte de las autoridades a cargo de la adjudicación hacia las decisiones de las autoridades a cargo de la investigación y persecución, en cada modelo de *enforcement*.

Para efectos de construir la propuesta de este trabajo, en primer lugar, se sintetiza el argumento sobre por qué la Regulación Responsiva es una buena alternativa para desarrollar el *enforcement* de las prohibiciones de APD y se exponen las características de los distintos modelos de *enforcement* del derecho de la competencia. Luego, se exponen los principales elementos metodológicos de esta evaluación, y los análisis formales y de desempeño de cada uno de los regímenes estudiados. Finalmente, se exploran potenciales explicaciones para los resultados constatados en tales evaluaciones.

## II. ES ACONSEJABLE Y POSIBLE APLICAR ESTRATEGIAS DE REGULACIÓN RESPONSIVA FRENTE A CASOS DE APD

### A. Regulación Responsiva: múltiples opciones y reacciones al comportamiento del infractor

Regulación Responsiva es un paradigma teórico sobre la forma apropiada de desarrollar el *enforcement* de la regulación que ha adquirido preponderancia durante los últimos 30 años[3]. Dicho planteamiento teórico parte del supuesto de que para los reguladores resulta imposible detectar y ejercer el *enforcement* de todas las infracciones a la ley que les corresponde fiscalizar, por lo que es crucial para el cumplimiento de los objetivos de cada ámbito regulatorio que las agencias reguladoras puedan incentivar a los destinatarios de la regulación a cumplir voluntariamente con ella. De este modo, la Regulación Responsiva busca estimular los niveles máximos de cumplimiento con la regulación (Welsh, 2012, p. 910). Esta propuesta implicó la superación de la tensión entre aproximaciones basadas exclusivamente en la disuasión y la persuasión, estableciendo en su eje la combinación de herramientas de esas dos categorías de estrategias para efectos de incrementar la disposición al cumplimiento tanto de individuos como de instituciones. De forma diferente a las aproximaciones exclusivamente disuasorias o persuasivas, la Regulación Responsiva pretende construir un compromiso moral con el cumplimiento de la ley (Parker, 2006, p. 592).

La implementación de estrategias de Regulación Responsiva se basa en tres elementos estructurales para su funcionamiento. En primer lugar, es indispensable dotar a los reguladores de una amplia gama de sanciones, diferentes en tipo e intensidad, las que son ordenadas de menor a mayor lesividad/costo para los potenciales infractores de la regulación, en pirámides de sanciones. En segundo lugar, es fundamental que las autoridades a cargo del *enforcement* cuenten con un set de facultades que les permita desarrollar distintas formas de intervención frente a los eventuales incumplimientos, las que también deben ordenarse desde las más cooperativas de las herramientas hasta las más represivas, en pirámides de intervenciones de *enforcement* (Baldwin *et al.*, 2012, p. 259). La utilización de estas pirámides en las reacciones al proceder de los potenciales infractores configura un intento por resolver el enigma acerca de hasta cuándo es razonable intentar persuadir y cuándo se debe sancionar (Braithwaite, 2006, p. 886). Finalmente, es esencial que, a través de tales mecanismos de intervención, los reguladores sean capaces de actuar de acuerdo a planes de **represalia equivalente**.

En términos generales, los planes de **represalia equivalente** implican un actuar colaborativo de parte del regulador, absteniéndose de una respuesta represiva (o disuasoria), en la medida que el regulado se mantenga cooperando; sin perjuicio de cambiar de aproximación cuando decida explotar la postura cooperativa del regulador, incurriendo en engaños o asumiendo una actitud oportunista en relación con el cumplimiento de la regulación. En estos supuestos, el regulador cambia desde una aproximación colaborativa a una represiva (o disuasoria) (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 21). De este modo, y contrariamente a las propuestas de *enforcement* que contemplan reacciones represivas para todos los casos, la implementación de

[3] Si bien Regulación Responsiva ha adquirido amplia popularidad a nivel comparado durante las últimas décadas, tanto en los ámbitos prácticos y académicos, la teoría en comento ha sido objeto de crítica desde distintas perspectivas (Baldwin y Black, 2008, p. 62). Tales críticas, así como otras desarrolladas por diferentes autores, han evolucionado en distintas propuestas como: *Smart Regulation* (Gunningham *et al.*, 2004), *Problem Centred Regulation* (Sparrow, 2000) y *Really Responsive Regulation* (Baldwin & Black, 2008). Con todo, es conveniente notar que estas alternativas mantienen en su núcleo los elementos esenciales de Regulación Responsiva, incorporando propuestas para mejorar esta aproximación, en lugar de eliminar o superar esta aproximación teórica.

planes de **represalia equivalente** sugiere un accionar diferenciado, que se adapta a la forma en que evoluciona la conducta del regulado (Braithwaite, 1990, p. 60).

De fondo de estos entendimientos, se encuentran los análisis efectuados en el campo de la teoría de juegos por John Scholz, quien modeló el *enforcement* de la regulación como un juego de dilema de prisionero, en el que la motivación del regulado es minimizar su costo regulatorio y la motivación del regulador es maximizar el cumplimiento de la regulación. Scholz observó que, a través de la implementación de planes de **represalia equivalente**, es más probable alcanzar cooperación mutuamente beneficiosa para reguladores y regulados (1984a, 1984b)[4]. Cabe resaltar que en la literatura no económica se ha arribado a similares conclusiones. En este sentido, se ha indicado que los planes de **represalia equivalente** presentarían como virtud la reafirmación de la autoridad del regulador, cuando éste reacciona punitivamente frente a conductas contumaces u oportunistas, al tiempo de enaltecer la percepción de justicia de parte de los regulados que cooperan con el regulador (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 26). Al respecto, Braithwaite señala que preservar tal percepción de justicia es esencial para nutrir el cumplimiento voluntario (1985, p. 26). En definitiva, estas formas de proceder, que plantean reacciones equivalentes al curso de acción adoptado por el regulado, en cada caso, harían más probable el éxito del *enforcement* (Ayres & Braithwaite, 1992, p. 40), ya que propiciarían la dinámica de incentivos adecuados para que tenga lugar cooperación mutuamente beneficiosa entre regulados y reguladores (Braithwaite, 1990, p. 60).

De este modo, en las primeras instancias del *enforcement*, la teoría sugiere comenzar con las formas de intervención y sanción que están en la base de ambas pirámides, escalando hacia tratamientos gradualmente menos colaborativos y más punitivos –avanzando hacia la cima de las pirámides– en la medida que la reacción de los potenciales infractores no sea la completa adecuación de su comportamiento a lo establecido en la regulación, a través de la adopción de **represalias equivalentes**. Como es posible apreciar, las pirámides ordenan los conjuntos de herramientas con que cuenta el regulador para llevar a cabo el *enforcement*, y la forma de emplear dichas herramientas, en cada caso, está definida por la implementación de planes de **represalia equivalente**. Este último componente, configura, en definitiva, el corazón –o más bien, el cerebro– de las estrategias de Regulación Responsiva. En el contexto de la implementación de estas estrategias, resulta indispensable que la autoridad a cargo del *enforcement* sea capaz no solo de sostener diálogos con los regulados, incentivando su reflexión sobre el cumplimiento y la posibilidad de acordar soluciones cooperativas; sino que, además, debe contar con niveles de discrecionalidad adecuados para reaccionar consistente y oportunamente con el plan de acción adoptado por cada potencial infractor, así como espacios institucionales para formalizar tales soluciones colaborativas.

### B. La aplicación de Regulación Responsiva frente a las prohibiciones a APD es deseable

Según he indicado en un reciente trabajo, los tests legales –reglas y estándares– que subyacen a prohibiciones del APD presentan características que implican serias dificultades para su aplicación en el mundo real, lo que se traduce en que su *enforcement* sea afectado por falta de certeza jurídica, y de potenciales cuestionamientos a su legitimidad derivados de tal incerteza (Mufdi Guerra, 2020)[5]. Las interacciones entre autoridades y potenciales infractores que tienen lugar a propósito de la im-

[4] En ese sentido, se ha razonado que

> […] Frente a la matriz de pagos típica en el dilema de la aplicación, la estrategia óptima es que tanto la empresa como el regulador cooperen hasta que los otros defectos de la cooperación. Entonces el jugador racional debe tomar represalias (el estado a la regulación de disuasión; la firma a una estrategia de evasión de la ley). Si y sólo si la represalia asegura un retorno a la cooperación por el otro jugador, entonces el retaliator debe ser indulgente, restaurando los beneficios de la cooperación mutua en lugar de los pagos más bajos de la deserción mutua [la traducción es nuestra] (Ayres & Braithwaite, 1992, 21).

[5] En primer lugar, debe observarse que las reglas que prohíben el APD usualmente cuentan con una textura bastante abierta. Conceptos como **posición dominante** y **abuso** resultan extremadamente vagos y amplios (Ibáñez, 2018, p. 23). Por otro lado, no existen consensos sobre los conceptos clave para la aplicación de estas normas, ni sobre los fines de este ámbito regulatorio (Akman, 2015, p. 1), lo que implica que todavía exista una importante brecha entre la letra de la ley y su aplicación. Desde la perspectiva de la seguridad jurídica y la legitimidad del *enforcement* esta brecha resulta es indeseable (Akman, 2015, p. 3). Por otro lado, las normas sustantivas en materia de APD constituyen prohibiciones **de luz amarilla**: la posición dominante crea situaciones de riesgo que no son necesariamente ilícitas, las que son connaturales al correcto funcionamiento del mercado. Esta configuración implica dificultades significativas para la evaluación *ex ante* de la licitud de cada práctica comercial; las prohibiciones de APD describen situaciones de riesgo derivado del exceso de poder de mercado que debe ser determinado caso a caso. Una cuarta característica dice relación con la preponderancia de los estándares de comportamiento como tests legales en materia de APD. En específico, en este ámbito del derecho resulta fundamental la aplicación de tests económicos, que permiten a las autoridades dilucidar la concurrencia de los elementos fundantes de la conducta prohibida. Con todo, los estándares ofrecidos por

plementación de estrategias de Regulación Responsiva son útiles para entregar más seguridad a la aplicación de las prohibiciones de APD.

En particular, las interacciones entre las autoridades y potenciales infractores, y las reflexiones que tienen lugar a propósito de éstas, generan información útil para aminorar la falta de certeza. A través de las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides de sanciones y de intervenciones de *enforcement*, las autoridades desarrollan diálogos con los potenciales infractores, a partir de los cuales se produce información relevante para llenar los vacíos de la textura abierta de las prohibiciones. En el mismo sentido, en el contexto de estos diálogos, las autoridades pueden explicitar sus entendimientos sobre el correcto contenido de las prohibiciones del APD. Los potenciales infractores, por su parte, pueden apelar a la razonabilidad de estas, exponiendo argumentos tanto económicos como jurídicos. Como resultado, se han de generar diversas instancias institucionales para arribar a entendimientos comunes, reduciendo la brecha entre la letra de la ley y su aplicación práctica. De esta forma, la aplicación de estrategias de Regulación Responsiva facilitaría que se llegase a consensos sobre el contenido de conceptos respecto de los cuales existen discrepancias teóricas, permitiendo saber lo que el derecho es en cada caso. Situación similar ocurriría con los estándares a los que se suele echar mano en casos de APD.

Por último, el uso de estrategias de Regulación Responsiva permitiría hacer operativo y efectivo el *enforcement* de las prohibiciones de APD, en tanto forma de regulación basada en riesgo: por un lado, estas estrategias posibilitarían que las autoridades evaluasen los riesgos caso a caso y que adaptasen, razonablemente, los estándares e interpretación de las normas a efectos de que su aplicación resulte consistente con el objeto del derecho de la competencia. Por otro lado, en el marco de tales diálogos se han de generar las reflexiones que permitan a los actores dominantes comprender cuáles son los riesgos de incurrir en determinadas prácticas comerciales, permitiéndoles prevenir situaciones que pudieran envolver infracciones. En definitiva, la información que se genera en el marco de las distintas interacciones que propicia la aplicación de Regulación Responsiva permite a quienes están en posición de acometer una infracción dilucidar qué tan cerca de la luz roja o de la luz verde se encuentra determinada práctica comercial.

### C. La aplicación de Regulación Responsiva frente a las prohibiciones a APD es factible

En la operación práctica del *enforcement* de esas prohibiciones concurren una serie de circunstancias que hacen posible la aplicación de la Regulación Responsiva. En concreto, esas circunstancias resultan afines con los mecanismos esenciales de las estrategias de Regulación Responsiva: pirámides de sanciones, pirámides de intervenciones de *enforcement*, y planes de acción de **represalia equivalente**, posibilitando la aplicación de las estrategias antedichas.

En primer lugar, las autoridades a cargo del *enforcement* de las prohibiciones de APD y los potenciales infractores suelen interactuar a través de juegos repetidos. En este sentido, se ha indicado que es posible observar patrones de interacción consistentes entre el comportamiento de las autoridades y los potenciales infractores (Pagotto, 2006, p. 289). Esto se debería a que las empresas que cuentan con altos niveles de poder de mercado tienden a mantener dicha condición en el tiempo. Así, en mercados con altos niveles de concentración, con significativas barreras a la entrada, los cambios estructurales suelen a ocurrir de forma lenta (Tirole,1988, pp. 346-352). El que existan interacciones repetidas hace posible la implementación de planes de acción de **represalia equivalente**. Por otro lado, teóricamente es esperable que juegos no cooperativos repetidos indefinidamente evolucionen de forma que los jugadores alcancen equilibrios cooperativos, que optimicen sus ganancias[6], haciendo predecible que los potenciales infractores puedan llegar a acuerdos con la autoridad a cargo del *enforcement*[7].

Por otro lado, dado que la probabilidad de no obtener sentencia condenatoria es alta –atendidas las dificultades de presentar acusación y acreditar la ocurrencia de la infracción– y las consecuencias de estos fracasos implican altos costos para las autoridades a cargo del *enforcement* y para la institucionalidad en general, resulta poco razonable que tales autoridades estén dispuestas a correr ese

la técnica económica en el ámbito de las prácticas unilaterales carecen de la robustez que exhiben los estándares habitualmente aplicados en casos de cartel, y respecto de los primeros no existen consensos entre los expertos, subsistiendo espacios para la incertidumbre (Akman, 2015, p. 2).

6 Al respecto, véase Osborne (2017, p. 389) y Axelrod (2006).

7 De acuerdo con Binmore, "las consideraciones estratégicas en un juego repetido indefinidamente son totalmente diferentes de las de un juego de una sola vez porque la introducción del tiempo permite a los jugadores recompensar y castigar a sus oponentes por su comportamiento en el pasado" [la traducción es nuestra] (1994, p. 115).

riesgo, sobre todo si es que existen otras alternativas para poner término a la falla de mercado que motiva su intervención: a través de la implementación de soluciones cooperativas que se encuentran en las bases de las pirámides de sanciones y de intervenciones de *enforcement*.

Los potenciales infractores, por su parte, usualmente cuentan con altos niveles de información y actúan con altos niveles de racionalidad, siendo habitual que las decisiones que anteceden a las infracciones a las prohibiciones de APD, sean adoptadas por ejecutivos de la cúspide de la jerarquía de cada empresa, lo que posibilita que estos puedan evaluar correcta y oportunamente los riesgos asociados a mantener el incumplimiento frente a la posibilidad de adoptar cursos de acción para evitar tal escenario. Esta configuración permite que a los potenciales infractores les sea factible dialogar con las autoridades del derecho de la competencia para cambiar el curso de acción desplegado por las empresas (Stephan & Nikpay, 2015, p. 141). Por otro lado, el potencial infractor tiende a tener incentivos para implementar medidas para corregir su comportamiento, a fin de mitigar tanto las consecuencias legales derivadas de la potencial infracción, como la incertidumbre respecto de la legalidad de la forma cómo la compañía seguirá desarrollando sus negocios, además de los riesgos reputacionales asociados a infracciones en materia de competencia.

Finalmente, el hecho de que el diseño y la implementación de remedios constituyan los aspectos centrales del *enforcement* de las prohibiciones de APD (Hjelmeng, 2013, pp. 1007-1037) engarza de buena forma con la filosofía en la que descansan las estrategias de Regulación Responsiva. El derecho de la competencia busca restaurar la competencia los mercados afectados por prácticas anticompetitivas mediante el diseño e implementación de remedios (Lianos, 2013, p. 14), los que generalmente afectan el núcleo del negocio de los infractores. En este contexto, es que resulta fundamental para el éxito de esta forma de intervención regulatoria que las autoridades cuenten con información suficiente respecto de las distintas particularidades de los negocios afectados por las medidas, así como los incentivos y racionales que subyacen a tales negocios. Por otro lado, es indispensable que las autoridades actúen oportunamente en el diseño e implementación. Así, parece preferible resolver casos que involucran prácticas exclusorias a través de las herramientas provistas en las bases de las pirámides de intervención de *enforcement* y de sanción.

## III. MODELOS INSTITUCIONALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ESTRUCTURAS PARA LA EJECUCIÓN DE PLANES DE REPRESALIA EQUIVALENTE

A partir de las formas en que se distribuyen las tareas de investigación, persecución y adjudicación de los ilícitos anticompetitivos, se configuran distintos modelos de *enforcement* del derecho de la competencia en general, y de las reglas que prohíben el APD en específico. *A priori*, parece razonable suponer que las formas en que se materialicen las distribuciones de potestades no son inocuas para el desempeño de cada sistema de *enforcement*. En este sentido, debe observarse que, en términos abstractos, las decisiones que adopte el legislador en relación con el diseño institucional involucran la distribución de poder público, tanto en términos cuantitativos como cualitativos, así como el establecimiento de regímenes de control de dichas formas y cantidades de poder asignado[8]. Dicho ejercicio envuelve el desafío de determinar asignaciones adecuadas de poder a nivel horizontal (el grado de poder que debe ser conferido a cada institución –ajenas al Poder Ejecutivo y Poder Legislativo–) y en la dimensión vertical (el grado de control ejercido sobre cada institución) (Ogus, 2004, p. 99).

Por otro lado, las atribuciones que se asignen a los distintos agentes que participan de determinado diseño, presentarán distintos niveles de interdependencia, en el entendido de que el cumplimiento de los fines que subyacen al rol que asuma cada órgano –y la respectiva evaluación pública del correcto desempeño de dicho rol– dependerá, en mayor o menor medida, de la forma en la que desempeñen sus respectivos roles el resto de los órganos públicos que son parte del mismo diseño institucional (Rosenbloom *et al.*, 2015, p. 174). En este puzle, los incentivos de los distintos órganos que participan en una institucionalidad pueden no necesariamente estar alineados, generándose disímiles niveles de deferencia de parte de los órganos a cargo de la función adjudicación respecto del proceder de los órganos a cargo de las actividades de investigación y acusación.

[8] Esta idea ha sido desarrollada por Peter Cane respecto de los sistemas de gobierno (2016, p. 2), pero nada obsta para aplicarla al análisis de regímenes de *enforcement*, los que, al final del día, operan como sistemas de micro gobierno. En línea con este planteamiento, debe observarse que el diseño institucional de los órganos del Estado configura uno de los ámbitos más relevantes de acción del Derecho Público, el que desde antiguo ha sido entendido como la **arquitectura del poder público** (Loughlin, 2010, p. 103).

En la experiencia comparada es posible distinguir entre tres tipos de modelos institucionales para el *enforcement* del derecho de la competencia: el modelo integrado, el modelo bifurcado judicial y el modelo bifurcado agencia/tribunal (especial). En el modelo integrado, una comisión dentro de la agencia efectúa el primer nivel de adjudicación (Fox & Trebilcock, 2013, p. 5), mientras que en el modelo bifurcado judicial la autoridad de competencia requiere presentar su acusación ante un tribunal ordinario, a efectos de desarrollar el *enforcement* de la normativa (Fox & Trebilcock, 2013, p. 5). Finalmente, en el modelo bifurcado agencia/tribunal, la autoridad de competencia gatilla el *enforcement* ante un tribunal especializado. La esencia de esta distinción descansa en la forma en que se estructura la relación entre las autoridades a cargo de llevar adelante las actividades de investigación y persecución, por un lado, y las autoridades a cargo de la función de adjudicación, por el otro.

Diferentes países, con diversos contextos legales, así como dispares niveles de desarrollo han elegido cada uno de los distintos tipos de diseños institucionales para efectuar el *enforcement* del derecho de la competencia. En este contexto, en jurisdicciones como Japón y China, así como en la Unión Europea, y la Federal Trade Commission en los Estados Unidos, el *enforcement* del derecho de la competencia es desarrollado a través de modelos integrados (Fox & Trebilcock, 2013, p. 6); mientras que, en Nueva Zelanda, y la Antitrust Division del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, el *enforcement* de las reglas de competencia es requerido por las autoridades ante cortes de jurisdicción general, a través de modelos bifurcado judicial. Por último, en jurisdicciones como Sudáfrica, Canadá y Chile, el *enforcement* del derecho de la competencia es desarrollado a través de sistemas bifurcado agencia/tribunal, frente a tribunales especializados.

Se ha indicado que, si bien no existirían necesariamiente diferencias intrínsecas entre los distintos modelos institucionales, en la práctica estos tenderían a variar en forma predictible, resultando valioso explicar las diferencias entre cada uno de estos. En este contexto se ha indicado que es posible observar las ventajas y desventajas que presentaría, en abstracto, cada uno de estos modelos (Trebilcock & Iacobucci, 2002, p. 363).

En primer lugar, respecto al modelo integrado, se ha indicado que este podría generar mayores niveles de experticia, en el entendido de que los funcionarios de la agencia se involucrarían en el día a día con todos los aspectos de la adminstración del derecho de la competencia. Por otro lado, dado que las agencias del modelo integrado suelen estar dirigidas por comisiones colegiadas, se ha indicado que este modelo permitiría acceder a mayores niveles de *accountability*, así como a mayor consistencia y continuidad en la adopción de decisiones. Finalmente, también se ha indicado que las agencias del modelo integrado podrían tener ventajas en términos de eficiencia administrativa, derivados, en parte, de sus mayores niveles de experticia. Por su parte, en relación a las desventajas del modelo integrado, debe observarse el riesgo de falta de imparcialidad a la hora de adoptar decisiones en el marco de sus funciones de adjudicación (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 463).

En segundo lugar, el modelo bifurcado judicial presentaría dentro de sus ventajas altos niveles de *accountability*, pero tendría un desempeño modesto en relación con la experticia empleada en la función de adjudicación. Otra de las ventajas que involucraría este modelo es la imparcialidad en el ejercicio de dicha función, así como mayor transparencia y un balance adecuado de la confidencialidad y el respeto al debido proceso (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 460).

Por último, en cuanto al modelo bifurcado agencia/tribunal (especial), se ha sostenido que éste aseguraría altos niveles de independencia en el desarrollo de la función de adjudicación, además de niveles razonables de *accountability* de las decisiones de la agencia que luego son sometidas al conocimiento del tribunal especial. Por otro lado, se ha indicado que este modelo comprendería un balance adecuado entre experticia e imparcialidad, y que los procedimientos ante el adjudicador deberían alcanzar altos niveles de transparencia, sin perjuicio de que al incorporarse mecanismos adecuados, permitiría resguardar eficazmente la confidencialidad de la información aportada por las partes a los procesos. Adicionalmente, se ha sostenido que este modelo plantearía un equilibrio razonable entre eficiencia administrativa y debido proceso (Trebilcock & Iacobucci, 2010, p. 461).

Como se ha adelantado *supra*, en la primera sección del texto, este trabajo pretende evaluar de qué forma el modelo de *enforcement* de cada jurisdicción afectaría la implementación de estrategias de Regulación Responsiva para lidiar con casos de APD. Preliminarmente, debe tenerse presente que las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides se desarrollan mediante el ejercicio del poder público asignado a cada autoridad, de acuerdo con el modelo de *enforcement* del derecho de la competencia contemplado en cada jurisdicción. Como consecuencia de aquello, los tipos de diseño institucional objeto de análisis deberían tener alguna incidencia en la

posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, que es precisamente la forma en que se materializan en la práctica las dinámicas de escalamiento y descenso de las pirámides. Según se ha señalado con anterioridad, los planes de **represalia equivalente** constituyen el corazón –o más bien, el cerebro– de la Regulación Responsiva como estrategia de *enforcement*, a través del cual el regulador define cómo utilizar, en el caso concreto, las herramientas de las que ha sido provisto en las pirámides antedichas.

Por otro lado, el resto de los elementos estructurales de Regulación Responsiva –la configuración de las pirámides de sanciones y de intervenciones regulatorias– obedecen a aspectos independientes del modelo de *enforcement* existente en cada caso, al menos en los términos planteados en este trabajo. Debido a ello, es que los análisis comprendidos en la sección siguiente se limitan a analizar la pertinencia de cada uno de los modelos de *enforcement* antedichos, a efectos de implementar planes de **represalia equivalente**. En este contexto, se busca evaluar en qué medida cada uno de los tres modelos de *enforcement* resulta adecuado para alcanzar soluciones colaborativas y entrega a las autoridades del *enforcement* de las prohibiciones de APD discreción necesaria para reaccionar consistente y oportunamente con el plan de acción adoptado por cada potencial infractor. En este sentido, se evalúa, por un lado, los espacios de discrecionalidad con que cuentan tales autoridades para efectos de implementar tales reacciones, junto a los espacios que ofrece cada diseño institucional para materializar soluciones colaborativas a cada circunstancia, y el desempeño de cada modelo en casos concretos.

## IV. EVALUANDO APTITUD DE LOS MODELOS DE ENFORCEMENT PARA LA IMPLEMENTACIÓN DE PLANES DE REPRESALIA EQUIVALENTE

### A. Aspectos metodológicos

Para efectos de evaluar en qué medida el diseño institucional de los modelos de *enforcement* del derecho de la competencia podría afectar sus capacidades para aplicar planes de **represalia equivalente** en casos de APD, este trabajo comprende un análisis bidimensional, en el que se evalúan tanto los aspectos formales de cada modelo, como su desempeño en la resolución de casos a través de soluciones consistentes con las estrategias de Regulación Responsiva. Este esquema de análisis es aplicado a tres regímenes distintos de *enforcement* del derecho de la competencia.

Por un lado, en el contexto de la dimensión formal, se describen y analizan los diferentes procedimientos a través de los cuales se efectúa el *enforcement* de las prohibiciones de APD en cada uno de los regímenes estudiados, buscando espacios de la discrecionalidad necesaria para que las autoridades del derecho de la competencia reaccionen consistente y oportunamente ante el comportamiento de los potenciales infractores, así como instancias institucionales para formalizar las soluciones colaborativas. Para efectos de este análisis, se distingue entre la etapa de *enforcement* en la que la autoridad recopila los antecedentes necesarios para llevar adelante la persecución de cada potencial infracción –denominada aquí como la primera etapa de *enforcement*– y la etapa en que se llevan a efecto las funciones de adjudicación –la segunda etapa de *enforcement*.

Por otro lado, en la dimensión de desempeño, se evalúa la *performance* de cada régimen estudiado a lo largo del periodo 2013-2017, en consideración de la forma en que concluyó cada caso de APD iniciado durante dicho periodo y de si tales formas son consistentes con la aplicación de planes de **represalia equivalente**. El año de cierre del periodo ha sido definido en consideración de la necesidad de dar tiempo suficiente a cada sistema (un poco más de dos años) para que todos esos casos reciban solución. Por otro lado, solo una de las jurisdicciones objeto de estudio –Nueva Zelanda– ha explicitado su intención de implementar estrategias de Regulación Responsiva (NZCC, 2013), sin perjuicio de que a partir de la ubicuidad de tales estrategias para el *enforcement* de la regulación durante los últimos 30 años alrededor del mundo, es esperable que las autoridades de México y Chile hayan estado abiertas a proceder de la misma forma[9].

Este análisis consta de la comparación de diferentes indicadores, incluyendo el total de investigaciones que fueron abiertas durante el periodo estudiado, las investigaciones cerradas sin ningún hallazgo, casos resueltos a través de soluciones negociadas durante el primera instancia de *enforcement* (acuerdos extrajudiciales, *warning letters*, etc.), casos que pasaron a la segunda etapa de cada sistema de *enforcement*, los casos que

[9] Así, por ejemplo, para el caso chileno, el espíritu que subyace a *Responsive Regulacion* se constata, en algún sentido, en la aproximación de las autoridades a la idea de la selectividad, la que, a juicio de un ex Fiscal Nacioanal Económico, implicaría "[…] que hay que seleccionar la herramienta proporcional y justa para hacerse cargo del grado de intensividad que pueden presentar las distintas reprochabilidades" (Irarrázabal, 2019, p. 154).

fueron resueltos a través de conciliación (y otros equivalentes jurisdiccionales) ante tribunales, y, finalmente, casos que llegaron a sentencia.

De ese modo, los regímenes de enforcement considerados en esta investigación son el de México, como ejemplo del modelo integrado; Nueva Zelanda, como representante del modelo bifurcado judicial; y Chile, en donde el enforcement del derecho de la competencia es efectuado a través del modelo bifurcado agencia/tribunal (especial). En general, los regímenes seleccionados presentan similares niveles de desarrollo[10], y corresponden a jurisdicciones de países miembros de la OECD, lo que debería implicar al menos un nivel equivalente de preocupación respecto de la política de la competencia.

### B. Dimensión formal: Buscando espacios de discrecionalidad y colaboración en cada modelo de *enforcement*

#### 1. México – Modelo Integrado

La Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE) de México prohíbe una serie de conductas que denomina **prácticas monopólicas relativas**[11], y que corresponden a distintas manifestaciones de APD. El *enforcement* del derecho de la competencia está a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece), la que es definida por el artículo 10 de la LFCE como un órgano autónomo e **independiente en sus decisiones y funcionamiento** (2017, art. 10) . En el marco del modelo integrado que adopta el diseño institucional de *enforcement* de la libre competencia mexicano, la Cofece cuenta con las atribuciones para investigar, sancionar y ordenar el cese de conductas anticompetitivas[12]. En sus procedimientos de *enforcement* es posible distinguir las etapas de Investigación –para efectos del presente análisis, primera etapa de *enforcemen*t–, Procedimiento Seguido en Forma de Juicio (Regulado por en el Libro Tercero, Titulo II, de la LFCE) y de Resolución del Pleno de la Comisión[13] segunda etapa de *enforcement*[14].

La primera etapa de *enforcement* puede iniciarse de oficio –cuando se constata una causa objetiva para ello[15]– o a partir de la presentación de una denuncia. En el segundo caso, luego de analizar la denuncia, la Cofece puede ordenar el inicio de una investigación o desecharla en caso ésta sea **notoriamente improcedente**. La **notoria improcedencia** ha sido delimitada por la LFCE a ciertos supuestos calificados: que los hechos denunciados no constituyan violaciones a la LFCE, cuando sea evidente que los agentes económicos denunciados no cuentan con poder de mercado, cuando esté pendiente algún procedimiento ante la Cofece respecto de los mismos hechos, cuando ya se haya emitido una resolución sobre los mismos hechos, y cuando los hechos se refieran a una operación de concentración notificada[16].

Las investigaciones son instruidas por la Autoridad Investigadora de la Cofece, la que cuenta con autonomía técnica y de gestión[17] –para conducir investigaciones y nombrar el personal a su cargo (Moguel, 2015, p. 181). Cabe observar que el Pleno de la Cofece no puede intervenir en esta etapa, ni establecer líneas de investigación (2015, p. 181). Con todo, como se verá, el Pleno juega un rol determinante en todas las decisiones respecto de la continuidad o términos de las investigaciones. La etapa de investigación no puede exceder de 120 días, aunque este plazo puede ser extendido cuatro veces por periodos de hasta 120 días, solo cuando hubiere causa justificada para ello (2015, p. 191). Durante este periodo, la Autoridad Investigadora recopila la información necesaria para fundar su decisión final en cada caso. Para tal efecto, dicha entidad

> [p]uede allegarse de los medios de convicción que considere necesarios para conocer la verdad de los hechos materia del procedimiento, para lo cual podrá realizar las diligencias que considere necesarias a fin de cumplir el manda-

[10] OECD (2014a, p. 12; 2014b, p. 14; 2014c, p.11).

[11] Revisar los artículos 54 y 56 de la LFCE.

[12] Revisar el "Segundo Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017" (COFECE, 2015, p.20).

[13] De acuerdo con el artículo 3, numeral XIII, de la LFCE, el Pleno "[e]s el órgano de gobierno de la Comisión integrado por siete Comisionados, incluyendo al Comisionado Presidente" (2017).

[14] Revisar el texto de la COFECE, "Segundo Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017" (2015, p.20).

[15] La LFCE, en su artículo 71, inciso segundo, indica que "Es causa objetiva cualquier indicio de la existencia de prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas" (2017).

[16] Revisar el artículo 70 de la LFCE.

[17] Según dispone el artículo 26 de la LFCE, "La Autoridad Investigadora es el órgano de la Comisión encargado de desahogar la etapa de investigación y es parte en el procedimiento seguido en forma de juicio. En el ejercicio de sus atribuciones, la Autoridad Investigadora estará dotada de autonomía técnica y de gestión para decidir sobre su funcionamiento y resoluciones" (2017).

> to Constitucional de perseguir eficazmente la existencia de prácticas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas (Cofece, 2015b, p. 20).

Una vez que las gestiones investigativas han concluido, la Autoridad Investigadora dicta un **acuerdo de conclusión de la investigación**, y en un plazo no mayor a 60 días luego de dicho acuerdo, debe presentar ante el Pleno de la Cofece un dictamen con las conclusiones de sus indagaciones (Moguel, 2015, p. 198). En este documento la Autoridad Investigadora debe proponer el inicio del Procedimiento en Forma de Juicio **por existir elementos objetivos que hagan probable la responsabilidad del o los agentes económicos investigados**, o sugerir el cierre del expediente, si es que no se constatan tales elementos (LFCE, 2007, artículo 78.1). En el primer caso, el Pleno de la Cofece ordena dar inicio al Procedimiento en Forma de Juicio. En el segundo caso, el Pleno de la Cofece puede ordenar el cierre del expediente, u ordenar el inicio del Procedimiento en Forma de Juicio, en caso de considerar que existen elementos suficientes para que tenga lugar dicho procedimiento, contrariando la opinión de la Autoridad Investigadora (Moguel, 2015, p. 199)[18].

La LFCE establece para los distintos tipos de infracciones, incluidos los casos de APD, beneficios de dispensa (exención) y de reducción de multas. Para tal efecto, los agentes económicos investigados pueden presentar una solicitud formal de compromisos, explicitando su intención de

> […] no cometer conductas que pudieran ser consideradas como prácticas monopólicas o concentraciones ilícitas, o bien, cesar de realizar actos que pudieran, bajo ciertas circunstancias, ser así calificadas, a fin de restaurar el proceso de libre competencia económica o libre concurrencia (Cofece, 2015b, p. 24).

Adicionalmente, es necesario que sujetos investigados "[…] demuestren que las medidas que proponen son jurídica y económicamente viables e idóneas para evitar llevar a cabo o dejar sin efectos la práctica monopólica o concentración ilícita, señalando los plazos y términos para su comprobación" (Cofece, 2015b, p. 24). El efecto de la presentación de esta solicitud es la suspensión de la investigación por parte de la Autoridad Investigadora, y que se someta la postulación a consideración del Pleno (2015b, p. 24). En caso de que el Pleno de la Comisión acepte los compromisos propuestos, "podrá decretar el cierre de la investigación y dispensar o reducir el importe de la multa que le correspondería por la realización de la práctica monopólica relativa o la concentración ilícita" (2015b, p. 24). En caso de que no se acepte, se reanuda la investigación.

Los potenciales infractores solo pueden optar por estos beneficios durante la etapa de investigación (Moguel, 2015, p. 200), antes de que la Autoridad Investigadora emita su informe de probable responsabilidad[19]. De este modo, la única instancia para arribar a soluciones (2015, p.200). Por otro lado, debe tenerse presente que, de acuerdo con la legislación mexicana, cada empresa solo puede alcanzar este tipo de soluciones –vía acuerdo con el Cofece– una vez cada cinco años[20].

La segunda etapa del procedimiento de *enforcement* en el caso mexicano –el Procedimiento con Forma de Juicio–, comienza con la notificación al supuesto infractor de la declaración de probable responsabilidad (LFCE, 2017, artículo 80). Durante esta etapa, el supuesto infractor puede presentar sus descargos ante la Cofece y ofrecer pruebas para sustentar sus defensas. Por otro lado, tanto los denunciantes, de existir, como el supuesto infractor pueden solicitar una audiencia oral ante el Pleno de la Cofece (LFCE, artículo 83). Después de ello, se establece un periodo de 40 días dentro del cual el Pleno de la Comisión debe dictar su decisión.

No obstante, la autonomía e independencia con que ha sido dotada la Cofece a nivel legal, en la práctica, la Autoridad Investigadora se encuentra altamente limitada en cuanto a su discrecionalidad para poner término a las investigaciones. En este contexto debe observarse que, el espacio para evitar dar inicio a una investigación formal, desechando una denuncia, es bastante acotado, atendida la estricta calificación del concepto de **notoria improcedencia** que comprende la LFCE (LFCE, 2017, artículo 70). Por otro lado, la discrecionalidad de la Autoridad Investigadora también se encuentra limitada a la hora de adoptar la decisión de poner término a una investigación, toda vez que esta decisión es facultativa del Pleno de la Cofece (2017, artículo 80.3). De igual modo, el espacio de discrecionalidad de la Autoridad Investigadora está limitado en el ámbito de las de las solicitudes de com-

[18] Moguel señala que en este caso "[…] la Autoridad Investigadora, en un plazo de 60 días contados a parid del día siguiente de la sesión del Pleno, presentará un nuevo dictamen que proponga el inicio del procedimiento seguido en forma de juicio" (2015, p. 199).

[19] Ver el artículo 100 de la LFCE.

[20] Ver el artículo 102 de la LFCE.

promisos, las que también deben ser sometidas a consideración del Pleno de la Cofece.

En relación a los espacios para soluciones colaborativas, debe observarse que estas solo serían posibles a través de las propuestas de compromisos de los agentes económicos investigados, lo que solo puede tener lugar antes de que finalice la primera etapa de *enforcement*. Ello implica limitaciones relevantes a la posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, ya que solo existe una única instancia efectiva de negociación. Tales limitaciones son acrecentadas por el hecho de que el informe de probable responsabilidad, que es la primera comunicación oficial a través de la cual el supuesto infractor puede entender adecuadamente la conducta investigada, es emitido luego de que ha comenzado la segunda etapa de *enforcement*. Por lo tanto, en el periodo en el cual es posible desarrollar soluciones cooperativas el supuesto infractor carece de un entendimiento completo y detallado respecto de la conducta potencialmente reprochada.

Adicionalmente, la restricción temporal para llegar a acuerdos –solo una vez cada cinco años por agente económico– implica que la única opción para este régimen de *enforcement* es no hacer nada o escalar inmediatamente a la cúspide de la pirámide, cuando existe un hallazgo de comportamiento anticompetitivo en un agente económico con el cual se ha celebrado un acuerdo durante los cinco años previos[21]. Esta limitación es particularmente peligrosa para el *enforcement* de las prohibiciones de APD, teniendo en consdieración que como se indica *supra,* en la sección II.B., es esperable que, al menos en el corto plazo, otras prácticas del potencial infractor pueden potencialmente involucrar infracciones a las prohibiciones de ADP, en la medida de que dicho agente económico mantenga su posición dominante en el mercado.

2. Nueva Zelanda – Modelo Bifurcado Judicial

La *Commerce Act* 1986 –cuerpo normativo fundante del derecho de la competencia en Nueva Zelanda– prohíbe que cualquier persona que tenga un grado significativo de poder de mercado tome ventaja de tal poder, restringiendo la entrada al mercado, previniendo y disuadiendo el comportamiento competitivo, o eliminando la competencia del mercado[22]. A fin de efectuar el *enforcement* de esta prohibición, la institucionalidad neozolandesa ha adoptado el modelo bifurcado judicial, en el cual las funciones de investigación y persecucón son estructuralmente independientes de la función de adjudicación (Fox & Trebilcock 2013, p. 13). La primera etapa del *enforcement* es desarrollada por la New Zealand Commerce Commission (en adelante, NZCC), mientras que la función de adjudación es ejecutada por la High Court, un tribunal de jurisdicción general (Peart, 2013, p. 76).

Respecto a la primera etapa de *enforcement*, las investigaciones pueden iniciarse de oficio o también a partir de denuncias (Peart, 2013, p. 61). En este caso, de acuerdo con las "Enforcement Response Guidelines" de la NZCC, luego de algunas indagaciones preliminares, referidas a aspectos formales y sustantivos de la denuncia (NZCC, 2013, p. 3), la NZCC decide si resulta necesario abrir una investigación. Esta desición es adoptada discrecionalmente por la NZCC, en consideración de la extensión del daño implicado en la conducta, la gravedad de ésta y el interés público relacionado con dicha conducta (NZCC, 2013, pp. 4-5). Adicionalmente, en el marco de este análisis preliminar, la NZCC evalúa de forma discrecional un serie de factores, incluyendo las fortalezas de cada caso (desde la perspectiva de la propia agencia), la disponibilidad de recursos para destinar al caso de que se trate, la existencia de otros casos que podrían requerir aplicar los mismos recursos, y la importancia relativa de los distintos casos en que la NZCC se encuentre trabajando (Peart, 2013, p. 77). De este modo, esta instancia de análisis preliminar comprende una evaluación de la eficiencia y eficacia potencial de llevar adelante la investigación.

Por regla general, la NZCC comunica acerca de la apertura de cada investigación a los potenciales infractores inmediatamente ello ocurre. A través de esa comunicación, los agentes económicos investigados son informados sobre el contenido general de la investigación y los plazos involucrados en dicho procedimiento (NZCC, 2015, p. 13). Adicionalmente, la NZCC provee constantemente de información actualizada sobre el desarrollo de la investigación a los agentes económicos afectados por la misma (NZCC, 2015, p. 13). La NZCC ha sido dotada de importantes atribuciones para recopilar la información necesaria para desarrollar



[21] Sobre el origen de esta limitación, la historia de la LFCE no aporta mayores antecedentes. Solo es posible observar que en este ámbito la redacción del artículo 102 no sufrió modificación en relación con la propuesta original del ejecutivo mexicano, y solo se constata una iniciativa de modificación que planteaba una oportunidad única por sujeto investigado para arribar a acuerdo, la que a la postre fue desestimada.

[22] Ver la sección 36 del *Commerce Act* (1986).

sus investigaciones, a las que puede echar mano con amplia discrecionalidad (Peart, 2013, p. 61)[23]. La amplitud de la discrecionalidad de la NZCC se mantiene en la etapa de conclusión de sus indagaciones, momento en el que, junto con analizar los hechos y evidencia respecto de la conducta objeto de escrutinio, evalúa las distintas opciones de *enforcement* para responder a cada caso, de acuerdo a sus particularidades (NZCC, 2015, p. 12). Así, por ejemplo, el envío de órdenes de cesar y desistir en el desarrollo de determinadas prácticas, la negociación de acuerdos, o la persecución del potencial infractor ante la *High Court* (NZC, 2013, pp. 8-10). Se ha indicado que el paso a la segunda etapa de *enforcement* tendría lugar solo cuando las alternativas menos lesivas no pueden ser implementadas y la conducta implica, efectivamente, menoscabo a la competencia (Sumpter *et al.*, 2010, p. 508).

En la segunda etapa del régimen de *enforcement* de Nueva Zelanda, la *High Court* puede implementar una amplia gama de soluciones, las que van desde la imposición de multas hasta la orden de la adopción de ciertas medidas, así como la indemnización de perjuicios (Peart, 2013, p. 62). En lo que respecta al procedimiento, éste comprende los elementos típicos de todo proceso adversarial, incluyendo discusión, periodo de prueba y decisión[24]. Con relación a los espacios para soluciones colaborativas, debe observarse que, de acuerdo con su política de litigación, la NZCC debe considerar los medios alternativos para evitar la litigación o resolverla anticipadamente, e implementar tales medios cuando sea apropiado, a través de soluciones cooperativas y otras formas de acuerdo (NZCC, 2009, p. 3). En este sentido, en las "Enforcement Response Guidelines" se enfatiza en que NZCC es receptiva para resolver situaciones de infracción a través de acuerdos, en la medida en que existan alternativas de remedio y que esas alternativas puedan ser negociadas de forma expedita, que los remedios puedan ser fácilmente implementados y satisfagan el interés público (NZCC, 2013, p. 13). La NZCC puede negociar acuerdos extrajudiciales durante la investigación y frente a la High Court, durante la segunda etapa de *enforcement* (NZCC, 2013, p. 13). En este último caso, los acuerdos deben ser aprobados por la *High Court*. Los acuerdos extrajudiciales también deben ser aprobados por la *High Court* en caso de que comprendan la imposición de sanciones pecuniarias (Keene & Pilkington, 2019, p. 11).

En suma, durante todo el *iter* de cada caso, desde la evaluación de la pertinencia de iniciar una investigación, frente a la presentación de una denuncia, durante el desarrollo de la investigación y hasta en la etapa de adjudicación, la NZCC cuenta con amplios espacios de discrecionalidad para responder de manera consistente con la forma de proceder del sujeto investigado. Por otro lado, la institucionalidad neozelandesa no solo contempla múltiples oportunidades para el desarrollo de soluciones colaborativas, sino que insta –de forma expresa– a la materialización de este tipo de arreglos.

### 3. Chile – Modelo Bifurcado Agencia/Tribunal

El Decreto Ley 211 (en adelante, DL 211) –norma matriz del derecho de la competencia en Chile– prohíbe "cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos" (DL 211, 2016, artículo 3), incluyendo el abuso de posición dominante, indicado someramente dentro de los ejemplos de conductas anticompetitivas en las letras b) y c) del artículo 3 de dicho cuerpo normativo. El *enforcement* bajo el régimen chileno comprende dos etapas: la investigación desarrollada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) y el proceso contencioso que tiene lugar ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en delante, TDLC)[25].

Al respecto, la FNE es un "servicio público descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, independiente de todo organismo o servicio" (DL 211, 2016, artículo 33) a cargo de desarrollar las investigaciones que estime procedentes para comprobar infracciones al DL 211[26] en la primera etapa del régimen de *enforcement* en Chile. Con relación a la independencia de la FNE, la ley ha reconocido expresamente su discrecionalidad en el ejercicio de sus atribuciones, las que puede ejercer **según sus propias apreciaciones**[27].

Las investigaciones pueden comenzar de oficio o motivadas por denuncias. En el segundo caso, la FNE evalúa la admisibilidad de las denuncia, an-

[23] Al respecto, revisar la sección 98 del *Commerce Act* (1986).

[24] Al respecto, revisar la sección 79.A del *Commerce Act* (1986).

[25] El DL 211 establece que corresponde al TDLC y la FNE "en la esfera de sus respectivas atribuciones" efectuar el enforcement de la libre competencia en Chile (2016, artículo 2).

[26] Revisar el artículo 39 inciso a de la DL 211.

[27] En efecto, en el artículo 39 del DL 211, se señala que el Fiscal Nacional Económica "Podrá […] defender los intereses que les están encomendados en la forma que estime arreglada a derecho, según sus propias apreciaciones" (2016).

tes del comienzo de la investigación (FNE, 2013, p. 5), teniendo en consideración su mérito legal general. Este análisis de admisibilidad no puede exceder de cuatro meses (2013, p. 6), y para efectos de adoptar su decisión, la FNE está facultada para requerir información a los particulares, los que, con todo, no están obligados a proveerla. Se ha sostenido que, durante esta etapa, la FNE tiene una discrecionalidad limitada, por lo que, de acuerdo con Arancibia, "debe abstenerse de abrir una investigación o desestimar una denuncia sobre infracciones a la libre competencia que no afecten el interés general de la colectividad en el orden económico" (2018, p. 169).

Por regla general, cuando la FNE inicia una investigación debe comunicar inmediatamente acerca de este hito a todas las partes afectadas. En esta comunicación se incluyen los principales aspectos de la conducta investigada (DL 211, artículo 39, letra a). En la práctica, la notificación al inicio de cada investigación opera de forma equivalente a un *warning letter* o carta de advertencia, que tiene el potencial de incentivar a los sujetos investigados a tomar acciones concretas frente al procedimiento investigativo. La FNE cuenta con una amplia variedad de herramientas y discrecionalidad para llevar adelante sus investigaciones sobre APD (Agüero & Montt, 2013, p. 154). Adicionalmente, cuenta con amplios márgenes de discrecionalidad para poner término a una investigación, pudiendo archivar investigaciones referidas a infracciones "consumadas, finalizadas o evitadas durante la investigación en que, a juicio del Fiscal, no concurren las condiciones para aplicar multa" (Arancibia, 2018, p. 172). Se ha sostenido que "el cierre investigación es una facultad discrecional de la FNE, la cual puede adoptar en el marco de una estrategia que tenga por finalidad promover, resguardad y defender la libre competencia, dentro del marco previsto por la ley" Cordero (2018, p. 203).

En este contexto, la FNE habitualmente archiva investigaciones cuando constata cambios en la forma de proceder de los supuestos infractores (conocidos como **archivo por cambio de conducta**), y los potenciales efectos contrarios a la competencia no se observan en el mercado (OECD, 2016, p. 6). Sin perjuicio de que esta última facultad no está expresamente reconocida por el DL 211, la FNE ha expresado que ésta se encuentra comprendida en sus atribuciones de *enforcement* y su deber de utilizar los recursos públicos de forma eficiente (OECD, 2016, p. 6). En el marco de esa misma discrecionalidad, la FNE se encuentra facultada para arribar a acuerdos extrajudiciales con las partes investigadas, los que requieren aprobación del TDLC (DL 211, artículo 39, letra ñ). En el contexto del procedimiento de aprobación el TDLC "ejerce una mera función de control, cuyo objeto es verificar que efectivamente el acuerdo cautele la libre competencia"[28]. En este sentido, en dicha instancia de control se evalúa si "[…] las medidas acordadas entre la FNE y los investigados, son suficientes para cautelar la libre competencia en el mercado respectivo"[29].

Finalmente, cuando la FNE concluye sus investigaciones constatando que se ha incurrido en violaciones al derecho de la competencia, los cuales no han sido resueltos a través de acuerdos extrajudiciales, o la figura del **archivo por cambio de conducta**, la autoridad debe gatillar la segunda etapa del régimen de *enforcement*, interponiendo requerimientos –querellas infraccionales– en contra de los pretendidos infractores.

La segunda etapa del régimen en *enforcement* en Chile tiene lugar frente al TDLC. Se trata de una entidad jurisdiccional especializada e independiente, un tribunal colegiado que no pertenece estrictamente al Poder Judicial (Agüero & Montt, 2013, p. 156). El TDLC está integrado por dos economistas y tres abogados, uno de los cuales lo preside, quienes son expertos en organización industrial y derecho de la competencia. Esta etapa se desarrolla a través del procedimiento contencioso, el que adquiere la forma de un juicio adversarial, con etapa de discusión, término probatorio y sentencia (OECD, 2016, p. 3). Con relación a la sentencia, además de imponer multas, frente a casos de APD, el TDLC puede ordenar la adopción de distintos remedios, por ejemplo, "[m]odificar o poner término a los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos que sean contrarios a las disposiciones de la presente ley" (DL 211, 2016, artículo 26, letra a), así como

> [o]rdenar la modificación o disolución de las sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas de derecho privado que hubieren intervenido en los actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos a que se refiere la letra anterior (DL 211, 2016, artículo 26, letra b).
>
> (…)
>
> Sin perjuicio de las [otras] medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de di-



[28] Para mayor información, véase: Resolución intermedia del TDLC, de 30 de octubre de 2018, en "Acuerdo Extrajudicial entre FNE y Tianqi Lithium Corporation", Rol AE-16-2018, considerando 2.

[29] Para mayor información, véase: "Acuerdo extrajudicial entre la FNE y Soprole S.A. y otra", Rol AE-18-2020, considerando 9.

chos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso (DL 211, 2016, artículo 3).

En la segunda etapa del régimen de *enforcement* chileno, la FNE y los potenciales infractores (además de otras partes del caso) pueden arribar a acuerdos, vía conciliación, para efectos de poner término al procedimiento (sin perjuicio de que también es posible, y es habitual que ocurra, que la conciliación solo verse sobre el reconocimiento de los hechos en disputa, debiendo –de todos modos– el TDLC efectuar la calificación jurídica de los mismos). A fin de facilitar esta alternativa, el DL 211 contempla la posibilidad de que el TDLC llame a las partes a una conciliación, una vez concluida la etapa de discusión (DL 211, 2016, artículo 22), sin perjuicio de que es posible celebrar acuerdos conciliatorios durante todo el proceso. Cualquiera sea el caso, el acuerdo celebrado por las partes debe ser aprobado por el TDLC, "siempre que no atente contra la libre competencia" (DL 211, 2016, artículo 22). La configuración de este estándar de control para las conciliaciones también da cuenta de la amplitud de discrecionalidad de la FNE para negociar dichos acuerdos.

En definitiva, es posible observar que la FNE cuenta con significativos márgenes de discrecionalidad para dar respuesta a los distintos cursos de acción de los agentes económicos investigados, tanto durante el curso de la investigación, como en el marco de los procedimientos contenciosos seguidos ante el TDLC. Por otro lado, según se ha expuesto, dicho órgano cuenta con múltiples instancias apropiadas para la implementación de soluciones colaborativas, las que están presentes a lo largo de todo el procedimiento de *enforcement* de las prohibiciones de APD.

C. Dimensión de Desempeño: Cómo se ha desarrollado el ***enforcement*** de las prohibiciones de APD

Como se ha indicado, en la presente sección se evalúa la forma en la que se han utilizado los espacios de discrecionalidad con que cuentan las autoridades de cada uno de los regímenes de *enforcement* objeto de estudio, y sus respectivas instancias de colaboración, a efectos de implementar planes de **represalia equivalente**. Para tal efecto, en la tabla siguiente se detallan las acciones de e*nforcement* desarrolladas por la NZCC, la FNE y la Cofece frente a casos de potencial infracción de las prohibiciones de APD el periodo 2013-2017.

**Tabla 1: Acciones de *enforcement* sobre ADP en el período 2013-2017**

| | Nuevas investigaciones | Investigaciones terminadas sin hallazgo | Soluciones colaborativas en Primera Etapa | Casos que pasaron a la Segunda Etapa | Soluciones colaborativas en Segunda Etapa | Casos concluidos con la imposición de sanciones |
|---|---|---|---|---|---|---|
| **Nueva Zelanda**[30] | 10 | 7 (70%) | 2 (20%) | 1 (10%) | 0 | 1* |
| **Chile**[31] | 42 | 17 (40,4%) | 19** (45,3%) | 2*** (4,7%) | 1 | 1 (50%) |
| **México**[32] | 22 | 18 (81,8%) | 1 (4,5%) | 3 (13,6%) | 0 | 3 (100%) |

* Si bien este caso comenzó como una investigación de ADP, la sanción que se impuso finalmente fue motivada por otro tipo de práctica anticompetitiva.
** Cierre con cambio de conducta, cierre con recomendación.
*** 4 Informes + 2 requerimientos (4,7%).

En la primera columna se indica el total de investigaciones que se iniciaron durante el periodo 2013-2017. Por su parte, en la segunda columna se indica el total de esas investigaciones que fueron concluidas sin hallazgos, además del porcentaje al que corresponden tales investigaciones, frente al total de investigaciones iniciadas. En la tercera columna se indica el número de investigaciones que concluyeron con soluciones colaborativas, así como el porcentaje al que corresponderían tales soluciones, frente al total de investigaciones iniciadas durante el periodo estudiado sobre potencial infracción a la prohibición de APD. En la cuarta columna se indican los casos que pasaron a la segunda etapa del sistema de *enforcement* respectivo, y el porcentaje que representan frente al total de investigaciones abiertas en el periodo antedicho. Por último, se indica el número de casos concluidos con soluciones colaborativas durante la segunda etapa de cada sistema de enfrocement y los casos

[30] Información proporcionada por la NZCC con fecha 26 de julio de 2019, a partir de solicitud planteada en virtud de la *Official Information Act* de Nueva Zelanda.

[31] Información proporcionada por la FNE a través de Ord. 1843 de fecha 22 de agosto de 2018, en respuesta a solicitud de información planteada por Benjamín Torres Rojo, en el marco de la Ley 20.285, sobre Acceso a Información Pública.

[32] Información extraída de la base de datos official de resoluciones y opiniones de Cofece (https://www.cofece.mx/conocenos/pleno/resoluciones-y-opiniones/).

que finalizaron con la imposición de sanciones y su porcentaje respecto del total de casos que pasaron a la segunda etapa de *enforcement*.

En primer lugar, debe observarse que las tres jurisdicciones objeto de estudio presentan cantidades considerablemente disímiles de investigaciones con motivo de APD durante el periodo 2013-2017. La cantidad de investigaciones abiertas en Chile casi duplica el número de investigaciones abiertas en México, y ésta, a su vez, duplica el número de investigaciones desarrolladas por la NZCC. Este fenómeno se podría deber tanto al volumen de denuncias[33], como a los criterios considerados por la Cofece, FNE y NZCC para evaluar su admisibilidad, y el inicio de investigaciones de oficio. En segundo lugar, es interesante observar que la gran mayoría de las investigaciones abiertas en Nueva Zelanda y México terminaron sin hallazgos, 70% y 81,8% del total de las investigaciones, respectivamente. La autoridad chilena decidió archivar por falta de mérito solo el 40,4% de sus investigaciones sobre APD. En relación con la implementación de soluciones colaborativas durante la primera fase de *enforcement*, la FNE concluyó investigaciones a través de acuerdos extrajudiciales, archivos con cambio de conducta y/o recomendaciones en el 45,3% de los casos. La NZCC alcanzó soluciones colaborativas en dos casos, en tanto que la Cofece solo llegó a un acuerdo con el agente económico investigado en un caso. En este sentido, es posible observar que, proporcionalmente, la cantidad de casos resueltos en la base de la pirámide de *enforcement* es considerablemente mayor para el caso chileno.

En el caso mexicano, el 13,3% de las investigaciones pasaron a la etapa de Procedimiento con Forma de Juicio, la segunda etapa del sistema de *enforcement* en dicha jurisdicción. En todos esos casos la decisión implicó sanciones, no registrándose soluciones colaborativas en ninguno de ellos. De igual modo, en Nueva Zelanda solo un caso pasó a la segunda etapa del sistema de *enforcement*, y este caso también concluyó con la imposición de sanciones. En el contexto chileno, si bien el 14,6% de las investigaciones concluyeron con presentaciones de la FNE ante el TDLC, solo en dos de los casos –equivalentes al 4,7% de las investigaciones abiertas durante el periodo 2013-2017– involucraron la presentación de requerimientos (o persecución propiamente tal del ilícito), mientras que en el resto de los casos la FNE se limitó a presentar informes en procedimientos iniciados por terceras partes ante el TDLC, por lo que no correspondería identificarlos como constataciones de infracciones a las prohibiciones de APD. De los dos casos en que la FNE presentó requerimiento, uno de ellos concluyó a través de conciliación[34] –es decir, solución colaborativa en la segunda etapa del sistema de *enforcement*– y otro con sentencia condenatoria[35].

En suma, los resultados en el desempeño del *enforcement* de prohibiciones de APD en los regímenes objeto de estudio, son bastante disímiles. En este sentido, es posible observar que la base de la pirámide en Chile fue significativamente más amplia que en las otras dos jurisdicciones, teniendo en consideración no solo el número de investigaciones abiertas, sino también el hecho de que la notificación de la apertura de la investigación opera en la práctica como un *warning letter* para los sujetos investigados. Del mismo modo, en esta jurisdicción se observa una mayor proporción de casos concluidos a través de soluciones colaborativas durante la primera fase del sistema de *enforcement*. Por otro lado, en la mitad de los casos que pasaron a la segunda etapa del sistema de *enforcement* se adoptaron soluciones colaborativas. En México prácticamente no existió espacio para soluciones colaborativas. En efecto, se constata solo un caso durante la primera fase del sistema de *enforcement*. En tanto que en Nueva Zelanda si bien el número de soluciones colaborativas también es escaso –solo son dos, y únicamente en la primera etapa del sistema de *enforcement*– es proporcionalmente mucho mayor que el caso mexicano. Sin embargo, el escaso número de investigaciones, y de sanciones, daría cuenta de que en Nueva Zelanda no existieron esfuerzos serios por efectuar el *enforcement* de las infracciones a las prohibiciones de APD durante el periodo 2013-2017[36], lo que se traduce en una baja probabilidad de detección y sanción. Esta configuración haría extremadamente difícil la implementación efectiva de estrategias de Regulación Responsiva en este campo.

[33] Solo se cuenta con esa información para el caso de Chile en el que se constatan 92 denuncias, de las cuales 61 fueron declaradas inadmisibles.

[34] "Requerimiento de la FNE en contra de G.D Searle LLC", Rol C-310-2016.

[35] "Requerimiento de la FNE en contra de la Asociación Nacional de Fútbol Profesional ANFP", Rol C-343-2018.

[36] El contrafactual es que, por algún motivo que desconocemos, los agentes económicos en Nueva Zelanda no incurren en prácticas de ADP, o lo hacen en proporciones mucho menores que sus pares mexicanos y chilenos. Con todo, como se verá en la sección siguiente, la preocupación expresada en 2019 por el gobierno neozolandés en el informe "*Review of Section 36 of the Commerce Act and other matters"*, niega esta alternativa.

D. Explorando explicaciones respecto de los diferentes desempeños de los regímenes de ***enforcement*** objeto de análisis

Según se ha observado en las secciones precedentes, los distintos regímenes estudiados comprenden disímiles instancias de soluciones colaborativas y espacios de discrecionalidad para las autoridades a cargo de gestionar el *enforcement*, así como dispares niveles de desempeño en el cumplimiento de tales labores. Corresponde ahora explorar potenciales explicaciones para tales resultados y su relación con la configuración institucional de cada uno de los regímenes analizados, es decir, los tres modelos de *enforcement* de los que estos son ejemplo[37].

Para tal efecto, resulta necesario recordar que el quid de la distinción entre los distintos modelos de *enforcement*, según se indica *supra,* en la sección III*,* se refiere a la relación entre las autoridades a cargo de llevar adelante las actividades comprendidas en la primera fase del *enforcement* y las autoridades a cargo de la función de adjudicación, en la segunda etapa del *enforcement*. A partir de estas configuraciones, según se indicó, surgen distintos niveles de deferencia de parte de las autoridades que adjudican respecto de las autoridades encargadas de la investigación y persecución, los que suelen tener relación con el nivel de independencia y experticia del órgano a cargo de la adjudicación. Así, en el modelo integrado, en el que no existe independencia institucional –los agentes responsables de todas las actividades forman parte de la misma institución– y existe alto nivel de experticia, la deferencia de parte del adjudicador al investigador debería ser máxima. Por su parte, en el modelo bifurcado tribunal especial, en el que, si bien existe independencia, los órganos a cargo de ambas etapas de *enforcement* forman parte de un mismo sistema institucional, y existe un alto nivel de experticia de parte del adjudicador, la deferencia debería ser relativamente alta, aunque menor que en el modelo integrado. En tanto que, en el modelo bifurcado judicial, en el que existe absoluta independencia institucional, el adjudicador, además de ser inexperto en materias de libre competencia, no forma parte del mismo sistema institucional que la autoridad a cargo de la investigación y acusación, por lo que es esperable que existan menores niveles de deferencia[38].

Desde mi perspectiva, para entender las diferencias en los resultados a nivel de desempeño, es necesario tener en consideración no solo las diferencias en los espacios para la discrecionalidad de las autoridades a cargo de la primera etapa del *enforcement* y en las instancias para la implementación de soluciones colaborativas; sino que, además, es relevante considerar los distintos niveles de deferencia entre las autoridades que forman parte del sistema de *enforcement*. Al final del día, el ejercicio de la discrecionalidad y la implementación de soluciones colaborativas, deberían estar influidos por el nivel de deferencia que tenga la autoridad a cargo de la adjudicación respecto de las decisiones de la autoridad a cargo de la investigación y persecución. En principio, la autoridad a cargo de la primera etapa de *enforcement* puede prever cuáles serán los resultados de la etapa de adjudicación y actuar racionalmente en base a esta información, a fin de evitar –en la medida de los posible– resoluciones que le sean adversas[39]. De este modo, la posibilidad de implementar satisfactoriamente

[37] Cabe observar que, si bien no sería correcto construir una relación de causalidad necesaria entre el modelo de *enforcement* implementado en cada régimen y el respectivo desempeño que estos han tenido en el periodo 2013-2017, los que podrían deberse a múltiples factores, resulta posible –al menos– constatar la existencia de cierto nivel de correlación. En este sentido, como se ha observado, los distintos regímenes estudiados comprenden disímiles instancias de soluciones colaborativas y espacios de discrecionalidad para las autoridades a cargo de gestionar el *enforcement*, así como dispares niveles de desempeño en el cumplimiento de tales labores.

[38] En cuanto a la relación entre experticia y deferencia, debe hacerse presente que lo sostenido en este trabajo podría parecer contradictorio con quienes han que planteado que "[…] si un tribunal es técnicamente especializado, probablemente se sentirá menos inclinado a ser deferente con el decisor previo, sin considerar cuán experto este último es" (Cordero & Tapia, 2015, p. 33). Sin embargo, la contradicción es solo aparente, ya que dicha posición se refiere a la relación de deferencia de parte del tribunal revisor frente a la decisión de adjudicación adoptada en primera instancia, y no a la deferencia de dicho adjudicador frente a al proceder de las autoridades a cargo de la investigación y acusación, como se explora en el presente trabajo.

[39] En este sentido, se ha sostenido que

> La revisión ex post que realiza otro organismo ejerce una poderosa influencia en las decisiones ex ante adoptadas por el decisor primario. Para que esto ocurra, no es ni siquiera necesario que el revisor falle en contra del decisor primario de manera muy frecuente. La razón es sencilla. Es posible presumir que, dependiendo de las específicas características institucionales del revisor, el decisor primario en ciertos casos puede anticipar –en buena medida– los posibles resultados de la revisión. Si es racional, el resultado que produzca estará motivado por el deseo de evitar reveses, con el doble objetivo último de, primero, evitar que el organismo revisor dicte una regla que pueda implicarle un ámbito más restrictivo de actuación y, segundo, evitar incurrir en los costos de arribar a una nueva interpretación aceptable para el revisor. Asimismo, asociado a un revés, existe un componente de **vergüenza** institucional y de señalización de que un mayor grado de monitoreo de las actividades del decisor es necesario, cuestiones que éste deseará por cierto evitar (Cordero & Tapia, 2015, p. 39).

planes de **represalia equivalente** también está sujeto a los niveles de deferencia entre uno y otro tipo de autoridad.

En relación con el régimen de *enforcement* mexicano, la Autoridad Investigadora de la Cofece exhibe bajos niveles de discrecionalidad y en su procedimiento se constatan escasas instancias propicias para soluciones colaborativas, las que, por cierto, están sujetas al control del Pleno de la Cofece, órgano a cargo de la función de adjudicación en México. Por otro lado, podría sostenerse que la deferencia entre el órgano que ejerce jurisdicción y el órgano a cargo de la persecución, propia del modelo integrado, debería generar desincentivos para que este último intente alcanzar acuerdos con los sujetos investigados. En efecto, en principio la deferencia del Pleno de la Cofece, de la que disfrutaría la Autoridad Investigadora, implicaría, en principio, un menor riesgo para que ésta alcance sentencias condenatorias en la etapa de adjudicación.

En este sentido, podría sostenerse que –más allá de las peculiaridades del régimen mexicano, que dificultan el desarrollo de soluciones colaborativas, resaltadas *supra*, en la sección IV.B.1.– la deferencia del modelo integrado incentivaría un mayor nivel de sanción en los casos que han pasado a la segunda etapa del *enforcement*. Cuando la autoridad a cargo de la persecución lleva un caso a la segunda etapa, lo hace a sabiendas de que es altamente probable que se alcance una sanción. Por otro lado, las ganancias de prestigio y la legitimidad de cara a la ciudadanía, como consecuencia de la imposición de sanciones frente a casos de APD, son disfrutadas no solo por la Autoridad Investigadora, sino por la Cofece como un todo. En otras palabras, en el modelo integrado, la respuesta dada por la institucionalidad toda es la reacción de una única institución, la que tiene incentivos para actuar punitivamente de forma más directa y ágil. En este sentido, el que la totalidad de los casos entre 2013 y 2017, que pasaron a la segunda etapa de *enforcement*, hayan concluido con sentencias condenatorias, es indicio de la falta de tensión entre las etapas de investigación y adjudicación, lo que impide el adecuado desarrollo de los elementos básicos de Regulación Responsiva.

Con todo, la deferencia en este modelo no es ilimitada, y si a eso se suma que la discrecionalidad de la Autoridad Investigadora es acotada para cerrar una investigación –decisión que, como se ha indicado, está sometida al control de Pleno de la Cofece–, la autoridad a cargo de la primera etapa de *enforcement* enfrenta desincentivos significativos para la apertura de nuevas investigaciones. De fondo, hay un límite de recursos del Pleno de la Cofece, de la que la Autoridad Investigadora es consciente, y el abrir más investigaciones (que potencialmente pudieran dar lugar a falsos positivos), podría erosionar el equilibrio de deferencia. Si bien esta es una mera especulación, resulta consistente con el hecho de que México haya abierto solamente la mitad de las investigaciones por potencial APD que Chile –cuya economía representa menos de un quinto del tamaño de la primera[40]– durante el periodo estudiado. Por cierto, los escasos márgenes de discrecionalidad podrían explicarse por el hecho de que, más allá de la distribución interna de facultades, la Cofece es una única institución, dirigida por su Pleno.

Asimismo, el alto porcentaje de investigaciones que concluyeron archivadas sin hallazgos en México, también podrían explicarse por la ausencia de condiciones necesarias para aplicar planes de **represalia equivalente**. Atendidas las particularidades del APD como conducta prohibida, resaltados *supra*, en la sección II. B., las autoridades a cargo de la persecución requieren alcanzar niveles altos de certeza para tomar la decisión de que un caso pase a la segunda etapa de *enforcement.* En regímenes en los que existen las condiciones de discrecionalidad y colaboración adecuadas, es esperable que las autoridades puedan reaccionar colaborativamente frente a la disposición de los investigados a resolver los cuestionamientos a algún aspecto de sus prácticas comerciales. En regímenes en los que no se constatan estas características, como serían los que adoptan el modelo integrado –como el régimen mexicano–, es más probable que esos casos terminen siendo archivados. Podría aquí también especularse que, en tales condiciones, se abre un espacio indeseable para falsos negativos.

De otro lado, para el caso del sistema bifurcado general, es posible constatar que existen altos niveles de discrecionalidad para que la autoridad a cargo de la persecución reaccione frente al curso de acción adoptado por los investigados, así como múltiples instancias para soluciones colaborativas en los casos de APD. Sin embargo, atendidas las limitaciones de experticia de las autoridades a cargo de la adjudicación, estas tienden a ser poco deferentes con las autoridades a cargo de la primera etapa de *enforcement*. Esta configuración, implica que las autoridades a cargo de la investigación y persecución tengan que enfrentar altos riesgos de obtener sentencias absolutorias en los casos que deciden llevar a la segunda etapa de *enforcement.* El régi-



[40] Considerando cifras producto interno bruto (PIB) para 2019.

men neozelandés ilustra con precisión este punto. La literatura indica que la *High Court* ha definido un estándar extremadamente exigente para la configuración de casos de APD[41], por lo que la NZCC tiene pocos incentivos no solo para llevar casos a la segunda etapa de *enforcement*, sino también para abrir nuevas investigaciones. De momento en que la probabilidad de no conseguir sentencia condenatoria es alta, el llevar adelante investigaciones que puedan afrontar ese escenario también podría resultar problemático, por lo que –desde la perspectiva del persecutor– sería más razonable destinar sus esfuerzos y recursos a otro tipo de prácticas anticompetitivas, y poner menos empeño en el *enforcement* de las prohibiciones de APD.

Cuando esta situación es conocida por los agentes económicos, la posibilidad de llegar a soluciones colaborativas también es escasa. El costo de llegar a un acuerdo supera el de aguardar por una sentencia que probablemente será absolutoria, lo que se suma a la alta probabilidad de que tribunales generalistas rechacen potenciales acuerdos celebrados ante ellos, que contemplen remedios de naturaleza más regulatoria, por comprender una configuración disruptiva para la cultura adversarial de las cortes generalistas. Por cierto, este tipo de remedios, según se ha indicado, es crucial para dar solución a los casos de APD. Malas noticias para la competencia y para los consumidores. Esto podría explicar que, más allá de los espacios de discrecionalidad y colaboración constatados a nivel formal en el régimen de Nueva Zelanda, y la adscripción explícita de la NZCC a las estrategias de Regulación Responsiva, durante el periodo 2013-2017 dicha entidad haya alcanzado magros resultados frente a casos de APD: baja apertura de investigaciones, ausencia de acuerdos y de sentencias.

Por último, el régimen bifurcado tribunal especial contempla altos niveles de discrecionalidad de la autoridad a cargo de la primera fase de *enforcement* y múltiples espacios para la implementación de soluciones colaborativas. Adicionalmente, dada la experticia del adjudicador, se constatan altos niveles de deferencia respecto de las decisiones del ente persecutor, aunque menor que en el caso del modelo integrado. En el caso chileno, estas características coexisten con un número mayor de investigaciones abiertas frente a los otros casos de estudio, con el hecho de que casi la mitad de esos procedimientos haya concluido a través de soluciones colaborativas en la primera etapa de *enforcement*, y que también se observen soluciones colaborativas en los casos que pasaron a la segunda etapa de *enforcement*.

## V. CONCLUSIONES

Existen significativas diferencias entre los tres modelos institucionales tradicionales de *enforcement* del derecho de la competencia que afectarían la posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, elemento esencial para la aplicación de Regulación Responsiva. Estas diferencias ocurren tanto a nivel de los espacios para que las autoridades a cargo de la investigación y persecución actúen de forma discrecional, como respecto de la existencia de instancias adecuadas para la implementación de soluciones colaborativas con los potenciales infractores. Por otro lado, el efecto de esas diferencias se ve amplificado por los niveles de deferencia entre las autoridades de cada régimen de *enforcement*, las que también varían de modelo en modelo.

Más allá de las declaraciones de intenciones y las adscripciones a unas u otras formas de proceder, los elementos institucionales –aquellas formas en que se distribuye el poder público entre las distintas instituciones– juegan un rol esencial en la forma en que éstas se relacionan entre sí a la hora de ejercer sus atribuciones de *enforcement*. Esas formas configuran espacios para el ejercicio discrecional de las atribuciones de tales autoridades y para la implementación de soluciones colaborativas. Tales configuraciones establecen además la forma en que se han de relacionar esas autoridades, y los niveles de deferencia en que se desarrollarán dichas relaciones.

Para el del caso del derecho de la competencia en general, y del APD en específico, estos tres elementos resultan esenciales si se quiere optar por el camino de Regulación Responsiva como estrategia de *enforcement*. La posibilidad de implementar planes de **represalia equivalente**, descansa, en gran medida, en que las autoridades a cargo de la investigación y persecución gocen de amplios espacios de discrecionalidad para poder reaccionar satisfactoriamente a los cursos de acción de los potenciales infractores; en la existencia de instancias adecuadas para la implementación de soluciones colaborativas, a fin de encausar el proceder de los

[41] En efecto, la jurisprudencia neozelandesa ha establecido la necesidad de efectuar un *test* contrafactual a la hora de evaluar la efectividad de que un agente económico ha incurrido en APD. Mediante este *test* se analiza el hipotético caso de si un agente económico que no fuese dominante podría haber incurrido en el mismo tipo de prácticas en las que se funda la acusación de la NZCC. Dicho *test* no se desprende directamente de la *Section 36* de la *Commerce Act 1986*, por lo que ha sido criticado por la literatura (Gavil, 2015, p. 1047).

investigados en esa línea; y de deferencia de parte de las autoridades a cargo de la adjudicación, a efectos de poder ejercer la discrecionalidad antedicha hacia el establecimiento de tal tipo de soluciones. A partir de los análisis aquí expuestos, el modelo bifurcado especial pareciera satisfacer de mejor forma tales necesidades, aunque la evidencia es prematura para realizar generalizaciones en tal sentido. Por último, aún está pendiente dilucidar el rol que podría jugar en cada caso la etapa de revisión judicial de las decisiones adoptadas por los órganos a cargo de la función de adjudicación, instancia que ha sido deliberadamente dejada fuera del presente análisis. .

**REFERENCIAS**


Agüero, F., & Montt, S. (2013). Chile The Competition Law System and the Country's Norms 1. En Fox E.M. & Trebilcock M. J. (eds.), *The Design of Competition Law Institutions* (pp. 149-193). https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670048.003.0004

Akman, P. (2015). *The concept of abuse in EU competition law law and economic approaches*. Hart Publishing .

Arancibia, J. (2018). Potestad del Fiscal Nacional Económico para desestimar previamente o archivar una investigación respecto de posibles infracciones al D.L. 211 de 1973 y para celebrar acuerdos extrajudiciales en materia de fusiones y adquisiciones. En Ybar M. & Castro S. (coords.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 165-179). Fiscalía Nacional Económica.

Axelrod, R. (2006). *The evolution of cooperation*. Basic Books.

Ayres, I., & Braithwaite, J. (1992). *Regulación Responsiva: Transcending the Deregulation Debate*. Oxford University Press.

Baldwin, R., & Black, J. (2008). Really Regulación Responsiva. *The Modern Law Review, 71*(1), 59-94.

Baldwin, R., Cave, M., & Lodge, M. (2012). *Understanding regulation: Theory, strategy, and practice*. Oxford University Press.

Binmore, K. G. (1994). *Game theory and the social contract*. Massachusetts Institute of Technology.

Braithwaite, J. (1985). *To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety*. State University of New York Press.

Braithwaite, J. (1990). Convergence in Models of Regulatory Strategy. *Current Issues in Criminal Justice, 2*(1), 59-65.

Braithwaite, J. (2006). Regulación Responsiva and developing economies. *World Development, 34*(5), 884-898.

Cane, P. (2016). *Controlling administrative power an historical comparison*. Cambridge University Press.

Cordero, E. (2018). Sobre las facultades de la FNE para poner término a una investigación sobre la base de compromisos y/o cambios de conducta por parte de los sujetos investigados. En Ybar M. & Castro S. (coords.), *Reflexiones sobre el Derecho de la Libre Competencia* (pp. 181-204). Fiscalía Nacional Económica.

Cordero, L., & Tapia, J. (2015). La Revisión Judicial de las Decisiones Regulatorias: Una Mirada Institucional. *Estudios Públicos*, (139), 7-65.

Croley, S. P. (1998). Theories of Regulation: Incorporating the Administrative Process. *Columbia Law Review, 98*(1), 1-168. https://doi.org/10.2307/1123396

Dunne, N. (2017). Competition law and economic regulation: making and managing markets. Cambridge University Press. https://doi.org/10.1017/CBO9781107707481

Fox, E. M., & Trebilcock, M. J. (2013). *The design of competition law institutions global norms, local choices*. Oxford University Press.

Garoupa, N. (2014). Análisis económico del derecho de enforcement y regulación. *Ius Et Veritas, 24*(48), 142-150. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/11914

Gavil, A. (2015). Imagining a Counterfactual Section 36: Rebalancing New Zealand's Competition Law Framework. *Victoria University of Wellington Law Review,* (46), 1043-1080.

Gunningham, N., Grabosky, P. N., & Sinclair, D. (2004). *Smart regulation: Designing environmental policy*. Oxford University Press.

Hjelmeng, E. (2013). Competition law remedies: Striving for coherence or finding newways? *Common Market Law Review*, (50), 1007-1037.

Ibáñez, P. (2018). *The shaping of EU competition law*. Cambridge. Cambridge University Press.

Irarrázabal, F. (2019). Objetivos y Estrategias Utilizados para Consolidar a la Fiscalía Nacional Económica como un Servicio Público Confiable. *Centro de Estudios Públicos*, (154), 125-175.

Keene, S., & Pilkington, T. (2019). Restraints of trade and dominance in New Zealand. https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/w-023-1436?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1

Lianos, I. (2013). Competition Law Remedies in Europe: Which Limits for Remedial Discretion? *SSRN Electronic Journal*.

Moguel, M. (2015). Procedimiento de Investigación y Sanción en la Nueva Ley Federal de Competencia Economica. *Derecho de la Competencia en México* (pp. 179-212).

Mufdi, N. (2020). Regulación Responsiva como estrategia de enforcement de las prohibiciones de abuso de posición dominante. *Investigaciones CeCo*. http://www.centrocompetencia.com/investigaciones

Ogus, A. I. (1994). *Regulation: Legal form and economic theory*. Hart Publishing.

Osborne, M. J. (2017). *An introduction to game theory*. Oxford University Press.

Pagotto, L. (2006). Are the Brazilian Competition Authorities being Responsive? An Analysis based on the Benign Big Gun Model. *World Competition*, (29), 285-314.

Parker, C. (2006). The Compliance Trap: The Moral Message in Responsive Regulatory Enforcement. *SSRN Electronic Journal*.

Peart, S. (2013). Australia and New Zealand. En Fox E.M. & Trebilcock M. J. (eds.), *The Design of Competition Law Institutions* (pp. 49-108). https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780199670048.003.0002

Rosenbloom, D. H., Kravchuck, R., & Clerkin, R. M. (2015). *Public administration understanding management, politics, and law in the public sector*. McGraw-Hill.

Scholz, J. (1984a). Deterrence, cooperation and ecology of regulatory enforcement. *Law and Society Review,* (18), 179-224.

(1984b). Voluntary compliance and regulatory policy. *Law and Policy*, (6), pp. 385-404.

Sparrow, M. K. (2000). *The regulatory craft: Controlling risks, solving problems, and managing compliance*. Brookings Institution Press.

Stephan, A., & Nikpay, A. (2015). Leniency Decision-Making from a Corporate Perspective: Complex Realities. En Beaton-Wells, C & Tran, C (eds.). *Anti-Cartel Enforcement in a Contemporary Age* (p. 139). Hart Publishing.

Sumpter, M., Hamlin, B., & Mellsop, J. (2010). *New Zealand competition law and policy*. CCH New Zealand.

Tirole, J. (1988). *The theory of industrial organization*. MIT Press.

Trebilcock, M., & Iacobucci, E. (2002). Designing Competition Law Institutions. *World Competition, 25*(3), 361–394.

(2010). Designing Competition Law Institutions: Values, Structure, and Mandate. *Loyola University Chicago Law Journal*, (41), 455-471.

Tron, J., & Tron, D. (2015). Los Procedimientos Administrativos de Investigación y Sanción de la LFCE. *Derecho de la Competencia en México* (pp. 67-149).

Valdés Prieto, D. (2006). *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica de Chile.

Welsh, M. (2009). Civil Penalties and Regulación Responsiva: The Gap between Theory and Practice. *Melbourne Univeristy Law Review*, (33), 908-933.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Cofece (2014). *Primer Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017*. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/1er_pe_cofece__2014-2017.pdf

*(2015a). Segundo Informe de Seguimiento al Plan Estratégico 2014-2017*. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/11/ii_informe_pe_2014-2017.pdf

*(2015b). Guía para tramitar el procedimiento de investigacion por practicas monopólicas relativas o concentraciones ilícitas.* https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-0012015_pmr.pdf

Commerce Act 1986, No. 5 (Nue. Zel.).

Decreto Ley 211, Decreto Ley que fija las normas para la defensa de la libre competencia, Diario Oficial de la República de Chile, 30 de agosto de 2016 (Chi.).

Fiscalía Nacional Económica (2013). *Instructivo Interno para el Desarrollo de Investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica*. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Instr._investigaciones_2013-1.pdf

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014 (Mex.).

NZCC (2009). *Model Litigant Policy*. https://comcom.govt.nz/about-us/our-policies-and-guidelines/model-litigant-policy

*(2013). Enforcement Response Guidelines*. https://comcom.govt.nz/about-us/our-policies-and-guidelines/investigations-and-enforcement/enforcement-response-guidelines

*(2015). Investigation Guidelines*. https://comcom.govt.nz/__data/assets/pdf_file/0028/89821/Competition-and-Consumer-Investigation-Guidelines-July-2018.pdf

OECD (2011). *Policy Roundtables: Promoting Compliance with Competition Law*. http://www.oecd.org/daf/competition/Promotingcompliancewithcompetitionlaw2011.pdf

*(2014a). Annual Report on Competition Policy Developments in Chile*. https://www.oecd.org/daf/competition/annualreportsbycompetitionagencies.htm

*(2014b). Annual Report on Competition Policy Developments in New Zealand*. https://www.oecd.org/daf/competition/annualreportsbycompetitionagencies.htm

*(2014c). Annual Report on Competition Policy Developments in Mexico*.://www.oecd.org/daf/competition/annualreportsbycompetitionagencies.htm

*(2016). Commitment Decisions in Antitrust Cases*. http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/WD(2016)37&doclanguage=en

10.18800/themis.202002.014

# EL NUEVO SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EMPRESARIALES EN PERÚ A LA LUZ DE LA EXPERIENCIA CHILENA

## *THE NEW PERUVIAN MERGER CONTROL SYSTEM IN LIGHT OF THE CHILEAN EXPERIENCE*

**Macarena Alliende Serra***
**DLA Piper Chile**

*Law 31112 contemplates the creation of an unprecedented mandatory preventive merger control in Peru, which will come into force within 15 days after the publication of the adaptation that Indecopi must elaborate.*

*The institutional design of the Peruvian merger control system has several similarities with the Chilean system, which was implemented through Law 20945 of 2016, and in force since June 1, 2017. The over 100 cases resolved by the Chilean competition authority have involved a relevant evolution in the criteria and tools applied. In this sense, given the similarity between both systems, the author presents how the Chilean experience can feed future discussions and practices of the neighboring jurisdiction, which could enhance coordination and cooperation between the two countries, improving the merger controls with effects across Latin America.*

*Keywords: competition law; merger control procedures; competition law in Latin America.*

*La Ley 31112 contempla la creación de un nuevo sistema de control previo obligatorio para concentraciones empresariales en Perú, que entrará en un plazo de 15 días tras la publicación de la adecuación normativa que debe ser elaborada por el Indecopi.*

*El diseño institucional del sistema de control de concentraciones peruano presenta varias similitudes con el sistema chileno, implementado mediante la Ley 20945 y vigente desde el 1 de junio de 2017. Los más de 100 casos resueltos por la autoridad de competencia chilena han implicado una relevante evolución en los criterios y herramientas empleados. En ese sentido, debido a la similitud entre ambos sistemas, la autora presenta cómo la experiencia chilena puede nutrir las futuras discusiones y prácticas del ordenamiento vecino, lo que podría potenciar una coordinación y cooperación efectiva entre ambos países, mejorando la revisión de concentraciones con efectos en diversos países de Latinoamérica.*

*Palabras clave: libre competencia; control de concentraciones; derecho de la libre competencia en Latinoamérica.*

* Abogada. Asociada en DLA Piper Chile (Santiago de Chile, Chile). Integrante de la Red ProCompetencia. Contacto: macarena.alliende@ug.uchile.cl

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 13 de marzo de 2020, y aceptado por el mismo el 23 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de enero se publicó la Ley 31112, que establece un sistema administrativo de control previo de operaciones de concentración empresarial en Perú (en adelante, Ley 31112). Esta ley derogó, pero mantuvo la mayor parte del contenido, del Decreto de Urgencia 013-2019 (en adelante D.U. 013), que fue modificado por el Decreto Legislativo 1510 (en adelante D.L. 1510), publicado el 11 de mayo de 2020, en pleno desarrollo del estado de emergencia sanitaria por la pandemia de la COVID-19. Mediante esta ley, Perú se uniría próximamente a la mayoría de los países latinoamericanos que tienen controles previos obligatorios de concentraciones, entre ellos, Argentina[1], Brasil[2], Colombia[3], Chile[4], Ecuador[5], México[6] y, recientemente, Uruguay[7].

Para quienes no se encuentren familiarizados con el Derecho de la Libre Competencia, un sistema de control preventivo de operaciones de concentración –o alternativamente, concentraciones empresariales– es un procedimiento de evaluación que se caracteriza por constituir un análisis previo a la materialización (*ex ante*) de los riesgos que puede suponer el proceso de toma de control de un agente económico por parte de otro, y constituye uno de los instrumentos de la política de competencia (Zúñiga Fernández, 2018, p. 237). La diferencia sustancial, por lo tanto, con las herramientas de control y sanción *ex post* del Derecho de la Libre Competencia, es que la investigación y evaluación de las conductas de los agentes económicos se hace de forma previa o preventiva, es decir, actúa como un instrumento que anticipa la generación de efectos anticompetitivos en un escenario futuro de conductas de los agentes económicos (Zúñiga Fernández, 2018, p. 237). En otras palabras, un control previo de operaciones de concentración entrega herramientas a una autoridad para que esta analice si una determinada concentración empresarial tiene la aptitud suficiente para restringir la libre competencia en el mercado en el que tendrá efectos.

Debido a que los procedimientos y autoridades de libre competencia involucradas en cada país son diferentes, también lo serán los resultados del sistema. Empero, incluso al considerar las legítimas diferencias institucionales y económicas de cada país, los mecanismos de control previo de operaciones de concentración han sido bien recibidos y recomendados por diversas organizaciones mundiales; en particular por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE), organización que ha hecho un esfuerzo relevante en promover la implementación de estos sistemas en los países latinoamericanos (OCDE & BID, 2012).

Desde una perspectiva de la política de libre competencia, un control *ex ante* o preventivo permite identificar los riesgos anticompetitivos presentes en las operaciones de concentración que tendrán efectos negativos en los mercados, antes de que estos efectos se vuelvan una realidad y sea difícil volver al estado previo de su materialización (lo que se conoce en inglés coloquialmente como *unscramble the eggs,* o en español como **sacar los huevos a la tortilla**). Por otro lado, para los agentes económicos un control previo puede traer aparejados varios beneficios: (i) otorga certeza y objetividad en cuanto a qué concentraciones serán objeto de una mayor atención por parte de la autoridad; (ii) permite contemplar garantías procesales ade-

1 En Argentina, las concentraciones económicas deben ser notificadas a la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) en los plazos y con las formalidades de ley, establecidos en el artículo 9 de la Ley 27442, el Decreto Reglamentario 480/2018, la Resolución 40/2001 de la Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, y la Resolución 208/2018 de la Secretaría de Comercio.

2 En Brasil, la normativa para el control de concentraciones empresariales se encuentra en la Ley 12529, que contempla un procedimiento de notificación previo obligatorio ante el Consejo Administrativo de Defensa Económica (CADE). La Resolución 2, de 29 de mayo de 2012 contempla el procedimiento de notificación de las operaciones de concentración.

3 En Colombia, el procedimiento de control de operaciones de concentración se encuentra en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992, y la circular interna de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), que es la autoridad de competencia de este país.

4 En Chile, según se explicará más adelante, la regulación del procedimiento de notificación y control de operaciones de concentración se encuentra en el Título IV del Decreto Ley 211 y en el Reglamento sobre la notificación de una operación de concentración 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo del 1 de marzo de 2017.

5 En Ecuador, el procedimiento de control a las operaciones de concentración se encuentra en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado del 2011. El control de concentraciones se hizo efectivo con la implementación de la estructura administrativa de la Autoridad en septiembre de 2012.

6 En México, el procedimiento de concentraciones se desarrolla principalmente ante la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece), y su regulación se encuentra en la Ley Federal de Competencia Económica.

7 En Uruguay, mediante la Ley 19833 que reformó la ley de competencia en septiembre de 2019 y el Decreto 194/020, dictado en julio de este año, se dio forma al nuevo sistema de control previo de concentraciones. La autoridad encargada de revisar las concentraciones es la Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia.

cuadas y específicas a la revisión de una concentración, incluyendo un procedimiento específico para la negociación de medidas de mitigación en caso de que sean necesarias; y, (iii) define el estándar al cual se debe someter el control, lo que se puede ver complementado por guías administrativas e interpretaciones de las autoridades de competencia (Nehme & Mordoj, 2012).

Los beneficios mencionados dependen en gran medida de la estructura institucional y la normativa del derecho de competencia de un país, lo que se verá matizado por el funcionamiento práctico de las políticas de la libre competencia. En este sentido, cobra relevancia la evolución casuística y doctrinal del Derecho de la Libre Competencia, junto al conocimiento técnico y la experiencia de los profesionales que integran los órganos revisores. Debido a lo anterior, un buen sistema regulatorio en el papel no necesariamente va a implicar que el sistema sea serio y eficiente en la práctica.

Los controles previos de operaciones de concentración también presentan una serie de desafíos. En efecto, un buen sistema de control previo debe equilibrar la realización de un análisis sustantivo que permita resguardar adecuadamente la libre competencia, con la eventual dilación innecesaria que dichos procesos pueden suponer para el cierre de las transacciones. Lo anterior se relaciona a los errores tipo I y tipo II que puede generar el sistema. El error tipo I corresponde a prohibir una operación de concentración que debió ser aprobada, al no presentar riesgos a la competencia; mientras que el error tipo II supone aprobar una operación de concentración sin medidas, cuando esta generaba riesgos sustanciales a la libre competencia. Ambos errores, como se verá más adelante, se relacionan a los umbrales definidos para el control obligatorio, las sanciones fijadas en el caso de no cumplir con la obligación de notificar y la posibilidad de discutir con la autoridad las medidas de mitigación (González & Benítez, 2009). Dichos errores siempre van a existir, pero un buen sistema debe tener por finalidad minimizarlos, y equilibrarlos con los costos de transacción adicionales que supone el control por parte de la autoridad (Nehme & Mordoj, 2012).

La eficiencia y eficacia institucional, junto con la normativa cobra relevancia considerando que existen concentraciones que tienen efectos en múltiples ordenamientos, por lo que la cooperación y coordinación entre las distintas autoridades de libre competencia en materias de control de operaciones de concentración se torna clave desde una perspectiva de política pública económica (OCDE, 2011, p. 11). A pesar de que los mercados relevantes en los que inciden dichas concentraciones pueden variar de un país a otro, puede haber casos en que los mercados afectados no difieren sustancialmente, lo que permitiría la aplicación de criterios de revisión similares, facilitando la toma de decisiones de las autoridades de competencia en las distintas jurisdicciones (OCDE, 2011, p. 11). Teniendo a la vista la necesidad de una efectiva cooperación y coordinación entre las distintas autoridades de libre competencia, la experiencia chilena en el control previo obligatorio de operaciones de concentración puede nutrir la futura ejecución que haga el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) del nuevo sistema de operaciones de concentración en Perú, tomando nota de las lecciones de Chile para fortalecer tanto su práctica interna del Derecho de la Libre Competencia, como su coordinación con la autoridad chilena.

Considerando lo anterior, este trabajo es un esfuerzo por describir y comparar el actual y futuro sistema de control de concentraciones del Perú con el sistema vigente en Chile, para proponer lineamientos que faciliten una mayor coordinación y cooperación en el marco de la revisión de concentraciones con efectos en ambos países. Con esta finalidad en mente, el presente trabajo se divide de la siguiente manera: la sección II contempla una descripción y análisis del sistema de control de operaciones de concentración en Perú; así, describimos el control previo obligatorio vigente en el sector eléctrico, para luego analizar el nuevo sistema de control de concentraciones que entrará en vigor a partir de los próximos meses del 2021, incluyendo todas sus modificaciones. En la sección III describimos someramente el sistema de control previo de operaciones de concentración chileno para luego, en la sección IV, analizar las similitudes y diferencias entre los sistemas de ambos ordenamientos. Posteriormente, en la sección V, evaluamos los aprendizajes que se pueden extraer del sistema chileno, desde su dimensión institucional y práctica. En la sección VI, entregamos lineamientos generales para una mayor cooperación y coordinación entre las autoridades y los sistemas de control de concentraciones en Latinoamérica, para finalmente concluir en la sección VII.

## II. LA REFORMA AL SISTEMA DE CONTROL DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN DE EMPRESAS EN PERÚ

### A. Antecedente: el control previo obligatorio en el sector eléctrico

Actualmente Perú tiene un control obligatorio de operaciones de concentración empresarial aplicable solo a aquellas transacciones vinculadas

al sector eléctrico. El procedimiento de control previo y obligatorio se estableció mediante la Ley 26876 en el año 1997, denominada Ley Antimonopolio y Anti-oligopolio del Sector Eléctrico. Su aplicación es limitada a concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación, transmisión y/o distribución de energía eléctrica. En cuanto a su diseño institucional, este corresponde a una notificación obligatoria ante el Indecopi de las concentraciones de tipo vertical y horizontal sobre un determinado umbral. Dicha ley se deroga con la entrada en vigencia de la Ley 31112, la que aun requiere de la publicación de su reglamento.

Para que una operación del sector eléctrico se someta a dicho procedimiento, es necesario que concurran las siguientes circunstancias:

1. Que la transacción se trate de una concentración

La legislación es bastante amplia al describir qué debe comprenderse por concentración. Así, el artículo 2 de la Ley 26876 señala lo siguiente:

> Para los efectos de la presente Ley, se entiende por concentración la realización de los siguientes actos: la fusión; la constitución de una empresa en común; la adquisición directa o indirecta del control sobre otras empresas a través de la adquisición de acciones, participaciones, o a través de cualquier otro contrato o figura jurídica que confiera el control directo o indirecto de una empresa incluyendo la celebración de contratos de asociación *joint venture*, asociación en participación, uso o usufructo de acciones y/o participaciones, contratos de gerencia, de gestión, y de sindicación de acciones o cualquier otro contrato de colaboración empresarial similar, análogo y/o parecido y de consecuencias similares (1998).

En otras palabras, lo relevante es que exista una pérdida de independencia entre los agentes económicos o cambios en la estructura del mercado. Esto se puede materializar mediante diversas maneras, dentro de las cuales se incluye la adquisición de la mayoría de los derechos a voto de una sociedad, la habilidad de elegir miembros del directorio, o la adquisición de votos que permitan el veto o aprobación de decisiones fundamentales para la empresa. Este concepto amplio, por lo tanto, subsume bajo la categoría de concentración incluso la adquisición de intereses minoritarios, cuando dicha adquisición permita tener control sobre el directorio ya sea mediante veto, remoción o designación de sus miembros.

2. Que la transacción supere un umbral (presencia de mercado o participación de mercado)

Adicionalmente, solo deben notificarse a Indecopi las concentraciones que traspasen el umbral definido en la ley. Dicho umbral está definido conforme a la participación de mercado de las empresas y varía conforme a si se trata de una concentración horizontal o una vertical[8]. En este sentido, el artículo 3 inciso 2 de la Ley 26876 señala lo siguiente:

> Concentración horizontal: Se tendrá que notificar a Indecopi si la transacción implica que las partes tras la operación, ya sea de forma conjunta o separada, alcanzarán el equivalente a una participación de mercado del 15% o mayor.
>
> Concentración vertical: Que la transacción implique que las partes, ya sea de forma conjunta o separada, alcanzaran el 5% o más de cualquiera de los mercados involucrados (1998).

Los porcentajes de participación son definidos por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía (Osinerg), el que determina semestralmente los porcentajes de participación en el mercado de las empresas del sector eléctrico en base a declaraciones juradas que semestralmente deben presentar las mismas. Como se explicará más adelante, la determinación de los umbrales en base a la participación de las empresas en el mercado es un mecanismo menos objetivo y más engorroso de calcular que otros indicadores, como lo son las ventas generadas por los agentes económicos.

En cuanto al procedimiento, la notificación de la operación se debe realizar antes de la materialización de esta, y la Comisión de Libre Competencia del Indecopi cuenta con 30 días para revisar la transacción desde el momento en que la notificación se declara completa. Luego de realizar la investigación, el Indecopi puede aprobar la concentración, o también puede, conforme al artículo 5 de la Ley 26876, adoptar las siguientes medidas: (a) sujetar la realización de dicho acto al cumplimiento de

[8] Al menos en Chile, la Fiscalía Nacional Económica, la autoridad administrativa de libre competencia, entiende por concentración horizontal, aquella en que las empresas involucradas son competidoras actuales o potenciales en un mercado relevante dado; por concentración vertical, aquella en que las empresas involucradas operan en distintas etapas de la producción o distribución de un bien o servicio, generalmente con carácter de proveedoras y clientes entre sí; y por concentración de conglomerado, aquella que no tiene el carácter de horizontal ni de vertical (Fiscalía Nacional Económica, 2012).

condiciones, o (b) ordenar la desconcentración parcial o total de lo que se hubiere concentrado indebidamente.

En cuanto a las sanciones, el artículo 6 de la Ley 26876 señala que la Comisión de Libre Competencia del Indecopi podrá imponer a las personas o empresas multas por hasta 500 Unidades Impositivas Tributarias (UIT) (aproximadamente 629 mil USD)[9] cuando omitan presentar la solicitud de autorización, cuando suministren datos inexactos o no proporcionen la información en los plazos debidos. Adicionalmente, se contempla una multa de hasta el 10% de las ventas de ingresos brutos percibidos por las empresas involucradas, cuando realicen el acto de concentración omitiendo solicitar su autorización previa, o lo lleven a cabo luego de presentada la solicitud, pero antes de la decisión de la Comisión o del Tribunal, cuando materialicen la concentración prohibida, o cuando no cumplan con las medidas ordenadas. Asimismo, el artículo 7 de la ley faculta al Indecopi a disponer o iniciar las acciones que resulten necesarias con el objeto de dejar sin efecto el acto de concentración realizado.

En términos recursivos, corresponde a la Comisión de la Libre Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi conocer y resolver en primera y segunda instancia respectivamente.

En cuanto a los resultados de este procedimiento en el tiempo, nos remitimos a las palabras de Tania Zúñiga Fernández, quien señala:

> [e]valuando en retrospectiva el número reducido de casos, la mayoría autorizados, que ha tenido a su cargo la autoridad de competencia, Indecopi, se puede identificar que gran parte de las operaciones de concentración reportadas ante la autoridad de competencia han sido autorizadas, algunas bajo condiciones y otras se han encontrado fuera del ámbito de aplicación de la ley (2018, p. 7).

### B. Nuevo sistema de control previo obligatorio de operaciones de concentración

La discusión en torno a la necesidad de contar con un régimen de control de concentraciones empresariales se remonta a los años noventa en Perú (Zúñiga Fernández, 2018, p. 228). Es preciso mencionar que, a partir del año 2016, se presentaron un total de once proyectos de ley con la finalidad de regular un procedimiento preventivo de control de operaciones de concentración en Perú. Asimismo, durante el año 2016, se llevaron a cabo sesiones de la Mesa de Trabajo de Políticas de Regulación y Control de Proceso de Fusiones y Adquisiciones de Empresas, en la cual participaron múltiples organismos del Estado y privados (Zúñiga Fernández, 2018, p. 229).

Por otra parte, el 15 de marzo de 2018, el Grupo de Trabajo Pro-Inversión y Generación del Empleo al interior de la Comisión de Economía, Banca, Finanzas e Inteligencia Financiera, presentó un informe final sobre la posibilidad de la introducción del control previo de concentraciones empresariales en Perú. Este grupo tuvo un rol crucial puesto que,

> [...] realizó durante un año una labor sostenida del debate público sobre la conveniencia de la introducción y el diseño normativo del procedimiento de evaluación previa de las concentraciones empresariales, a través de las diversas audiencias públicas, tomando en consideración que la materia amerita sea discutida por todos los sectores y actores involucrados, dando lugar a que se manifiesten las posiciones, comentarios, y propuestas alternativas de texto normativo, en su caso, para poder arribar a puntos de convergencia (Zúñiga Fernández, 2018, p. 231).

De la misma forma, dicho grupo elaboró el Anteproyecto de Ley, que fue sometido al escrutinio de diversos sectores y actores nacionales e internacionales.

Para defender la conveniencia de un sistema previo de operaciones de concentración, Tania Zúñiga Fernández señaló que,

> [l]as posiciones escépticas sobre su conveniencia [**de un sistema de control previo de concentraciones**] cuestionan la necesidad de su introducción; sin embargo, la teoría económica y los pronunciamientos de las autoridades de competencia a nivel global y las organizaciones internacionales han dado a conocer que el Estado no puede cumplir el rol de facilitar y vigilar la libre competencia, contando únicamente con un procedimiento administrativo que evalúa las conductas anticompetitivas (control ex post). Se requiere del otro instrumento, el control de estructura del mercado (control ex ante) como complemento necesario para garantizar el proceso competitivo en los mercados, la libre competencia y el bienestar de los consu-



[9] Conforme al Ministerio de Economía y Finanzas el valor de la UIT es de 4300 soles para el año 2020. El cálculo a dólares se hizo considerando que promedio semestral (enero a junio de 2020) del dólar conforme a la estadística del Banco Central de Reserva del Perú fue de 3.415 soles el dólar.

> midores (Zúñiga Fernández, 2018, p. 252) [el énfasis es nuestro].

Dicha discusión quedó zanjada mediante la publicación del D.U. 013 en noviembre de 2019, que recogería el texto elaborado por el Grupo de Trabajo en el Congreso. Posteriormente, el 23 de octubre de 2020, el pleno del Congreso aprobó el proyecto de Ley 5913, que daría lugar a la actual Ley 31112, derogando (aunque recogiendo) parte importante de la reforma contemplada en el D.U. 013. De esta manera, y luego de varios cambios, se dio lugar a un control previo de operaciones de concentración aplicable a prácticamente todos los sectores e industrias económicas en Perú, según se detalla en la siguiente sección.

## 1. El sistema previo de control de concentraciones contemplado en el Decreto de Urgencia 013-2019

Durante el primer semestre del 2021 se espera qe rija en Perú el nuevo sistema de control previo de concentraciones. Este sistema aplica a todas las operaciones que se desarrollen en el marco de actividades económicas, salvo las operaciones que involucren a bancos y compañías de seguros que pongan en riesgo la estabilidad del sistema financiero, las que solo requerirán una decisión de la Superintendencia de Banca, Seguros y administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. De esta manera, mediante una disposición complementaria derogatoria, la ley 31112 deroga la Ley 26876 ya analizada.

La autoridad competente para conocer del control de concentraciones será la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y el control previo tendrá la finalidad de identificar si una operación tiene la aptitud de ocasionar efectos restrictivos significativos de competencia en el mercado, tal como se indica en el artículo 21.4 de la Ley 31112, junto con el objetivo de "promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores", señalado en el artículo 1 de la Ley 31112 (2021).

En cuanto a su estructura, se someterán al control previo todas aquellas operaciones de concentración empresariales, siendo estos cualesquiera actos u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella. Adicionalmente, conforme al artículo 5.1 de la Ley 31112, lo anterior puede ocurrir como consecuencia de las siguientes vías:

1. Una fusión de dos o más agentes económicos, los cuales eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.

2. La adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.

3. La constitución por dos o más agentes económicos independientes entre sí de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos, de tal forma que dicho agente económico desempeñe de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma.

4. La adquisición por un agente económico del control directo o indirecto, por cualquier medio, de activos productivos operativos de otro u otros agentes económicos (2021).

Lo anterior excluye aquellas hipótesis de transacciones que involucren a empresas de un mismo grupo económico, entendiéndose estas como parte del crecimiento de la empresa, tal como lo indica el artículo 5.2. de la Ley 31112.

Adicionalmente, se dispone que se considerará como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de 2 años, debiendo notificarse antes de ejecutarse la última transacción o el acto que permite superar los umbrales (artículo 5.3 de la Ley 31112). Este es un cambio que debe ser valorado, en cuanto facilita la aplicación efectiva de la ley, restringiendo la posibilidad de que agentes económicos realicen transacciones fragmentadas (aunque con el mismo objetivo) para eludir la aplicación del control previo[10].

[10] La Fiscalía Nacional Económica, la autoridad administrativa encargada de velar por la libre competencia en Chile, señala al respecto que

> [a]lgunas veces, varias transacciones, que individualmente no califican como concentración, si son tomadas en conjunto, califican como operación de concentración y se encuentran sujetas a control de la FNE. El propósito de ello es impedir que los agentes económicos evadan el control de esta Fiscalía al dividir o escalonar la operación de concentración en varias transacciones (2017, p. 12).

En cuanto a los umbrales fijados para que la operación deba someterse a un control previo, estos son dos umbrales copulativos, según el artículo 6.1. de la Ley 31112, consistentes en que:

a. La suma total del valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación un valor igual o superior a 118.000 UIT (aproximadamente 148.5 millones USD) .

b. El valor de las ventas o ingresos brutos anuales en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial hayan alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18.000 UIT cada una (aproximadamente 22.6 millones USD) (2021).

Si la operación de concentración no supera los umbrales, la Ley 31112 contempla un mecanismo de notificación voluntaria, y al mismo tiempo contempla la posibilidad de una actuación de oficio del Indecopi en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante (artículo 6.4 de la Ley 31112). De esta manera, el procedimiento peruano se consolida como uno mixto, contemplando una obligación de notificar, pero otorgando herramientas para perseguir aquellas operaciones que sin traspasar los umbrales puedan restringir la competencia.

En caso de que la operación de concentración supere estos umbrales, y una vez notificada la operación, el control se regirá por un procedimiento de dos fases (artículo 21 de la Ley 31112). Estas se resumen de la siguiente manera:

Fase 1: Tras declarar la notificación completa, el Indecopi tiene 30 días hábiles para decidir si la operación es apta para producir efectos restrictivos en la competencia. En caso de no existir tales efectos, autorizará la operación.

Fase 2: Si Indecopi decide que hay riesgos, se extenderá la investigación por 90 días hábiles de plazo, que pueden extenderse por 30 días hábiles adicionales de manera fundada. En caso de que no se cumplan dichos plazos será aplicable el silencio administrativo positivo, entendiéndose autorizada la operación.

En cuanto al criterio de evaluación aplicable, la Ley 31112 señala en el artículo 7.1 que "[…] el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados" (2021). Los factores o elementos considerados para tal evaluación se enumeran en el artículo 7.2 y son la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos, la evolución de la oferta y la demanda, las fuentes de distribución y comercialización, las barreras a la entrada en el mercado, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una posición de dominio, y, por último, la generación de eficiencias.

Tras efectuar su análisis de competencia, y conforme al artículo 25 de la Ley 31112, el Indecopi debe emitir una resolución motivada adjuntando los informes que correspondan, y expresando su decisión de autorizar la operación, autorizar la operación bajo la condición de que se cumplan ciertas medidas de mitigación (condiciones), o prohibir la misma.

En caso de prohibición de la operación o si se autoriza con condiciones, los solicitantes podrán apelar al Tribunal del Indecopi[11], siendo este la última instancia administrativa de las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi en el procedimiento de control previo, conforme al artículo 14 de la Ley 31112.

En cuanto a las infracciones administrativas, estas son sancionadas por el Indecopi y se distinguen entre leves, graves y muy graves (artículo 27 de la Ley 31112), lo que a su vez determina la graduación de la sanción (artículo 29 de la Ley 31112). Adicionalmente, se contemplan una serie de medidas correctivas en el capítulo VII de la Ley 31112, dentro de la cual se encuentra la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos.

Entre las conductas sancionadas y su gravedad se encuentran, entre otras: no presentar la solicitud

[11] Sobre este punto, es necesario señalar que la existencia de un órgano de investigación, como lo es la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, junto con una segunda instancia resolutiva mediante el Tribunal del Indecopi parece ser una situación atípica a nivel comparado para las autoridades de competencia en el mundo. A pesar de lo anterior, este diseño institucional garantizaría a las partes un procedimiento imparcial y objetivo, separando las funciones de investigación y juzgamiento.

de autorización (leve), ejecutar la operación de concentración antes de haber sido sometida al procedimiento de control previo (conocida en inglés como *gun*-jumping)[12] (grave), y ejecutar la operación de concentración cuando esta fue prohibida (grave). Dentro de las conductas infraccionales también se encuentran las de no proporcionar la información requerida en el plazo previsto (leve) y negarse injustificadamente a suministrar la información requerida, o suministrar información no veraz (muy grave) (Ley 31112, 2021, art. 27).

Por último, es necesario destacar la inclusión expresa de la cooperación interinstitucional entre el Indecopi y otras entidades nacionales o extranjeras, con la finalidad de aplicar adecuadamente la Ley 31112 (Ley 31112, 2021, disposición complementaria undécima).

De esta manera, Perú tomó la decisión de sumarse a los países con un control previo de operaciones de concentración aplicable a todas las actividades económicas, aumentando considerablemente el ámbito de escrutinio del Indecopi en este respecto.

2. Elementos destacados del nuevo control de operaciones de concentración empresariales peruano

Revisada la estructura general del control de operaciones de concentraciones empresariales contemplada en la Ley 31112, es posible esgrimir algunas conclusiones generales sobre el sistema de control que será aplicado en Perú.

En primer lugar, es necesario destacar que se trata de un sistema mixto (con notificación obligatoria o voluntaria) de dos fases, con una fase previa de notificación. Lo anterior implica que en la primera fase se le da a la autoridad de competencia la posibilidad de adentrarse en el mercado, conocer sus principales actores y las conductas de los agentes del mercado involucrados. En este sentido, la primera fase tiene el objetivo de conocer el mercado e investigarlo, mientras que la segunda fase tiene lugar solo si se han encontrado riesgos competitivos derivados de la operación o si se requiere una revisión más a fondo. Esto dota de mayor celeridad al sistema, ya que las concentraciones menos complejas que supongan menos riesgos se aprobarán antes que aquellas que requieran un análisis más exhaustivo (OCDE, 2014, p. 102).

En segundo lugar, las legislaciones contemplan claros factores o elementos a considerar en la evaluación de los riesgos anticompetitivos generados por las concentraciones. Lo anterior se relaciona estrechamente con el estándar sustantivo que aplicará el Indecopi al evaluar una concentración, que en este caso corresponde a "una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados", conforme al artículo 7.1. de la Ley 31112. Dicho estándar es similar al contemplado en otros ordenamientos, en particular al empleado por la Unión Europea, correspondiente a "obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado" (en inglés *significant impediment to effective competition*, conocido también por sus siglas SIEC), conforme lo señala el artículo 2 del Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

En cuanto a los órganos involucrados, se escoge un procedimiento administrativo, con la posibilidad de impugnar la decisión mediante un recurso jurisdiccional (ante el Tribunal del Indecopi), siendo el Indecopi el encargado de realizar el procedimiento de control, mediante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. Lo anterior implica que la competencia para conocer el control de concentraciones quedaría radicada en un órgano especializado en materias de libre competencia, quien tendría la facultad de revisar todas las concentraciones, independiente del sector económico en el cual se desarrollen, salvo las excepciones ya mencionadas. La Comisión cuenta con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica, a la cual se le asigna un rol investigativo en el procedimiento. Por último, una Sala especializada competente del Tribunal del Indecopi es el órgano jurisdiccional que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, así como los procedimientos sancionadores regulados en el D.U. 013.

Por otra parte, la Ley 31112 contempla una serie de sanciones en caso de que los agentes económicos no cumplan con la obligación de notificar, o con la de no materializar la concentración, antes que el Indecopi tome una decisión. En este sentido, la legislación le otorga al Indecopi amplias facultades para adoptar las medidas correctivas necesarias, además de la imposición de multas. Lo anterior se suma a una medida correctiva, correspondiente a que la concentración quede sin efectos legales. Di-

[12] Las hipótesis de infracción conocidas a nivel comparado como "*gun jumping*" corresponden a aquellos casos en que las partes que notificaron una operación de concentración llevan a cabo la misma, contraviniendo la obligación de suspender la materialización de la concentración hasta que se encuentre ejecutoriada la resolución de término dictada en el procedimiento correspondiente.

chas sanciones son muy relevantes, debido a que son en parte lo que hace que el sistema de control previo sea efectivo. Si las sanciones no son lo suficientemente relevantes, los agentes económicos tendrían incentivos para no notificar la operación y pagar las multas (González & Benítez, 2009).

Es también relevante destacar que, a diferencia del procedimiento contemplado en la Ley 26876 aplicable al sector eléctrico, la fijación de umbrales se hace conforme a las ventas de los grupos empresariales o el adquirido, en lugar del cálculo mediante la participación de mercado de las empresas, que es una forma menos técnica y precisa de determinar los umbrales (Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, 2008, p. 14). La cuestión de los umbrales es particularmente controvertida, en cuanto estos deben constituir un parámetro cuantificable, selectivo y objetivo a partir del cual se le atribuye a la autoridad de competencia la potestad de evaluar la operación de concentración. Debido a lo anterior, se deben considerar las características del país en particular, como también criterios que permitan integrar los costos de la transacción asociados a la evaluación, la carga administrativa de la autoridad, la protección de la iniciativa privada y la libertad de empresa (Zúñiga Fernández, 2018, p. 234).

Las características anteriores hacen que el sistema de control previo de operaciones de concentración delineado en la Ley 31112 sea sistemático, claro, con un procedimiento de revisión objetivo (al contar con dos instancias diferenciadas), además de contar con incentivos claros para que los agentes económicos se sometan al procedimiento. Ciertamente, mediante este nuevo control de concentraciones Perú se integraría a las mejores prácticas mundiales en materia de libre competencia (OCDE & BID, 2018, p. 118).

## III. EL SISTEMA DE CONTROL PREVIO DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN CHILENO

Antes de la entrada en vigor del procedimiento de control de operaciones de concentración contenido en el Título IV, el Decreto Ley 211 (en adelante, D.L. 211)[13] no contemplaba un procedimiento claro y específico para el control de operaciones de concentración. Lo que pasaba en la práctica es que el D.L. 211 sancionaba conductas ilícitas, tal y como el abuso de posición dominante o la colusión (controladas de forma *ex post*) y otorgaba la opción de consultar preventivamente al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia[14] (en adelante, TDLC) si ciertos actos o contratos podrían dar lugar a dichos ilícitos. Dentro de estos actos se encontraban las concentraciones (Nehme & Mordoj, 2012, p. 89). En dicha instancia, participaban tanto los agentes económicos como la Fiscalía Nacional Económica[15] (en adelante, FNE), como eventualmente los terceros que tuvieran un interés legítimo en el resultado de la consulta. Este procedimiento de consulta voluntaria generaba una serie de dificultades, no tanto por las decisiones de fondo del TDLC, sino por los problemas asociados al diseño institucional y procesal.

Esta deficiencia institucional y procesal se traducía en que las operaciones de concentración se suspendían por el solo hecho de que un tercero iniciara el procedimiento de consulta, incluso si dicha solicitud se realizaba de forma infundada. Además, el procedimiento era bastante largo, tardando entre 12 a 14 meses, incluyendo el recurso de reclamación ante la Corte Suprema. Lo anterior se sumaba a que no existía una etapa procesal *ad hoc* para que las partes propusiera medidas de mitigación a la autoridad de competencia (Nehme & Mordoj, 2012).

La falta de claridad sobre el procedimiento aplicable implicó que, en realidad, los casos se resolvieran de forma disímil, y sin lograr dar certeza jurídica a los agentes económicos que participaban en la misma (Nehme & Mordoj, 2012, pp. 89-90).

Particularmente ilustrativo de estos problemas fue el informe emitido por la OCDE en el año 2014 que evaluaba el régimen de control de concentraciones en Chile, el que señalaba "[l]a principal conclusión de este informe es que el actual régimen de con-

[13] El Decreto Ley 211 que fija normas para la defensa de la Libre Competencia, se publicó en el Diario Oficial Edición 28733 de fecha 22 de diciembre de 1973 y su versión refundida, sistematizada y coordinada fue fijada por el Decreto Supremo 511 del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción de 27 de octubre de 1980. Ha sido modificado por las leyes: a) 18118, de 22 de mayo de 1982; b) 19336, de 29 de septiembre de 1994; c) 19610, de 19 de mayo de 1999; d) 19806, de 31 de mayo de 2002; e) 19911, de 14 de noviembre de 2003; f) 20088 de 5 de enero de 2006; y g) 20945, que Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, se publicó en el Diario Oficial Edición 41.546 de fecha 30 de agosto de 2016, esta última en adelante la "Reforma".

[14] El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia es un órgano jurisdiccional chileno especial e independiente, sujeto a la superintendencia directiva, correccional y económica de la Corte Suprema cuya función es prevenir, corregir y sancionar los atentados a la libre competencia. Es un tribunal colegiado, integrado por tres abogados y dos economistas.

[15] La Fiscalía Nacional Económica es un servicio público descentralizado e independiente, encargado de velar por el respeto a la libre competencia. Está a cargo del Fiscal Nacional Económico, quien actúa independientemente de cualquier autoridad o tribunal.

trol de operaciones de concentración carece de transparencia, seguridad jurídica y predictibilidad, elementos clave para un eficaz sistema de control de concentraciones" (OCDE, 2014, p. 7).

Tomando el guante dejado por la OCDE (y como condición para la inclusión de Chile en la Organización), mediante la Ley 20945 de agosto de 2016 se introdujeron una serie de modificaciones al D.L. 211. Entre los cambios más relevantes, destaca la creación del Título IV llamado De las Operaciones de Concentración, que crea un régimen mixto de control de concentraciones[16], destacando el régimen previo y obligatorio de operaciones de concentración que superen cierto umbral de ventas, definido por la FNE[17].

Como resultado de la reforma, desde el 1 junio de 2017 se encuentra vigente el régimen obligatorio de las operaciones de concentración que, de forma resumida, consiste en una revisión administrativa desarrollada por la FNE en dos fases y en eventual recurso de revisión resuelto por el TDLC. La primera (fase 1) corresponde a una evaluación de la operación en un plazo máximo de 30 días. Tras esta etapa, la FNE puede aprobar la operación (con o sin medidas de mitigación), o extender la investigación –mediante resolución fundada– a una segunda fase. La segunda (fase 2) tiene una mayor duración, siendo esta de un máximo de 90 días, y tiene como propósito la evaluación de si la operación puede reducir sustancialmente la competencia. Tras esta fase, además de poder aprobar la operación (ya sea con o sin medidas de mitigación), la FNE podría eventualmente prohibirla, caso en el cual procede el recurso de revisión especial ante el TDLC. Las partes notificantes pueden negociar medidas de mitigación con la FNE, teniendo incluso plazos de suspensión del procedimiento para tales efectos.

En cuanto al detalle del control previo de operaciones de concentración, es necesario aclarar que solo quedan sujetos a control obligatorio (y por lo tanto tendrán que ser notificados a la FNE) aquellos actos o hechos que califiquen de operación de concentración y sobrepasen los umbrales definidos.

Las operaciones de concentración se pueden concretar mediante diversas vías, contempladas en el artículo 47 del D.L. 211:

> Se entenderá por operación de concentración todo hecho, acto o convención, o conjunto de ellos, que tenga por efecto que dos o más agentes económicos que no formen parte de un mismo grupo empresarial y que sean previamente independientes entre sí, cesen en su independencia en cualquier ámbito de sus actividades mediante alguna de las siguientes vías:
>
> a. Fusionándose, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión.
>
> b. Adquiriendo, uno o más de ellos, directa o indirectamente, derechos que le permitan, en forma individual o conjunta, influir decisivamente en la administración de otro.
>
> c. Asociándose bajo cualquier modalidad para conformar un agente económico independiente, distinto de ellos, que desempeñe sus funciones de forma permanente.
>
> d. Adquiriendo, uno o más de ellos, el control sobre los activos de otro a cualquier título (1973).

Lo relevante, conforme al inciso 1 del artículo 47 del D.L. 211 es que exista pérdida de independencia de los agentes económicos, que no forman parte de un mismo grupo empresarial[18].

En cuanto a los umbrales, estos son fijados por la FNE. La última modificación se hizo mediante la Resolución Exenta 157 del 25 de marzo de 2019[19], y señala que deberán notificarse a la FNE las operaciones de concentración en que se cumplan los dos criterios copulativos:

---

16 Un régimen mixto es aquel en que existe una obligación de notificar las concentraciones que traspasen cierto umbral, y bajo ese umbral existe la posibilidad de hacer una notificación voluntaria a la autoridad de competencia, además de la facultad de investigar concentraciones de oficio por parte de la autoridad.

17 Para más información sobre el control previo obligatorio de operaciones de concentración, sugerimos visitar la página web de la FNE.

18 Conforme al mismo artículo 47 del D.L. 211:

> Para los efectos de lo dispuesto en este Título, se entenderá por agente económico toda entidad, o parte de ella, cualquiera que sea su forma de organización jurídica o aun cuando carezca de ella, que ofrezca o demande bienes o servicios. Se considerará asimismo como un agente económico el conjunto de activos tangibles o intangibles, o ambos, que permitan ofrecer o demandar bienes o servicios (2019).

19 Recientemente, el día 17 de agosto de 2020, el Fiscal Nacional Económico, Ricardo Riesco, anunció mediante la prensa su intención de bajar el umbral de ventas. En caso de realizarse una modificación en los umbrales, esta se efectuaría antes de que termine el año 2020.

i. Que la suma de las ventas en Chile de los agentes económicos que proyectan concentrarse haya alcanzado, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación, montos iguales o superiores a 2.5 millones de Unidades de Fomento (en adelante, UF) (aproximadamente 100,7 millones USD).

ii. Que la suma Que, en Chile, por separado, al menos dos de los agentes económicos que proyectan concentrarse hayan generado ventas, durante el ejercicio anterior a aquel en que se verifique la notificación por montos iguales o superiores a 450 mil UF (aproximadamente 18,1 millones USD) (2019).

Al igual que en la jurisdicción peruana, una vez notificada la operación, no se podrá perfeccionar sino hasta que sea aprobada por la FNE o por el TDLC en su oportunidad.

En cuanto al procedimiento de revisión, este comienza una vez que la FNE declara completa la notificación. Si las partes presentan dudas sobre si es necesario o no presentar una notificación, pueden someterse a una prenotificación voluntaria, que consiste en la posibilidad que tienen las partes de una operación de concentración de contactar a la FNE, en forma previa a la notificación que pretenden realizar, con el objeto de preparar la información requerida por el Decreto 33 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 1 de marzo de 2017, que Aprueba Reglamento Sobre la Notificación de una Operación de Concentración y resolver las dudas que puedan tener al respecto.

Una vez declarada completa la notificación, la FNE dicta una resolución de inicio de su investigación, la que se divide en dos fases:

Fase 1: la FNE cuenta con un plazo de 30 días para evaluar la operación, plazo en el cual deberá adoptar una de las siguientes decisiones:

i. Aprobar la operación pura y simplemente;

ii. Aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante;

iii. Extender la investigación hasta por 90 días para recabar más antecedentes. Si la FNE no responde dentro de plazo, se entenderá que aprueba la operación.

Fase 2: en caso de que la FNE decida extender la investigación por 90 días adicionales, al término de este puede:

i. Aprobar la operación pura y simplemente;

ii. Aprobar la operación a condición de que se cumpla con las medidas ofrecidas por el notificante; o

iii. Prohibir la operación notificada.

En cuanto al criterio sustantivo de revisión de la FNE (y eventualmente del TDLC), está dirigido a realizar un examen sustantivo con el objeto de determinar si la operación analizada **cuenta con aptitud para reducir sustancialmente la competencia**. El que fue introducido en nuestra legislación en base a las recomendaciones efectuadas por la OCDE (OCDE, 2014, p. 12).

Finalmente, se podrá deducir un recurso de revisión especial en el TDLC en caso de que la FNE prohíba la operación, para lo cual el interesado tendrá un plazo de 10 días desde la notificación de la resolución. Excepcionalmente, procederá un recurso de reclamación ante la Corte Suprema en caso de que se apruebe la operación sujeta a medidas de mitigación (o remedios) distintos de aquellos ofrecidos por las partes[20].

Las partes pueden notificar voluntariamente las operaciones de concentración que pretendan materializar, y la FNE puede iniciar de oficio investigaciones en la materia hasta un año después de perfeccionarse, conforme a lo dispuesto en el artículo 48 del DL 211. Esto es lo que hace que el sistema de control chileno sea uno mixto, y no uno puramente obligatorio o voluntario.

En cuanto a las medidas de mitigación, es necesario destacar que conforme al artículo 53 inciso 3 del D.L. 211 las partes tienen el derecho de "[…] ofrecer al Fiscal Nacional Económico las medidas que estime aptas para mitigar aquellos riesgos que la operación notificada pudiere producir para la libre competencia" (2019). Las medidas se ofrecen por escrito y no constituyen un reconocimiento de

[20] El artículo 31 del DL 211, en su inciso final señala que,

> [e]n contra de la sentencia que pronuncie el Tribunal en virtud de lo establecido en este artículo no procederá recurso alguno, a menos que aquella hubiere condicionado la aprobación de la operación al cumplimiento de medidas distintas de las contempladas en la última propuesta realizada por las partes de conformidad a lo establecido en el inciso tercero del artículo 53. En este último caso, tanto las partes como el Fiscal Nacional Económico podrán deducir el recurso de reclamación a que se refiere el artículo 27 (2019).

la existencia de los riesgos que a través de ellas se pretendan mitigar. Las medidas de mitigación son muy relevantes en el procedimiento de control de operaciones de concentración, debido a que la implementación de estas puede evitar que operaciones que en su diseño original presentaban riesgos para la libre competencia sean bloqueadas por las autoridades competentes. En este sentido, si las medidas de mitigación propuestas por las partes se hacen cargo de manera adecuada de los riesgos anticompetitivos identificados, la concentración deberá ser aprobada, sujeta al cumplimiento de dichas medidas.

Destaca de este procedimiento que la intervención de terceros se ve fuertemente limitada, debido a que los terceros que no hayan tomado parte en la operación de concentración no podrán notificarla a la FNE. Adicionalmente, el expediente de investigación no es público durante la Fase 1. Solo en el caso de que la FNE dicte resolución abriendo la Fase 2, se publicará una versión del expediente y se llamará a los terceros interesados a aportar antecedentes, conforme al artículo 55 del D.L. 211.

Por último, en cuanto a las sanciones, el sistema de control de concentraciones chileno contempla sanciones por no notificar la concentración, por materializarla de forma previa a su aprobación, o por materializarla cuando esta ha sido prohibida. Adicionalmente, existen sanciones para las partes que no aporten la información requerida por la FNE durante la investigación, o aportes información parcial o falsa.

El artículo 3 del D.L. 211 señala que

> [p]ueden aplicarse las medidas del artículo 26, así como aquellas preventivas, correctivas, o prohibitivas que resulten necesarias, a quienes:
>
> a. Infrinjan el deber de notificación que establece el artículo 48 [Obligación de notificar las operaciones de concentración que sobrepasen los umbrales señalados].
>
> b. Contravengan el deber de no perfeccionar una operación de concentración notificada a la Fiscalía Nacional Económica y que se encuentre suspendida de acuerdo con lo establecido en el artículo 49.
>
> c. Incumplan las medidas con que se haya aprobado una operación de concentración, al tenor de lo dispuesto en los artículos 31 bis, 54 o 57, según sea el caso.
>
> d. Perfeccionen una operación de concentración en contra de lo dispuesto en la resolución o sentencia que haya prohibido dicha operación, de conformidad a lo establecido en los artículos 31 bis o 57, según corresponda.
>
> e. Notifiquen una operación de concentración, de conformidad al Título IV, entregando información falsa (1973).

Las medidas señaladas en el artículo 26 del D.L. 211 son amplias. En resumen, estas son las medidas que puede adoptar el TDLC en estos casos:

> a. Modificar o poner término a actos, contratos, convenios, sistemas o acuerdos.
>
> b. Modificar o disolver sociedades, corporaciones y demás personas jurídicas.
>
> c. Aplicar multas a beneficios fiscales hasta una suma equivalente al 30% de las ventas del infractor correspondiente a la línea de productos o servicios asociados a la infracción, por el periodo por el cual se haya extendido la infracción. Si no se puede determinar este monto, se puede aplicar una multa hasta por 60.000 UTA (aproximadamente 44,6 millones USD)[21]. Las multas pueden ser impuestas a la persona jurídica, a sus directores, administradores y a toda persona que haya intervenido en la realización del acto respectivo (2019).

El mismo artículo 26 del D.L. 211 señala en su letra e) que en caso de que se infrinja el deber de notificar a la FNE, la multa asciende hasta 20 UTA –es decir, Unidades Tributarias Anuales– (aproximadamente 14,8 mil USD) por cada día de retardo contado desde el perfeccionamiento de la operación de concentración.

Adicionalmente, el artículo 39 letra h) y j) contempla sanciones para quienes no colaboren o entreguen información falsa durante la investigación de la FNE.

Las sanciones se someten al procedimiento del art. 39 letra h), tramitándose por un procedimiento expedito ante el TDLC, o poniéndose en conocimiento los antecedentes al Ministerio Público, que ejerce la acción penal publica en caso de que la sanción sea penal.

De esta manera, el sistema chileno contempla una serie de sanciones, que van desde multas hasta

[21] Para calcular esta aproximación se tomó el valor de la UTA a junio de 2020, equivalente a $604.464 pesos chilenos. En cuanto al dólar, se tomó el valor semestral del dólar (enero a junio de 2020) siendo este de 812,8 pesos chilenos el dólar.

sanciones penales, para asegurar que se generen los incentivos adecuados para que las partes notifiquen la concentración y aporten la información de forma oportuna durante la investigación de la FNE.

## IV. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL SISTEMA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES PERUANO Y EL CHILENO

### A. Similitudes entre ambos sistemas

Las similitudes entre el control previo de operaciones de concentración chileno y el futuro sistema peruano son varias, entre ellas:

1. El control es realizado por una autoridad de competencia administrativa y no por un Tribunal: en el caso chileno, la autoridad encargada del proceso de revisión inicial es la FNE, mientras que en el caso peruano es la Comisión de Libre Competencia del Indecopi. En ambos casos se contempla una instancia de revisión o apelación de la decisión de prohibición de la operación ante un Tribunal administrativo especial. En cuanto al nivel y garantías de independencia de las autoridades de control frente a los Gobiernos, en el caso de Chile destaca que, al contar tanto la FNE y el TDLC con patrimonio propio y un sistema de nombramiento indirecto, se asegura un alto nivel y garantías para su independencia de los gobiernos de turno. En el caso de Indecopi, se ha destacado la necesidad de establecer mayor autonomía e independencia, proponiéndose incluso la autonomía constitucional del organismo.

2. Las hipótesis que configuran las operaciones de concentración son amplias: en ambos casos, la enumeración realizada por la ley es equivalente. Es necesario notar, sin embargo, que lo relevante no es la forma en que se materialice la concentración, sino el concepto de pérdida de independencia de un agente económico o un activo clave. Sobre este punto, el Indecopi podría desarrollar una guía para entregar más precisión sobre qué debe entenderse por una concentración, como lo hizo la FNE.

3. Los umbrales para someter las operaciones a control previo tienen como base las ventas de las empresas: este criterio es particularmente relevante, considerando que las participaciones de mercado de las empresas son parámetros difíciles de cuantificar de manera exacta y exigen determinar de forma previa el mercado relevante afectado. Esta forma de definir los umbrales hace que estos sean definidos de una manera clara, cuantificable y objetiva (Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, 2008).

4. Notificación voluntaria y la facultad de actuar de oficio de las autoridades de libre competencia en caso de que no se superen los umbrales: la notificación voluntaria permite a los agentes económicos obtener la seguridad jurídica de que su operación no será revisada posteriormente, mientras que la actuación de oficio resuelve ciertos problemas que puede generar la fijación de los umbrales, lo que ha destacado particularmente en el caso de operaciones en mercados digitales, donde la adquisición de competidores incipientes suele no superar los umbrales fijados. En cuanto a la ley peruana, esta no fijó un plazo para ejercer la facultad de actuar de oficio del Indecopi (artículo 6.4 de la Ley 31112), mientras que en el caso chileno, la FNE tiene el plazo de un año tras la materialización de la operación para ejercer dicha facultad (artículo 48 inciso noveno del D.L. 211). La falta de un plazo para ejercer la facultad de oficio podría traer aparejados problemas de certeza jurídica de los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.

5. Separación en dos fases del procedimiento de control ante la autoridad administrativa: en ambos casos se trataría de un procedimiento de dos fases, la primera correspondiente a una revisión preliminar sobre los potenciales riesgos de la operación, y la segunda destinada a los casos más complejos que requieren una investigación más profunda, otorgando a las partes la posibilidad de proponer medidas de mitigación que atenúen estos efectos o posibles eficiencias que los compensen.

6. Procedimientos que contemplan Fase 1 de 30 días y la Fase 2 de 90 días: en ambos casos se contempla una primera fase con una duración legal de 30 días y una segunda fase con una duración de 90 días; sin embargo, el sistema peruano contempla la prórroga por 30 días adicionales de la fase 2, lo que podría implicar un procedimiento más largo. Es importante mencionar que además hay diferencias en torno a las excepciones de suspensión y extensión del plazo para la revisión de la autoridad de competencia de las medidas de mitigación.

7. Criterio sustantivo de revisión: en ambos casos el criterio legal sustantivo de revi-

sión es análogo al criterio empleado por la Unión Europea, correspondiente al previamente referido SIEC, es decir, obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado.

8. Suspensión legal del procedimiento en caso de que las partes presenten medidas de mitigación: en el caso de Perú, lo anterior está señalado en el art. 8.4 de la Ley 31112, mientras que en el caso de Chile dicha suspensión se encuentra en el art. 60 D.L. 211.

9. Las sanciones en caso de no notificar la operación o materializarla de forma previa a la decisión administrativa correspondiente: ambas jurisdicciones contemplan multas y otras sanciones por *gun jumping* además de multas por cada día que no se notifique una operación que debía ser notificada de forma obligatoria. Esto es relevante en cuanto determina la efectividad que tendrá el sistema (González & Benítez, 2009).

10. Procedimiento de notificación simplificada: la Ley 31112 peruana señala que el reglamento del decreto podrá simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revisan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos a la competencia. En Chile, por otra parte, se contempla en el artículo 48 inciso 7 que el reglamento que regula el procedimiento podrá contemplar un mecanismo de notificación simplificada, que requiera del notificante acompañar una menor cantidad de antecedentes. La innovación del D.L. 1510 es clave, en cuanto una parte importante de las operaciones se notifican mediante el formulario de notificación simplificado, como se verá más adelante.

Las similitudes que existen entre ambos sistemas de control previo de operaciones de concentración, en particular las similitudes procesales y en cuanto a los organismos administrativos encargados de la revisión, implican que los casos resueltos en cada jurisdicción pueden ilustrar o dar luces sobre posibles mejoras, críticas u observaciones en el otro sistema. Además, la uniformidad en los procedimientos podría contribuir a su predictibilidad y a la generación de criterios sustantivos comunes de revisión.

### C. Diferencias entre ambos sistemas

A diferencia del sistema peruano, el sistema chileno se ha visto fuertemente complementado por las distintas guías emitidas por la FNE, constituyendo un verdadero *soft law*[22]. Dentro de estas guías, las más relevantes para el análisis de operaciones de concentración son: (i) La Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración (2012), (ii) Guía de Competencia (2017), y la Guía de Remedios (2017). De esta forma, el sistema de control chileno no se encuentra reglado de forma total en el D.L. 211 ni por el reglamento, sino que se encuentra fuertemente suplementado por las guías de la FNE[23]. Sería positivo que el Indecopi peruano adoptara esta práctica, considerando que las guías facilitan la interpretación de la legislación y dan certeza a los actores del procedimiento. El Indecopi ha emitido una serie de guías relativas a la aplicación del derecho de competencia, sin embargo, no ha existido una guía que se refiera al análisis de operaciones de concentración, ni siquiera limitada al sector eléctrico. En este sentido, a diferencia del sistema chileno que se encuentra suplementado por estas guías, el sistema peruano pareció inclinarse por una regulación más acabada dentro de la legislación. Por ejemplo, en la ley se definen los elementos de análisis y los principios inspiradores en el procedimiento. De esta manera, la técnica legislativa peruana permitiría una mayor certidumbre jurídica en torno a elementos sustanciales en el análisis desarrollado por la autoridad de competencia, tal y como los criterios de evaluación de la operación; sin embargo, también podría implicar una obsolescencia de los criterios aplicados, en particular en operaciones de concentración en mercados digitales (Cruz Pinzón, 2019).

Una diferencia sustantiva entre ambos sistemas es que el D.L. 211 determinó en el art. 39 letra o) que es facultad del Fiscal Nacional Económico fijar los umbrales del procedimiento de control de concentraciones. Lo anterior es muy relevante, especialmente si se considera que, en 2 años de vigencia, los umbrales de notificación ya fueron modificados, y el Fiscal Nacional Económico Ricardo Riesco anunció posibles cambios a los mismos (Fiscalía Nacional Económica, 2019). Lo anterior se diferencia de la Ley 31112, ya que los umbrales quedaron fijados en la misma y solo pueden ser modificados por una ley posterior. No obstante, el Indecopi puede sugerir su actualización de manera justificada. Lo anterior podría implicar una

[22] Sobre este punto, es necesario señalar que las Guías de la FNE tienen una fuerte inspiración en las Guías de la Comisión Europea, a pesar de también recoger los lineamientos emitidos por otras autoridades (por ejemplo, los de la Federal Trade Comission de EE. UU), y la OCDE.

[23] Todas las guías de la FNE se encuentran disponibles en su página web institucional.

mayor lentitud en ajustar los umbrales a la carga administrativa efectiva del Indecopi.

Otra diferencia está en las sanciones aplicables a los agentes económicos en el marco del control de concentraciones. En el caso peruano, el art. 10.3 de la Ley 31112 señala que "[p]rocede la nulidad de oficio respecto del acto que autorizó la operación de concentración empresarial cuando se compruebe fraude o falsedad en la declaración, en la información o en la documentación presentada por el agente económico […]" (2019). No existe una sanción similar en el caso chileno, sino que son aplicables las sanciones del artículo 26 del D.L. 211 que contempla la posibilidad de poner término actos o convenciones. Algo similar ocurre en el caso de *gun jumpin*g, ya que el artículo 23.2 de la Ley 31112 contempla la nulidad de los actos derivados de la ejecución, lo que no ocurre en Chile, siendo el TDLC el que tendrá que anular los actos derivados de la concentración no notificada. De forma general, se puede señalar que el D.L. 211 chileno contempla sanciones menos específicas y más abiertas que la Ley 31112 peruana, otorgándole al TDLC la posibilidad de aplicar el amplio abanico de sanciones contemplado en el art. 26 del D.L. 211.

Otra diferencia entre ambos sistemas es la amplitud del recurso de impugnación que se ejerce ante el Tribunal administrativo. En el caso de Chile, el D.L. 211 contempla un recurso de revisión especial en el artículo 57 del D.L. 211, mientras que la Ley 31112 en el artículo 26 peruano contempla una apelación ante el Tribunal del Indecopi. Lo anterior es relevante, ya que en Chile ha sido controvertida la extensión que debe tener el recurso de revisión especial que conoce el TDLC, como se verá más adelante. El hecho de que Perú se haya remitido al recurso de apelación puede resolver con mayor facilidad cuestiones en torno a la extensión del recurso.

A pesar de las diferencias o matices señalados en esta sección, ambos sistemas de control de concentraciones presentan importantes similitudes, lo que permitiría que los casos resueltos hasta ahora por las autoridades de competencia chilena ilustren o sirvan para anticipar los casos que tenga que evaluar la autoridad de competencia peruana.

## V. APRENDIZAJES DEL SISTEMA CHILENO

El control previo de operaciones de concentración en Chile se encuentra vigente desde el día 1 de junio de 2017, lo que ha implicado que la autoridad de competencia ya haya revisado más de 100 operaciones de concentración a la fecha[24]. Lo anterior implica un desarrollo sustancial tanto del criterio aplicado por las autoridades de competencia, plasmado en sus resoluciones sobre concentraciones en variados mercados, como también una evolución doctrinal en torno a los criterios sustantivos y procesales aplicables.

### A. Aprendizajes institucionales: el procedimiento

La experiencia chilena se ha visto nutrida por la generación de estudios cuantitativos y doctrina que evalúan de forma crítica y constructiva el procedimiento de control obligatorio de concentraciones. Un ejemplo de estas contribuciones corresponde al estudio elaborado por el Centro de Competencia de la Universidad Adolfo Ibáñez, realizado con la finalidad de evaluar cuánto tardan las investigaciones de la FNE en materia de fusiones. Este estudio arrojó una serie de conclusiones al evaluar 113 resoluciones de la FNE, tras la implementación del sistema de control preventivo el 1 de junio de 2017 hasta el 15 de enero de 2020 (CentroCompetencia UAI, 2020a).

Entre los resultados más interesantes, se encuentran:

1. Del total de operaciones analizadas, 8 fueron aprobadas con medidas conductuales, 3 con medidas estructurales y 3 fueron prohibidas.

2. El número de operaciones de concentración revisadas al año se encuentra en descenso.

3. Los tiempos efectivos de investigación de la FNE son mayores que los plazos contemplados en la ley, siendo la duración promedio de una investigación de una operación menos compleja equivalente a 63 días corridos desde la presentación de la notificación.

4. Dicho plazo aumenta notoriamente para el caso de las operaciones que pasan a Fase 2, teniendo estas una duración promedio de 274 días corridos. (CentroCompetencia UAI, 2020a)

A partir de esta información, una primera lección para el sistema peruano es la importancia en la claridad sobre lo que constituirá una notificación completa, para que así las partes puedan aportar la mayor cantidad de antecedentes posibles en la

[24] Las resoluciones de la FNE sobre las operaciones de concentración se pueden encontrar en el buscador web de esta institución.

primera fase de revisión y no dilatar este periodo de forma innecesaria. Lo anterior hace prácticamente indispensable un reglamento o una guía que señale detalladamente lo que debe contener la notificación de la operación que presenten las partes al Indecopi.

Por otra parte, la extensión de los periodos de revisión, especialmente en la segunda fase, parecieran anticipar que las autoridades de competencia, una vez que la concentración ya pasó a la Fase 2 del procedimiento, se tomen el tiempo legal para analizarla. Lo anterior podría implicar que el Indecopi haga uso de los 30 días adicionales que permiten prorrogar la Fase 2 que tiene una duración de 90 días. Debido a lo anterior, y considerando que las autoridades administrativas pueden tener incentivos para investigar las operaciones el máximo tiempo posible, es importante destacar que la prórroga deberá siempre ser fundada y excepcional. Al mismo tiempo, la lata extensión de la Fase 2 hace aún más importante la coordinación y cooperación entre las diferentes agencias de libre competencia, para alivianar su carga de análisis y discutir criterios comunes donde sean pertinentes.

## B. Aprendizajes de casos prácticos: dos aprobaciones y una prohibición

Como se señaló anteriormente, la FNE ha resuelto más de 100 casos mediante el sistema de notificación obligatoria de operaciones de concentración. Lo anterior ha implicado un análisis de diversas industrias y mercados, lo que ha permitido consolidar criterios e interpretaciones de las normas aplicables, tanto en su dimensión procesal como institucional. Si bien existen diferencias entre la normativa y la institucionalidad de libre competencia en su conjunto en ambos países, algunos de los casos chilenos, al ser excepcionales, podrían dar luces sobre algunos de los desafíos que enfrentará el sistema peruano. Considerando que el análisis pormenorizado de cada caso escaparía el propósito del trabajo actual, el presente análisis se centra en tres casos, explicando su relevancia y su relación a la normativa procesal y sustantiva de la libre competencia. Lo anterior servirá para ilustrar cómo los casos desarrollados en Chile pueden anticipar o informar futuros casos que se presenten en Perú.

### 1. Caso Integral/Nutrabien: la aplicación del recurso de revisión

La relevancia de este caso radica en que es el único en donde se ha evaluado el alcance del recurso de revisión especial ante el TDLC, que permitiría someter a revisión la decisión administrativa tomada por la FNE. Además, este es uno de los pocos casos en que la FNE prohibió una operación de concentración, por lo que también contribuyó a delimitar el estándar legal aplicable.

En cuanto a la operación, en julio de 2017, Ideal S.A. (en adelante, Ideal), Foods Compañía de Alimentos CCU S.A. y CCU Inversiones S.A., notificaron a la FNE una operación de concentración consistente en la adquisición de Alimentos Nutrabien S.A. (en adelante, Nutrabien) por parte de Ideal (Fiscalía Nacional Económica, 2018). En cuanto al mercado o industria en que se desarrollaban ambas partes, Ideal produce y comercializa productos de panadería y pastelería, mientras que Nutrabien produce bizcochos, galletas y otros productos horneados. En cuanto al mercado afectado por la operación, se destaca que "[l]a oferta de las [p]artes se superponía en las categorías de productos de bizcochos, alfajores y galletas dulces; tanto para el canal tradicional como para el canal supermercadista" (Pavic, 2019, p. 390).

La investigación de la operación de concentración pasó a la Fase 2 del sistema control, y las partes de esta negociaron medidas de mitigación de los riesgos identificados en esa fase. A pesar de las medidas propuestas, mediante resolución, en mayo de 2018 la FNE prohibió la concentración, considerando que los antecedentes del expediente acreditaban que la misma era apta para reducir sustancialmente la competencia[25]. A fines de mayo de 2018, las partes presentaron ante el TDLC un recurso de revisión especial, impugnando la resolución de la FNE en cada uno de sus puntos, siendo por lo tanto el primer caso en que el TDLC resolvería este recurso.

Si bien las consideraciones relativas a la parte sustantiva del caso traen lecciones importantes –tal y como la relevancia de la evidencia económica y el limitado aporte del marco teórico del mercado relevante en ciertas operaciones– lo crucial de este

[25] En particular, la FNE consideró (i) las altas participaciones de mercado, que aumentarían significativamente tras la operación; (ii) los índices de presión al alza en precios, que permitían concluir que tras la operación las partes incrementarían los precios por sobre umbrales tolerados; (iii) la cercanía competitiva de las partes, en particular en el segmento de productos específicos como los brownies donde Ideal sería el principal competidor de Nutrabien; (iv) las eficiencias no fueron debidamente acreditadas, dado que no cumplían el criterio de ser verificables e inherentes a la operación; (v) las falta de un nuevo actor que pudiera disciplinar a las partes, debido a las condiciones de entrada al mercado; (vi) las medidas de mitigación fueron consideradas insuficientes para mitigar los riesgos identificados (Pavic, 2019, pp. 392-393).

caso en términos institucionales y procesales es la delimitación que hizo el TDLC del alcance del recurso de revisión, y el impacto que este genera en el control de operaciones de concentración.

Mediante su decisión, el TDLC resolvió acoger el recurso de revisión especial interpuesto por las partes, aprobando la concentración notificada, sujeta medidas de mitigación. Esta decisión fue acordada con un voto de mayoría de tres ministros, mientras que dos ministros votaron en contra. La división fundamental entre los ministros se dio en torno al alcance del recurso de revisión especial: el voto de mayoría en *Recurso de revisión especial deducido por Ideal S.A.* (*Ideal*), *Foods Compañía Alimentos CCU S.A.* (*Foods*) *y CCU Inversiones S.A. (CCU Inversiones)*, señaló que el recurso de revisión habilita a un **escrutinio tanto sobre el mérito como sobre la validez** de la resolución de la FNE, teniendo el TDLC **amplias facultades para revisar y tomar decisiones** (considerando 6); mientras que el voto de minoría sostuvo que el recurso no tendría el carácter de una apelación ni una reclamación, sino que se debe limitar a una revisión judicial basado en un criterio de deferencia con la autoridad administrativa, corroborando que la misma fuera legal, razonable y no contraria al procedimiento fijado (Pavic, 2019, p. 395).

Finalmente el voto de mayoría fue el que quedó asentado, entre otros motivos, considerando que el artículo 31 bis del D.L. 211 le permite al TDLC, en el marco del recurso de revisión, basarse en información que recabe de oficio o a petición de parte. Lo que se vería corroborado por el hecho de que el mismo artículo habilitaría al TDLC a aprobar la operación, condicionándola al cumplimiento de nuevas medidas de mitigación o condiciones, distintas de aquellas propuestas y negociadas por las partes en la fase administrativa ante la FNE. Esta interpretación, además, sería coherente con la práctica internacional (Pavic, 2019).

De esta manera, la resolución del TDLC vino a resolver una cuestión institucional y procesal no menor, que es la determinación del alcance del recurso de revisión especial ante el TDLC, donde se determinó que su alcance sería amplio, dándole al Tribunal facultades de análisis tanto formal como sustantivas de la decisión administrativa de la FNE.

En el caso del nuevo sistema de control de concentraciones peruano, se establece expresamente que el tipo de recurso será un recurso impugnatorio de apelación ante el Tribunal del Indecopi, siendo este la última instancia administrativa de las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de control previo. La delimitación específica sobre los requisitos de procedencia del recurso, fundamentalmente, la adecuación del recurso, la descripción del agravio y la fundamentación del vicio o error, quedarán entregados a la jurisprudencia emitida por el Tribunal del Indecopi. A pesar de que el recurso pueda dar una amplia facultad de revisión, el Tribunal podría –en los hechos– guardar cierta deferencia al Indecopi.

2. Caso Copec: *failing firm defense* o excepción de empresa en crisis

En junio de 2020, la FNE resolvió aprobar la operación de concentración entre una estación de servicio (conocidas informalmente en Chile como **bomba** o como **grifo** en Perú) que funcionaba como independiente y Copec (la primera distribuidora de combustibles líquidos del país), en la comuna de Hualpén ubicada en la Región del Bío. La adquisición del control de la estación de servicio por parte de Copec involucraba a la empresa dueña del inmueble donde se encontraba la estación en cuestión (SMR), la que detentaba el derecho de explotación de la estación (CGL) y la empresa relacionada de CGL que subarrendaba y operaba la estación de manera independiente (Chajtur). La operación analizada por la FNE consistía en una serie de actos que en definitiva permitían a Copec operar la estación en Hualpén. La relevancia de este caso deriva del hecho de que es una de las pocas aplicaciones de la excepción de empresa en crisis, conocida también como *failing firm defense* (CentroCompetencia UAI, 2020b).

La defensa de empresa en crisis permite que, en ciertos casos excepcionales, las autoridades de competencia aprueben una operación de concentración que presenta riesgos a la libre competencia, cuando se acredita que, de no mediar la operación, una de las empresas notificantes se vería gravemente afectada en términos financieros, lo que le impediría mantenerse compitiendo en el mercado, perjudicando de esta manera a los consumidores (Bórquez Electorat, 2020). En otras palabras, corresponde a la elección de un mal menor, debido a que supone aprobar una operación riesgosa para evitar que una de las empresas (o todas) no pueda mantenerse en el mercado compitiendo, lo que se traduciría en un aumento de precios, menor calidad, o menor innovación en el mercado. Por lo tanto, se trataría de una defensa que deben esgrimir las partes, una vez identificados los riesgos por parte de la autoridad de competencia, quien deberá evaluar el efecto que tendrá la salida del mercado de la o las empresas en cuestión.

La defensa de empresa en crisis se ha tornado particularmente relevante en el contexto actual

de la pandemia de la COVID-19, considerando que esta excepción o defensa podría potencialmente ofrecer cierta flexibilidad a las empresas que quieren concentrarse y se hayan visto gravemente afectadas por las consecuencias económicas de la COVID-19. Debido a lo anterior, y considerando que Perú comenzará a aplicar el control de concentraciones en un contexto donde dichos efectos serán particularmente graves, son relevantes los argumentos empleados por la FNE en este caso para dar cabida a la excepción de empresa en crisis. Estos argumentos podrían ser considerados en Perú cuando corresponda al Indecopi analizar concentraciones en sectores afectados por las medidas sanitarias y las consecuencias económicas de la pandemia.

De forma previa, es necesario destacar que en Chile no existe una ley que se refiera de forma expresa a la aplicación de la defensa de empresa en crisis. Fue la FNE la que delimitó esta excepción en la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración dictada en octubre de 2012 (en esta sección, **Guía**). En la Guía, la FNE describe las condiciones de la excepción de empresa en crisis:

> Para configurar la excepción de empresa en crisis las Partes deberán acreditar:
>
> a. La empresa presuntamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa;
>
> b. Dicha salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa;
>
> c. Que no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrar alternativas (Fiscalía Nacional Económica, 2012, p. 26).

Para acreditar que se cumplan las condiciones, las partes deben agregar la evidencia que estimen conveniente, que corresponderá principalmente a documentos internos relacionados al estado financiero de las partes.

De forma previa a este caso, la FNE había hecho escasas referencias a la excepción de empresa en crisis, siendo esta invocada solamente en cuatro casos resueltos. Solo en el último caso (Adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Red Interclínica S.A. Rol FNE 178-2019) la FNE analizó estrictamente el cumplimiento de las condiciones necesarias para dar lugar a la excepción de empresa en crisis, determinándose que las partes no lograron aportar los antecedentes necesarios, y, por lo tanto, desechándola (Bórquez Electorat, 2020). Por lo tanto, el caso de la estación de servicio de Hualpén toma gran relevancia, debido a que es el primer caso donde expresamente se acepta la excepción de empresa en crisis conforme al estándar fijado en la Guía de la FNE.

En cuanto al análisis concreto, la FNE desarrolló los criterios aplicados para estimar que concurría la excepción de empresa en crisis en un capítulo completo del Informe de Aprobación. Esto anticipa que la excepción debe ser tomada con mucha rigurosidad, para evitar que sea usada como una forma de evadir el control efectivo de una operación de concentración, y que la autoridad apruebe una operación que en el largo plazo será más dañina que beneficiosa para los consumidores.

En este caso, la FNE estimó que se cumplieron los tres requisitos mencionados para dar lugar a la excepción de empresa en crisis, desarrollando los siguientes argumentos:

i. **La empresa abandonará el mercado a causa de sus problemas económicos** (letra a): la FNE señaló que en cuanto a la situación contable y financiera tanto de CGL como de todo el grupo empresarial, la operación de la estación en Hualpén resultaría inviable sin el apoyo constante y permanente de su grupo empresarial. Tanto CGL como su grupo empresarial se situaba *ad-portas* de una insolvencia generalizada (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 8). Es importante destacar que dicha inviabilidad económica era anterior al Estado de Emergencia decretado con la crisis sanitaria derivada de la pandemia de la COVID-19, por lo que se reafirma que, si bien la pandemia puede agravar la situación financiera de una empresa, no basta invocar la pandemia por sí sola para tener acreditado este requisito.

ii. **La salida hará inevitable la desaparición de los activos** (letra b): la FNE señala que "existe certeza respecto de la consecuente salida de los activos de la Estación Objeto del mercado en caso de abandonar CGL la venta minorista de combustibles" y que "no existe otro agente económico dispuesto o capaz de adquirir y operar los activos, por lo que dicho requisito se encuentra asimismo acreditado" (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 9). Lo anterior se acreditó evaluando todos los posibles escenarios alternativos a la compra de los activos por parte de Copec. Todas las alternativas fueros descartadas, por lo que la

adquisición por parte de Copec era la única alternativa viable.

iii. **No existen alternativas menos gravosas a la competencia** (letra c): la FNE concluye que "[…] de la información examinada ha quedado suficientemente acreditado que se hicieron, sin éxito, esfuerzos razonables para encontrar opciones alternativas que permitieran preservar los activos de la Estación Objeto en el mercado de manera menos gravosa para la competencia que la Operación propuesta" (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 9). Lo anterior se acreditó descartando la posibilidad de que dos empresas de distribución minorista de combustible (Esmax y Enex) podrían adquirir el control de la estación.

De esta forma, habiéndose acreditado los tres requisitos, la FNE formalmente aceptó la excepción de empresa en crisis en este caso, señalando lo siguiente:

> Atendidas las circunstancias excepcionales bajo las que las Partes proponen la materialización de la Operación, caracterizada por la adquisición de un agente económico –la Estación Objeto– en situación de evidente crisis económica, cuyos activos abandonarán el mercado en forma inminente de no mediar la Operación y en que se han acreditado los esfuerzos razonables por preservar los activos de una forma alternativa y menos gravosa para la competencia –situación que ha sido profundizada por el impacto en la Estación Objeto del Estado de Emergencia y la Crisis Sanitaria– es que resulta posible a esta División concluir que se ha configurado respecto de la Operación la excepción de empresa en crisis, atendido que los requisitos establecidos en la Guía para acreditarla se encuentran cumplidos (Fiscalía Nacional Económica, 2020, p. 81).

De esta forma, la FNE ha definido los estándares que hacen aplicable la excepción de empresa en crisis, fijando el estándar en un nivel alto, al evaluar de forma pormenorizada y detallada, sobre la base de la información aportada por las partes, si es que realmente se trataría de la alternativa menos gravosa para los consumidores.

En cuanto a la nueva regulación peruana, es recomendable que el criterio de excepción de empresa en crisis sea desarrollado con mayor precisión en una guía del Indecopi, que será particularmente relevante considerando el sombrío panorama económico que podría legar la pandemia de la COVID-19.

De esta manera, el caso analizado es un excelente ejemplo sobre el rigor que ha adoptado la FNE al delimitar el alcance de la excepción de empresa en crisis. Su análisis revela que las partes deben aportar información suficiente y sustantiva que permita acreditar cada una de las condiciones definidas en la Guía. Considerando que las excepciones de empresa en crisis son poco frecuentes, este caso resulta ser un antecedente particularmente útil, tanto para los futuros casos analizados en Chile como para el Indecopi en Perú, que podría tener en consideración los criterios esbozados a la hora de elaborar su propia guía de análisis de operaciones de concentración, o al enfrentarse a un caso en el que los notificantes hagan valer dicha excepción.

3. Caso Iquique: un caso de prohibición

En diciembre de 2019, la FNE prohibió la adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por la empresa Redintereclínica S.A. transformándose en uno de los pocos casos de prohibición por parte de la FNE. Este caso destaca por ser el caso de prohibición más reciente, en que la FNE delimitó nuevamente el criterio aplicable al control de operaciones de concentración (CentroCompetencia UAI, 2019).

En febrero de 2019, las partes notificaron voluntariamente la operación señalada, lo que implicaría que la Red Interclínica participaría en la propiedad de los dos únicos establecimientos hospitalarios privados de la ciudad de Iquique. Una vez declarada completa la notificación, la FNE inició la investigación, solicitando antecedentes a las aseguradoras privadas del sistema de salud chileno (Isapres), a los prestadores institucionales y a otras autoridades sectoriales como el Fondo Nacional de Salud (Fonasa) y a la Superintendencia de Salud. Fue particularmente importante la realización de una encuesta telefónica a usuarios de las clínicas junto con cuestionarios enviados a los médicos de Iquique. La encuesta reveló la fuerte influencia de los médicos en la decisión de sus pacientes al elegir clínicas (40% de los pacientes encuestados lo señaló como principal motivo). Conforme al cuestionario enviado 32 de 45 médicos recomiendan un establecimiento particular para realizar cirugías (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 24). Lo anterior ponía en duda la sustituibilidad de las clínicas privadas con los hospitales del sector público.

Un complejo y extenso análisis de la FNE evaluó los distintos mercados relevantes potencialmente afectados (seis hipótesis distintas) y respecto de todas ellas llegó a la misma conclusión:

> Que, bajo esta estructura de mercado y conforme se expondrá, la Operación implica una con-

> centración de los dos únicos prestadores privados de salud de atención cerrada en el mercado relevante geográfico, otorgando a la entidad resultante la habilidad y los incentivos para aumentar los aranceles y disminuir la calidad de las prestaciones de salud ofrecidas, en perjuicio de los consumidores y de los diversos actores de la industria de la salud en la ciudad de Iquique (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 4).

Es interesante que la FNE haya indagado en el efecto de la operación en relación con la calidad de los servicios prestados, y no meramente en el precio. Dicha tendencia es acorde a las sugerencias de la OCDE (OCDE, 2018). Conforme a la FNE, la calidad no solo se podía ver disminuida en sus aspectos observables, sino que también en aquellos no visibles para el consumidor. Frente a esto, las partes plantearon que el estricto régimen regulatorio al que se encontraban sujetos implicaría que la calidad no se podría ver afectada. Frente a este argumento, la FNE señaló en su resolución que "[…] la competencia en calidad se extiende más allá de esos mínimos, lo cual queda de manifiesto al analizar el comportamiento comercial de las Clínicas, y las razones de preferencia de los usuarios" (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 4).

Adicionalmente, es destacable que la FNE usó por primera vez un nuevo índice económico, el llamado CMCR (*Compensating Marginal Cost Reduction*). Este índice buscaría capturar el nivel de eficiencias o ahorros de costo marginal requeridos para neutralizar el incentivo a aumentar los precios después de la fusión. Su ventaja sobre los otros indicadores es que permitiría tomar en cuenta el efecto de retroalimentación que se genera con los otros productos existentes en el mismo mercado, dada la presión al alza en precios en el mercado. Este índice se suma a una amplia gama de indicadores previamente usados por la FNE en sus investigaciones de concentraciones, lo que confirmaría la sofisticación de las herramientas econométricas empleadas por las autoridades de libre competencia chilenas (CentroCompetencia UAI, 2019).

Tras sopesar los índices y la evidencia aportada en la investigación, el informe de la FNE es concluyente en que la operación notificada presenta riesgos de competencia unilaterales relevantes, siendo estos los siguientes: (i) la concentración conllevaría el aumento de precios para los usuarios finales a través del copago financiado con el plan de salud; (ii) la calidad se vería reducida sobre aquellos aspectos que superan los límites legales regulatorios; (iii) se estiman altos índices de presión al alza en precios para los servicios hospitalarios, para todos los usuarios finales; (iv) se afectaría el sistema de salud público al verse mermada su posición negociadora para hacer derivaciones al extrasistema; y, (iv) en cuanto a las prestaciones ambulatorias y de urgencia, se reduciría la competencia al existir alta concentración y existir condiciones desfavorables a la entrada. Estos riesgos no serían contrarrestados por el poder negociador de las aseguradoras, ni por la presión competitiva que puedan ejercer los prestadores privados ubicados fuera de la región de Tarapacá.

Conforme a la resolución de la FNE, las eficiencias propuestas por las partes no serían posibles de verificar, y no cumplirían el estándar de ser inherentes a la operación. Asimismo, tampoco comenzarían el mayor poder de mercado de la entidad resultante.

En cuanto a las medidas de mitigación propuestas, la FNE las rechazó por considerarlas inadecuadas para mitigar los riesgos, al no ser factibles de implementar, ejecutar ni monitorearlas. Se trataría, conforme a la resolución de la FNE, de medidas esencialmente conductuales y transitorias, incapaces de contrarrestar los riesgos de carácter permanente, debido a las condiciones de entrada a los mercados afectados. Considerando los antecedentes jurídicos y económicos contenidos en el expediente de investigación, la FNE concluyó lo siguiente:

> Que, en definitiva, el perfeccionamiento de la Operación generará un agente económico dotado de posición monopólica en el mercado de la salud privada de atención cerrada en la ciudad de Iquique, y otorgará a la entidad resultante la habilidad y los incentivos para aumentar los aranceles y disminuir la calidad de las prestaciones de salud ofrecidas, con impacto directo en los usuarios. Dichas aprehensiones no se ven acotadas por los contrapesos presentados, ni suficientemente mitigadas por las Medidas ofrecidas (Fiscalía Nacional Económica, 2019, p. 8).

De esta forma, la FNE consolida un criterio de prohibición restrictivo, de *ultima ratio*. En primer lugar, se deben evaluar los riesgos y sopesarlos con las posibles eficiencias de la operación. Si la operación presenta riesgos, se deben evaluar las medidas propuestas por las partes que mitiguen los riesgos. Por último, solo en el caso de que las medidas de mitigación sean insuficientes para contrarrestar de forma efectiva los riesgos, la concentración será prohibida. Lo anterior es confirmado por la cantidad de casos que han sido prohibidos por la FNE: solo 3 de los más de 100 casos analizados.

En este caso, se destaca que la notificación voluntaria y la capacidad de investigar de oficio de la FNE son herramientas muy valiosas, ya que el

hecho de que las partes de una concentración no sobrepasen los umbrales de ventas fijados por la FNE no implica que las operaciones no presenten riesgos desde la perspectiva de libre competencia. Por lo anterior, es necesario que las partes tengan la posibilidad de someter su operación a escrutinio y la autoridad de libre competencia de iniciar investigaciones de oficio.

Los tres casos analizados permiten ilustrar diferentes desafíos que ha enfrentado el sistema de control de operaciones de concentración en Chile y cómo estos han sido resueltos por las autoridades de libre competencia. Su resolución ha sentado relevantes criterios tanto en torno a la delimitación del procedimiento, como a los criterios sustantivos de evaluación aplicables por las autoridades de competencia. Dichas resoluciones podrían informar el criterio que tendrán que aplicar las autoridades de competencia peruanas en la aplicación del nuevo sistema de control de concentraciones.

## VI. HACIA UNA MAYOR COOPERACIÓN Y COORDINACIÓN EN LOS SISTEMAS DE CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LATINOAMÉRICA

Cada sistema de control de operaciones de concentración debe ajustarse a la realidad de los mercados locales de cada país. En este sentido, sería forzoso fijar umbrales similares o procedimientos idénticos en países que tienen trayectorias diversas en cuanto a su institucionalidad, normativa de libre competencia y desarrollo económico (International Competition Network, 2004).

A pesar de las diferencias locales que puedan existir en cada país, una parte relevante de la información que debe ser aportada por las partes en un proceso de notificación puede fácilmente asimilarse a la que debe ser presentada en otro país. Un ejemplo de esto es la descripción de las actividades de las partes notificantes, los competidores cercanos que tienen en un mercado determinado, la estructura de la transacción y sus plazos de implementación, entre otros. Si bien cada concentración tiene elementos eminentemente locales, lo cierto es que mucha de esta información podría fácilmente asimilarse en las distintas jurisdicciones, y con mayor razón, entre países vecinos.

Debido a lo anterior, la sistematización de la información requerida para notificar es particularmente relevante considerando que los plazos de revisión por parte de la autoridad de competencia suelen extenderse más allá de los señalados legalmente, que suelen ser los originalmente contemplados por los notificantes. De hecho, este fue uno de los elementos destacados por el Fiscal Nacional Económico en su última cuenta pública, quien señaló que se debía buscar acortar los plazos de las investigaciones, en particular las que debiesen tener un menor impacto en la competencia (Fiscalía Nacional Económica, 2020).

En cuanto a los criterios de evaluación, su correcta y proporcional aplicación dependerá en parte de la capacidad técnica e institucional que tenga cada autoridad de competencia. Sin embargo, es razonable esperar que las autoridades de competencia, más aún con las innovaciones tecnológicas que permiten la comunicación expedita y directa, puedan discutir sus criterios para mantener cierta uniformidad a lo largo de las jurisdicciones afectadas por la operación (OCDE, 2011). Lo anterior podría implicar que el resultado de la resolución de una operación de concentración que es notificada en un país tenga un resultado equivalente cuando es notificada en otro en que las condiciones del mercado afectado son similares.

Si bien un formulario único de notificación de las operaciones de concentración en Latinoamérica parece un sueño inviable, no parece descabellado sugerir que las distintas jurisdicciones traten de tener criterios comunes en sus guías y regulación de *soft law*, las que son publicadas por las distintas autoridades de competencia (OCDE, 2011). La reunión de criterios de evaluación fácilmente comparables en las distintas jurisdicciones no solo reduciría la carga administrativa para las partes notificantes, sino que facilitaría su revisión, ahorrando tiempo y recursos a las agencias de competencia.

Esta cooperación y coordinación tiene reflejo en la legislación peruana y la chilena, lo que habilita tanto a Indecopi como a la FNE a darle aplicación. En Perú, se incluyó expresamente la cooperación institucional, conforme a memorandos de entendimiento u otros acuerdos institucionales. Por su parte, el D.L. 211 chileno contempla expresamente la colaboración internacional en el artículo 39 letra l). Ambas herramientas de cooperación pueden ser esenciales en casos donde una concentración tenga efectos en ambas jurisdicciones[26].

[26] Un tema relacionado que sería interesante evaluar es la utilidad y la viabilidad de una futura armonización de los regímenes jurídicos del control de las operaciones de concentración en el marco de las experiencias de integración latinoamericanas, mediante organismos como la Comunidad Andina y el Mercado Común del Sur (Mercosur). En este sentido, podrían existir diversas ventajas y beneficios para el comercio si dichos organismos funcionaran como articuladores de

## VII. CONCLUSIONES

La promulgación del nuevo sistema de control previo y obligatorio de operaciones de concentración empresariales en Perú plantea un gran desafío para el Indecopi y para los agentes económicos del mercado peruano en general. Este implicará adaptarse a un sistema de control riguroso, con la aspiración de resguardar la libre competencia de forma preventiva en todos los mercados, y ya no solo en el sector eléctrico. En este sentido, la experiencia chilena puede ser particularmente útil para comprender los desafíos que enfrentará el control de concentraciones peruano, al tener ambos sistemas una estructura institucional y procedimental similar.

Al analizar la estructura institucional y procesal delineada en la Ley 31112 es claro que el sistema de control de concentraciones peruano que se implementará durante el 2021 es similar al actual sistema chileno, al tratarse de un sistema preventivo definido por umbrales de ventas, donde el procedimiento se desarrolla ante una autoridad administrativa especializada en libre competencia en dos etapas (Fase 1 y 2), y donde existe un recurso de revisión o apelación ante un Tribunal especializado en libre competencia. Lo anterior hace que los casos desarrollados en Chile puedan anticipar las discusiones aplicables a los casos que vayan a presentarse en Perú, y también implica que las guías desarrolladas extensamente por la FNE puedan ser tomadas como un referente en la elaboración de las propias guías futuras de Indecopi.

Los tres casos analizados en este trabajo permiten ilustrar algunas de las discusiones tanto procesales como sustantivas que se han desarrollado en torno al sistema de control previo de concentraciones chileno. Los casos analizados muestran cómo se definió por el TDLC el ámbito de aplicación del recurso de revisión especial, los criterios sustantivos aplicados por la FNE en la aceptación de la excepción de empresa en crisis, además de los criterios tanto económicos como jurídicos que han delimitado el estándar legal aplicable para prohibir una concentración sometida a control. Estas discusiones pueden ser tomadas en consideración por las autoridades y expertos del derecho de la libre competencia en Perú para nutrir su práctica futura. De la misma forma, los futuros casos que se resuelvan en Perú servirán para alimentar la discusión en Chile.

Si bien cada autoridad de competencia tendrá una distinta aproximación a las concentraciones que analiza, no deja de ser menos cierto que la experiencia comparada y las resoluciones de otras autoridades de competencia pueden ser un gran aporte a las prácticas locales, lo que a su vez promueve una mayor uniformidad en los criterios de evaluación de las concentraciones que tienen efectos en múltiples jurisdicciones. Adicionalmente, una cooperación y coordinación efectiva entre las autoridades de competencia podría implicar facilitar el proceso de notificación a los agentes económico y aliviar la carga administrativa que supone la revisión, promoviendo de esta forma controles de concentración más eficientes y eficaces.

## REFERENCIAS


Bórquez Electorat, F. (2020). ¿Debiera flexibilizarse la defensa de la firma fallida en época de crisis. *Investigaciones CeCo*. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/06/B%C3%B3rquez-Debiera-flexibilizarse-la-defensa-de-la-firma-fallida-en-%C3%A9poca-de-crisis-econ%C3%B3mica.pdf

CentroCompetencia UAI (2019, 30 de diciembre). *La prohibición de concentración de clínicas en Iquique*. https://centrocompetencia.com/la-prohibicion-de-concentracion-de-clinicas-en-iquique/

(2020a, febrero). *¿Cuánto tardan las investigaciones de la Fiscalía Nacional Económica en materia?*. *Investigaciones CeCo*. https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/02/CeCo_Cu%C3%A1nto-tardan-investigaciones-FNE-op-de-concentraci%C3%B3n.pdf

(2020b, 26 de junio). *La FNE, estación de servicios de Hualpén y empresa en crisis*. https://centrocompetencia.com/la-fne-estacion-de-servicios-de-hualpen-y-empresa-en-crisis/

Cruz Pinzón, L. (2019). Análisis de concentraciones en economías digitales. En V. Facuse & A. M. Montoya, *Desafíos de la libre competencia en iberoamérica* (pp. 95-113). Legal Publishing Chile.

Fiscalía Nacional Económica (2012). *Guía para el Análisis de Operaciones de Concentra-*


una armonización legislativa, con el objetivo de uniformar los procedimientos y criterios aplicables a los procedimientos de control de concentraciones, más allá de la posibilidad de coordinación y cooperación entre las autoridades de libre competencia. Lo anterior, podría reforzar la seguridad jurídica y reducir los costos de transacción para los agentes económicos en el marco de las concentraciones empresariales.

*ción.* https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

(2017). *Guía de Competencia.* https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2017/10/Guia-de-competencia.pdf

(2019). Informe de ajuste de umbrales de notificación de operaciones de concentración. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/03/Informe-de-ajuste-de-umbrales.pdf

(2020). *Cuenta Pública Participativa FNE.* https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/05/Discurso-Cuenta-P%C3%BAblica-Participativa-2019.pdf

González, A., & Benítez, D. (2009). Optimal pre-merger notification mechanisms-incentives and efficiency of mandatory and voluntary schemes. *Policy Research Working Papers*. https://doi.org/10.1596/1813-9450-4936

International Competition Network (2004). *Report on the Costs and Burdens of Multijurisdictional Merger Review.* https://centrocedec.files.wordpress.com/2015/07/report-on-the-costs-and-burdens-of-multijurisdictional-merger-review-2004.pdf

Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup (2008). *Report to the ICN annual conference: Setting Notification Thresholds for Merger Review.* International Competition Network. https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/05/MWG_SettingMergerNotificationThresholds.pdf

Nehme, N., & Mordoj, B. (2012). Diseños institucionales de control de concentraciones. *Revista Estudios Públicos,* (125), 87-137. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20160304/20160304095902/rev125_NNehme-BMordoj.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2011). *Cross-Border Merger Control: Challenges for Developing and Emerging Economies.* https://www.oecd.org/competition/mergers/50114086.pdf

(2014). *Evaluación del Régimen de Control de Concentraciones en Chile.* http://www.oecd.org/daf/competition/Chile%20merger%20control_ESP_nov14.pdf

(2018). *Considering non-price effects in merger control – Background note by the Secretariat.* https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2018)2/en/pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] & Banco Interamericano de Desarrollo [BID] (2012). *Seguimiento a los nueve exámenes inter-pares de la política y del derecho de competencia de países de américa latina: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, Honduras, México, Panamá y Perú.* https://www.oecd.org/daf/competition/2012Follow-upNinePeer%20Review_sp.pdf

(2018). *Exámenes Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú.* https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-del-competencia-peru-2018.htm

Pavic Jiménez, L. (2019). Desafíos del sistema de ocntrol de operaciones de concentración: un análisis del caso Ideal/Nutrabien. En V. Facuse & A. M. Montoya, *Desafíos de la Libre Competencia en Iberoamérica* (pp. 385-412). Legal Publishing Chile.

Zúñiga Fernández, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. *Ius Et Veritas*, (56), 220-256.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Circular única, Superintendencia de Industria y Comercio, de 19 de julio de 2001, [44.511] Diario Oficial [D.O.] (Col.).

Decreto 194/020, 15 de julio de 2020, [30.483] Diario Oficial [D.O.] (Uru.).

Decreto 2153 de 1992, 30 de diciembre de 1992, [40.704] Diario Oficial [D.O.] (Col.).

Decreto 33, Ministerio de Economía, Fomento y Turismo aprueba Reglamento sobre la Notificación de una Operación de Concentración, 1 de marzo de 2017, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Decreto de Urgencia 013-2019, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Legislativo 1510, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2020 (Perú).

Decreto Legislativo 1033, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1034, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 807, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de abril de 1996 (Perú).

Decreto Ley 211, Diario Oficial, 22 de diciembre de 1973 (Chile).

Decreto Supremo 009-2009-PCM, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de febrero de 2009 (Perú).

Fiscalía Nacional Económica (2018). Informe de prohibición de operación de concentración Ideal S.A. - Nuetrabien S.A. Rol FNE F90-2017 (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/05/inpr_F90_2017.pdf

(2019). Informe de prohibición de la adquisición de control de Clínica Iquique S.A. por parte de Redinterclínica S.A. (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/inproh_F178_2019-1.pdf

(2019). Resolución de aprobación de la Adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/aprob57a_F216_2019.pdf

(2019). *Resolución de prohibición de la adquisición por par de Redinterclínica S.A. de Clínica Iquiqie S.A*. (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2019/12/proh57c_F178_2019.pdf

(2020). Informe de aprobación de la adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. (Chile). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2_F216_2019.pdf

Ley 1340, 21 de julio de 2009, [47.420] Diario Oficial [D.O.] (Col.).

Ley 12529 de 30 de noviembre de 2011, Diário Oficial da União [D.O.U], sección 1: 1 del 1 de diciembre de 2011 (Bras.).

Ley 18118, Legisla sobre el Ejercicio de la Actividad de Martillero Público, 30 de abril de 1982, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 19336, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción modifica Artículo 7º del Decreto Ley Nº 211, de 1973, sobre Normas para la Defensa de la Libre Competencia, 5 de septiembre de 1994, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 19610, Fortalece las Atribuciones de la Fiscalía Nacional Económica, 30 de abril de 1999, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 19806, Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal, 13 de mayo de 2002, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 19833, Defensa de la Libre Competencia en el Comercio, 2 de octubre de 2019, [30.286] Diario Oficial [D.O.] (Uru.).

Ley 19911, Crea el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 20 de octubre de 2003, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 20088, Establece como Obligatoria la Declaración Jurada Patrimonial de Bienes a las Autoridades que Ejercen una Función Pública, 27 de diciembre de 2005, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 20945, Perfecciona el Sistema de Defensa de la Libre Competencia, 19 de agosto de 2016, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 1997 (Perú).

Ley 27442, Decreto Reglamentario 480/2018, Ley de Defensa de la Competencia, 14 de abril de 2018, B.O. (Arg.).

Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 06 de enero de 2021 (Perú).

Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], Diario Oficial de la Federación [D.O.F] 23 de mayo de 2014, últimas reformas 27 de enero de 2017 (Méx.).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, 10 de octubre de 2011, [555] Registro Oficial (Ecuador).

Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones"), 2004 Diario Oficial (L 024) 1.

Resolución 2 de 29 de mayo de 2012, Conselho Administrativo de Defesa Econômica, Diário Oficial da União [D.O.U], (105, 1): 88, de mayo de 2012 (Bras.).

Resolución 208/2018, Secretaría de Comercio, 11 de abril de 2018, [33850] B.O. 102 (Arg.).

Resolución 40/2001, Secretaría de Defensa de la Competencia y del Consumidor, 22 de febrero de 2001, [29596] B.O. 12 (Arg.).

Resolución Exenta 157, Adecúa y Fija los Umbrales de las Letras A) y B) del Artículo 48 del Título IV del Decreto Ley Nº 211 de 1973, que Fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia, 25 de marzo de 2019, Diario Oficial [D.O.] (Chile).

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. (27 de noviembre de 2018). Recurso de revisión especial deducido por Ideal S.A. ("Ideal"), Foods Compañía Alimentos CCU S.A. ("Foods") y CCU Inversiones S.A. ("CCU Inversiones") (Chile). https://www.tdlc.cl/nuevo_tdlc/wp-content/uploads/sentencias/Sentencia_166_2018.pdf

10.18800/themis.202002.015

# ¡SÁLVESE QUIEN PUEDA! PROPUESTAS SOBRE LA APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE EMPRESA EN CRISIS

## *EVERYONE FOR THEMSELVES! PROPOSALS ON THE APPLICATION OF THE FAILING FIRM DEFENSE*

**Gianfranco Bocanegra Abarca***
**Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual**

**Ximena Calderón Rojas****
**Bullard, Falla, Ezcurra+**

*COVID-19 has undoubtedly generated a business crisis that will not be easy to resolve. In this context, the failing firm defense becomes especially relevant, having been expressly introduced for a few months in Peruvian legislation on the occasion of the pandemic through Legislative Decree 1510, in order for the competition agency to take this aspect into account in its merger control decisions. Although, subsequently through Law 31112, Law that establishes merger control, the failing firm defense is o mentioned, this law leaves open the possibility of its application.*

*In this article, the authors analyze the failing firm defense, in order to comprehend its importance in the context of the pandemic. Also, they propose guidelines and amendments to strengthen the regulation of Law 31112.*

*Keywords: failing firm defense; Emergency Decree 013-2019; merger control; Indecopi.*

*El COVID-19 ha generado, indudablemente, una crisis empresarial que no será sencilla de resolver. En este contexto, la figura de la excepción de la empresa en crisis cobra especial relevancia, al haber sido introducida de manera expresa por unos meses en la legislación peruana con ocasión de la pandemia a través del Decreto Legislativo 1510, con la finalidad de que la agencia de competencia tome este aspecto en consideración en sus decisiones en materia de control de concentraciones. Si bien, posteriormente a través de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, ya no se menciona la excepción de la empresa en crisis, esta ley deja abierta la posibilidad de su aplicación.*

*En el presente texto, los autores analizan la figura de la excepción de la empresa en crisis o failing firm defense, con el fin de entender su importancia en el contexto crítico de la pandemia. Asimismo, proponen lineamientos y modificaciones para fortalecer la regulación de la Ley 31112.*

*Palabras clave: excepción de empresa en crisis; Decreto de Urgencia 013-2019; control de concentraciones; Indecopi.*

* Abogado. Abogado de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi (Lima, Perú). Contacto: gbocanegra@indecopi.gob.pe

** Abogada. Estudios de posgrado en Regulación y Competencia en la Universidad de Valladolid. Asociada del área de Regulación y Competencia de Bullard, Falla, Ezcurra+ (Lima, Perú). Contacto: xcalderon@bullardabogados.pe

Las opiniones expresadas en el presente artículo son únicamente atribuibles a los autores. El presente artículo fue presentado el 6 de julio de 2020, cuando estaba promulgado el Decreto de Urgencia 013-2019. Dados los recientes cambios normativos, los autores tomaron la decisión de actualizar el artículo en beneficio de los lectores.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 23 de septiembre de 2020.

## I. CRÓNICAS DE UNA PANDEMIA

A inicios del año 2020, era difícil anticipar un escenario como el actual, de estados de emergencia sanitarias declarados a nivel mundial que trajeron como consecuencia la paralización de la gran mayoría de los negocios durante varios meses. De esta manera, es indudable que el COVID-19 ha generado una crisis económica y sanitaria mundial, encontrándose, a la fecha, la mayoría de los países en proceso de una reactivación económica.

Al respecto, según el Fondo Monetario Internacional, se estima que la economía mundial sufrirá una brusca contracción de -3.5% en el 2020 (Fondo Monetario Internacional, 2021), resultados que superarían la última crisis financiera producida en 2008-2009, siendo únicamente comparable con la Gran Depresión de 1929 (BBC News Mundo, 2020). Además, es ilustrador el contraste de lo señalado por la agencia Moody's a inicios del 2020, cuando estimaba un crecimiento de la economía peruana de 3% por encima del promedio regional (Villar Sánchez, 2020); mientras que, para enero del 2021, se estima que existió un decrecimiento de 11.6% (Diario Gestión, 2021).

En este contexto de pandemia mundial y crisis económica, muchas de las empresas se verán obligadas a acudir a los mecanismos disponibles en el ordenamiento jurídico para superar su grave situación económica y financiera. Entre estos mecanismos podemos encontrar las herramientas concursales, ayudas o programas estatales y las operaciones de concentración empresarial que les permitirán obtener el financiamiento necesario para rescatar a la empresa y así evitar su salida del mercado. Siendo que el régimen de control de las concentraciones entraría en vigencia en el Perú en el 2021[1], es probable que algunas operaciones que se originen durante la crisis del COVID-19, queden sujetas al procedimiento de notificación y autorización previa por parte del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi).

Siendo ello así, en el presente artículo, abordamos la llamada excepción de la empresa en crisis (en adelante, EEC) (*failing firm defense*, en el derecho comparado), la cual fue introducida por unos meses de manera expresa en nuestro régimen de control de las concentraciones a propósito de la crisis del COVID-19. De esta manera, en la sección II del texto desarrollaremos el marco teórico de la EEC y la experiencia comparada, incluyendo su definición y las críticas que ha recibido esta doctrina. Por su parte, en la sección III plantearemos algunas propuestas para nuestro ordenamiento jurídico a la luz de la experiencia comparada, tanto a nivel de la ley como de los lineamientos que aprobará el Indecopi en materia de control de concentraciones; y, finalmente, en la sección IV presentaremos nuestras conclusiones.

## II. MARCO TEÓRICO DE LA EEC Y EXPERIENCIA COMPARADA

### A. La EEC en el sistema de control de las concentraciones en Perú en el contexto de la crisis del COVID-19

En noviembre del año 2019, mediante el Decreto de Urgencia 013-2019[2] (en adelante, DU 013), se aprobó en el Perú un régimen de control de las concentraciones, el cual estaba previsto para que entre en vigencia el 1 de marzo de 2021 por un período de 5 años. Hasta ese momento y desde 1997, solo existía un régimen de control de las concentraciones en el sector eléctrico, regulado por la Ley 26876 (Ley de Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 017-98-ITINCI[3].

El texto original del DU 013 establecía un listado enunciativo de factores que el órgano competente debería tener en consideración al analizar los efectos de la operación notificada en la competencia en los mercados involucrados. Los factores que se mencionan son la estructura del mercado involucrado, la competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate las fuentes de distribución y comercialización, las barreras legales o de otro tipo para el acceso al mercado, el poder económico y financiero de las empresas involucradas, la creación o fortalecimiento de una po-

[1] Según sus Disposiciones Complementarias Finales, la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, entrará en vigencia una vez que se publique su reglamento y, luego de ello, se aprueben las modificaciones a las normas que rigen la organización y funciones del Indecopi. A la fecha de actualización de este artículo, este reglamento aún no ha sido publicado.

[2] Originalmente, la vigencia del Decreto de Urgencia 013-2019 estaba prevista para agosto de 2020. No obstante, mediante el Decreto Legislativo 1510, publicado el 11 de mayo de 2020, esta vigencia fue modificada a la fecha mencionada.

[3] Asimismo, mediante el Decreto Supremo 087-2002-EF, se aprobaron disposiciones reglamentarias de la Ley 26876, con respecto a operaciones de concentración en el sector eléctrico que se produzcan como consecuencia de los procesos de promoción de la inversión privada a cargo de la Agencia de Promoción de la Inversión – Proinversión.

sición de dominio, y la generación de eficiencias económicas (Decreto de Urgencia 013, 2019, art. 7.2). Estos factores son similares a los que se encontraban regulados en el marco de la Ley 26876 y su Reglamento en lo que respecta al sector eléctrico (Decreto Supremo 017-98-ITINCI, 1998, art. 19).

En mayo de 2020, mediante el Decreto Legislativo 1510 (en adelante, DL 1510), se modificaron e introdujeron disposiciones al DU 013, a fin de fortalecer el sistema de evaluación previa[4]. Entre ellas se destaca el reconocimiento de un factor adicional que el órgano competente debía tener en consideración en el procedimiento de control previo: "**la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, debidamente acreditadas por las partes notificantes"** (Decreto Legislativo 1510, 2020, art. 3) [el énfasis es nuestro].

Posteriormente, el 7 de enero de 2021, se publicó la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (en adelante, la Ley 31112), que derogará el DU 013 una vez que entre en vigencia. Esta ley ya no menciona la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas, pero deja abierta esta posibilidad dado que la lista de factores que el órgano competente tendrá en consideración es enunciativa[5].

Este factor adicional al que hizo referencia el DL 1510 recibe la denominación de EEC o *Failing Firm Defense*.

### B. Entendiendo la ECC: definición, requisitos para su configuración a nivel comparado y críticas sobre su aplicación

#### 1. Definición de la ECC

La EEC es un aspecto que se analiza como parte del **contrafactual** en el cual las autoridades encargadas evalúan el nivel de competencia en los mercados involucrados con y sin que la operación tenga lugar[6]. De esta manera, la EEC agrega un escenario adicional en el que la empresa o activos adquiridos saldrán del mercado en caso de no llevarse a cabo la operación[7]. Para la configuración de esta excepción, las partes intervinientes en la operación deben probar a la autoridad de competencia que, a pesar de que la transacción pueda involucrar ciertas preocupaciones sobre los efectos de esta en la competencia, la única otra alternativa sería la salida del mercado de la empresa en crisis, lo cual sería más perjudicial para este.

En ese sentido, la ECC se trata de una excepción, porque permite que las autoridades autoricen operaciones en las que han detectado riesgos para la competencia, debido a que concluyen que el escenario sin la empresa o los activos sería igual o aún más perjudicial para el mercado[8].

---

4 Según la parte considerativa del Decreto Legislativo 1510 (2020):

> Resulta indispensable prorrogar la entrada en vigencia del Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, a fin de que puedan completarse adecuadamente las acciones de implementación necesarias, así como modificar determinadas disposiciones para fortalecer el sistema de evaluación previa.

5 Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial:

> Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial
>
> (…) 7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, **entre otros**, los siguientes factores: (…) (2021) [el énfasis es nuestro].

6 Para mayor detalle:

> 197. En el análisis de operaciones de concentración se ponderan los niveles de competencia que se espera con y sin que la operación tenga lugar –lo que se denomina "contrafactual"– a modo de evaluar si las operaciones sometidas a su conocimiento son aptas para reducir sustancialmente la competencia (Fiscalía Nacional Económica, 2020a, p. 62).

7 Al respecto, Pérez Molina ha señalado que:

> Es usual que en las crisis económicas muchos de los operadores del mercado tengan que enfrentarse con graves dificultades. A fin de remediar esta situación, los competidores pueden optar por celebrar operaciones de concentración con empresas que se encuentran en mejores condiciones. De ahí que las autoridades de competencia se vean obligadas a evaluar concentraciones empresariales en las que toman parte empresas con sustanciales inconvenientes financieros (OECD, 2009, p. 11).

8 Al respecto, el CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez señala:

> Esta modificación en el escenario contrafactual es lo que las partes de una fusión pretenden hacer valer al invocar la defensa de empresa en crisis. Se trata de una excepción, porque en su sentido estricto, permite aprobar operaciones de concentración aun si la autoridad ha detectado riesgos anticompetitivos. En otras palabras, a pesar de que un análisis prima facie de la operación arroje que la misma se traduciría –utilizando los términos del DL 211– en una reducción sustancial a la competencia, la fusión debe ser aprobada excepcionalmente, ya que de lo contrario los activos del agente desaparecerán, surtiendo un daño a la competencia o todavía mayor (2020, p. 3).

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, OECD), la EEC tiene su origen en la Corte Suprema de los Estados Unidos de Norte América con el caso *International Shoe c. FTC* de 1930 (2009, p. 19). Posteriormente, en los años 60, en el caso *Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos* esta misma corte desarrolló por primera vez una serie de requisitos que necesariamente debían cumplirse para que se configure la EEC. Estos requisitos fueron recogidos posteriormente en 1997 por la Guía de Concentraciones Horizontales (Horizontal Merger Guidelines) emitida por el Departamento de Justicia (DOJ[9]) y la Comisión Federal de Comercio (FTC[10]) y, asimismo, han sido adaptados por diversas agencias de competencia a nivel mundial.

En este punto, conviene precisar que la EEC se distingue de la doctrina de *Failing Division Defense* o Excepción de División en Crisis (en adelante, EDC), reconocida en otros países como Estados Unidos, la Unión Europea y el Reino Unido[11]. Esta excepción se alega en aquellos casos en los que una empresa desea vender una unidad de su negocio, que saldrá del mercado si la venta no se materializa. La importancia de la distinción entre la EEC y la EDC es mencionada por NZERO citando los casos de *Reed Roller Bit Co c. Estados Unidos* y *Blue Bell Inc c. Estados Unidos*, en los que las partes involucradas en la operación no pudieron demostrar los requisitos de la EEC cuando en realidad estos casos encajaban en la doctrina de la EDC (Nzero, 2014, p. 451). En cualquier caso, se trata de una doctrina que se podría estudiar y aplicar al caso peruano, puesto que la lista de factores que tendrá en consideración la Comisión de Defensa de Libre Competencia (en adelante, Comisión) del Indecopi según la Ley 31112 es enunciativa.

2. Requisitos para la configuración de la ECC a nivel comparado

De una revisión de los requisitos aprobados en otros países para la configuración de la EEC, observamos que todos se han basado en los tres requisitos desarrollados por la Guía de los Estados Unidos, solamente con algunas sutiles diferencias (OECD, 2009, p. 176)[12]. Estos suelen ser aplicados de forma estricta por las agencias de competencia, debido a que la cuota de mercado y activos de la empresa en crisis serán absorbidos por un competidor.

Al respecto, en el contexto de la crisis del COVID-19, la OECD (2020a) ha señalado que estos tres requisitos son: (i) sin la operación de concentración empresarial, la empresa en crisis saldría del mercado en el futuro cercano como resultado de sus dificultades financieras; (ii) no existe una transacción o reorganización alternativa y factible que sea menos anticompetitiva que la operación propuesta; y, (iii) sin la fusión, los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado[13].

A continuación, desarrollamos brevemente la experiencia en otros países del mundo:

- *Estados Unidos*

Como ya mencionamos, los requisitos para la configuración de la EEC se utilizaron por primera vez en el caso *Citizen Publishing Co. c. Estados*

---

9 Por sus siglas en inglés: Department of Justice

10 Por sus siglas en inglés: Federal Trade Commission.

11 A manera de ejemplo, los lineamientos de los Estados Unidos mencionan lo siguiente:

> Usualmente las agencias no atienden alegaciones referidas a que los activos de una división saldrían del mercado en el futuro cercano a menos que las dos siguientes condiciones se cumplan: (1) aplicando reglas de asignación de costos que reflejen los verdaderos costos económicos, la división tiene de manera persistente un flujo de caja negativo en un servicio continuo, y dicho flujo de caja negativo no es económicamente justificado para la empresa en beneficios como ventas adicionales en mercados complementarios o mejorar la fidelidad del cliente; y (2) el dueño de la división en crisis ha realizado infructíferos esfuerzos de buena fe para obtener alternativas razonables que permitirían mantener sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante, generando un menor daño a la competencia que la adquisición propuesta (U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), 2010, p. 32).

12 Como señala Juan David Gutiérrez, la variación a nivel de las legislaciones de la región de América Latina podría estar en el estándar probatorio necesario para presentar esta excepción:

> seguramente habrá variación entre las autoridades de competencia de la región respecto del estándar probatorio que requieran para dar su visto bueno a operaciones que podrían generar limitaciones significativas a la competencia bajo el amparo de la 'excepción de empresa en crisis' (2020, p. 21).

13 La OECD expresa lo siguiente:

> There is general consensus that a FFD should only be accepted when three cumulative conditions are met: (i) absent the merger, the failing firm would exit the market in the near future as a result of its financial difficulties; (ii) there is no feasible alternative transaction or reorganisation that is less anti-competitive than the proposed merger; and (iii) absent the merger, the assets of the failing firm would inevitably exit the market. Since the market share and the assets of the target would be entirely acquired by one competitor (i.e. the acquirer), the fulfilment of these high requirements appears necessary to exclude that a less restrictive option is available (OECD, 2020a, p. 8).

*Unidos* de 1969. En este caso, la Corte Suprema concluyó que los requisitos de la doctrina de la EEC no se cumplieron, debido a que, entre otras razones, no había ninguna indicación de que los dueños de la empresa Citizen Publishing hayan planeado liquidar la empresa o vender el periódico, así como tampoco había evidencia alguna de que el acuerdo haya sido la última alternativa para la empresa en crisis (*Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos*, 1969).

Posteriormente, estos requisitos fueron adaptados y recogidos en 1997 en la Guía de Concentraciones Horizontales[14] de la siguiente forma: (i) la supuesta empresa en crisis debería encontrarse imposibilitada de cumplir con sus obligaciones financieras en el futuro cercano; (ii) no es posible que se someta a un proceso de reestructuración bajo el Capítulo 11 de la Ley de Quiebra (*Bankruptcy Act*); y, (iii) ha realizado esfuerzos razonables (de buena fe) para obtener otras ofertas que le permitan mantener sus activos tangibles e intangibles en el mercado relevante que impliquen una opción menos lesiva para la competencia que la operación de concentración empresarial.

Cabe mencionar que en la Guía se ha precisado que cualquier oferta de compra de los activos de la empresa en crisis que se encuentre por encima del valor de liquidación de los activos será entendida como una oferta alternativa razonable. Asimismo, se entiende por valor de liquidación de activos al valor más alto que los activos podrían obtener para uso fuera del mercado relevante (U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), 2010, p. 32, nota al pie 16).

- *Unión Europea*

En la Unión Europea, el primer caso en el que se desarrolla la doctrina de EEC, aunque no fue aceptada, es *Aerospatiale-Alenia/De Havilland* en 1991. En este pronunciamiento, la Comisión Europea no aceptó la defensa de la EEC, debido a que consideró que De Havilland podría permanecer como una empresa independiente y eficiente; y, puesto que podrían existir otros potenciales compradores, que representaban menos preocupaciones para la competencia (OECD, 2009, p. 23).

Recién en 1993, en el caso *Kali und Salz*, la Comisión Europea aceptó por primera vez esta doctrina[15]. De manera posterior a esta fusión, no existió ningún otro caso en el que se haya aceptado la EEC hasta el 2001, en el que se autorizó la operación de concentración empresarial *BASF/Eurodiol/Pantochim*. La relevancia de este último caso radica en que la Comisión consideró que era suficiente con demostrar que los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado aun cuando no se efectúe la fusión y no existía otra opción de compra menos anticompetitiva (OECD, 2009, p. 24).

En la actualidad, los requisitos necesarios para que se configure la EEC se encuentran regulados en las Directrices sobre la Evaluación de las Concentraciones Horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el Control de las Concentraciones entre Empresas del 2004. En este documento, se precisa, citando el caso *Kali und Salz y otros*[16], que en general se debe probar que la estructura competitiva del mercado, también se hubiera deteriorado en una medida cuando menos equivalente de no producirse la concentración (UE, 2004, Capítulo VIII).

Sobre el particular, las Directrices señalan los siguientes tres requisitos para la configuración de una EEC: (i) la empresa presuntamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; (ii) no debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial para la competencia que la concentración notificada; y, (iii) de no mediar una concentración, la desaparición de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable (UE, 2004, Capítulo VIII).

[14] Esta guía fue reemplazada por su última versión en el 2010 (U.S. Department of Justice (DOJ) and the Federal Trade Commission (FTC), 2010, p. 32, numeral 11).

[15] Al respecto, la OECD ha mencionado lo siguiente sobre los motivos de la decisión de la Comisión Europea:

> En este caso, la Comisión encontró que no existía ningún vínculo causal entre la fusión propuesta y la previsible pérdida de competencia en el mercado alemán debido a que los efectos resultarían en similar medida sin la fusión, en tanto la empresa en crisis saldría del mercado. De esta manera, la Comisión concluyó que (1) la empresa adquirida saldría necesariamente del mercado en un futuro cercano si no era adquirida por otra, (2) la empresa adquiriente, de todos modos, sería el agente que absorbería la cuota de mercado de la empresa en crisis, si esta era forzada a salir del mercado, y (3) no existió un comprador alternativo que genere efectos menos anticompetitivos (OECD, 2009, p. 24).

[16] En la nota al pie 110 de UE (2004) se citan los siguientes casos: "Asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Kali und Salz, apartado 114. Véase, asimismo, la Decisión de la Comisión 2002/365/CE en el asunto COMP/M. 2314 – BASF/Pantochim/Eurodiol DO L 132 de 17.5.2002, p. 45, considerandos 157-160 […]".

Con respecto a este último requisito, se precisa que esta inevitabilidad de que los activos de la empresa en crisis desaparezcan del mercado podría dar pie a la conclusión de que la cuota de mercado de la empresa pasaría, en cualquier supuesto, a la otra parte de la concentración (por ejemplo, en el caso de una concentración de la que surja un monopolio), permitiéndose la operación[17].

Cabe precisar que estas condiciones han sido aplicadas por la Comisión Europea en el caso de la fusión de las aerolíneas griegas *Aegean/Olympic II* en el 2013[18] en un contexto de crisis económica como la que se presenta actualmente a raíz del COVID-19.

- *Reino Unido*

Por su parte, en el Reino Unido, los requisitos para que se configure la EEC se encuentran regulados en el documento Lineamientos de Análisis de Concentraciones (Merger Assessment Guidelines) del 2010 y son los siguientes: (i) si la empresa en crisis hubiese salido del mercado necesariamente (por ejemplo, a través de la quiebra) si no se produce la operación de concentración empresarial; (ii) si existía otro potencial comprador de la empresa o sus activos; y, (iii) qué habría sucedido con las ventas de la empresa en crisis si salía del mercado (Competition Commission (actualmente CMA) and Office of Fair Trading (OFT), 2010, p. 23, sección 4.3.8).

Con respecto al último requisito, las Directrices precisan que se debe tomar en cuenta si las ventas de la empresa en crisis una vez abandone el mercado serían distribuidas entre los competidores que permanecerán en dicho mercado o si estas ventas serían igualmente absorbidas por la empresa adquiriente, entre otros supuestos.

Al respecto, el 22 de abril de 2020, la Autoridad de Competencia y Mercado (en adelante, CMA)[19] publicó el documento titulado Análisis de concentración durante la pandemia del coronavirus (COVID-19) (CMA, 2020a), el cual contiene en el Anexo A el resumen de la posición de la CMA en concentraciones que involucran empresas en riesgo (CMA, 2020b). En el referido documento, la CMA reitera los requisitos antes mencionados, aunque precisó que estos dependen de una evaluación caso por caso.

Posteriormente, en noviembre de 2020, la CMA publicó un borrador de los nuevos Lineamientos de Análisis de Concentraciones (CMA, 2020c) para recibir comentarios de los agentes económicos hasta el 8 de enero de 2021 (CMA, 2020d). En este documento se propone eliminar el tercer requisito consistente en qué habría sucedido con las ventas de las empresas en crisis si salía del mercado, ya que considera que, en la práctica, a diferencia de lo que parece sugerir el texto de las directrices del 2020, los requisitos no han sido aplicados de manera estricta por la CMA. Además, este cambio se encontraría en línea con las guías de Estados Unidos y la Unión Europea (CMA, 2020d).

Asimismo, cabe mencionar que desde la conformación de la actual CMA en abril de 2014, esta autoridad de competencia ha aceptado únicamente la EEC en dos casos concretos (CMA, 2020b, nota al pie 9). El primer caso consistió en la operación de las líneas de la costa este de *First Scotland East Limited* por *East Coast Buses Limited* en el 2017. El segundo caso fue la adquisición cerrada por parte de *Alliance Medical Group Limited* de los activos de *IBA Molecular UK Limited*, usados en la manufactura de *18F-Fluorodeoxyglucose* en el 2014. Finalmente, nos parece oportuno mencionar el caso de *Amazon/Deliveroo* en el 2020, que ha sido evaluado en el contexto de la crisis del COVID-19, debido a que la CMA admitió la alegación de la EEC durante la segunda fase del procedimiento. No obstante, en su decisión final, sin perjuicio de haber aprobado la operación, esta agencia de competencia descartó la EEC, pues consideró que *Deliveroo* se había recuperado financieramente y, en ese sentido, ya no podía seguir calificando como una empresa en crisis (CMA, 2020e).

---

17 Cabe precisar que usualmente la Comisión Europea considera que, si los activos pueden ser transferidos en el mercado, entonces la Comisión podría determinar que el escenario de pérdida de la empresa y sus activos hubiese tenido un efecto anticompetitivo menor en el mercado relevante que la fusión (Woolich, Hardaker, Yau, Adams, Brown, Roussou, Burling & Kelly, 2017).

18 Al respecto, en el *webinar* #5 Failing Firm Defence: A new era for mergers? organizado por Concurrences, Axel Gutermuth, mencionó lo siguiente:

> […] decidido en el 2013, la Comisión aceptó la defensa de la empresa en crisis en el caso de las aerolíneas griegas Aegean y Olympic, el segundo caso, la segunda transacción entre estas empresas, la primera fue prohibida por la Comisión Europea en el 2011 pero la compañía intentó de nuevo en el 2013 y en ese momento la Comisión permitió que se concrete la transacción. El contexto general acá fue el resultado de la crisis financiera, en particular de Grecia, pero las empresas, la empresa objetivo aquí, Olympic, se encontraba en pérdidas por un par de años, por lo que no fue solamente se debió a una repentina crisis […] (2020).

19 Por sus siglas en inglés: Competition and Markets Authority.

- *Canadá*

Por otro lado, en Canadá la EEC está reconocida en la sección 93 (b) de la Ley de Competencia (*Competition Act*). Esta norma señala que uno de los factores del análisis en la evaluación de una operación de concentración empresarial será si "una empresa, o parte de esta, que forme parte de la operación u operación propuesta se encuentra en crisis o es probable que lo esté" (*Competition Act*, 1985, sección 93 b).

Además, la EEC ha sido desarrollada por la agencia canadiense de competencia (en adelante, CBC[20]) en las Directrices de Control de Concentraciones (Merger Enforcement Guidelines), en donde se precisa que esta no resulta aplicable a una fusión que es probable que afecte sustancialmente a la competencia. En este contexto, las Directrices señalan los siguientes requisitos para que la EEC sea aceptada por la CBC: (i) que la crisis de la empresa es inminente; (ii) que, en ausencia de la fusión, es probable que los activos de la empresa salgan del mercado; y, (iii) que existen alternativas a la fusión y estas podrían resultar materialmente más graves a la competencia que la operación propuesta[21].

- *Chile*

Por otra parte, en Chile, la EEC se encuentra reconocida en la Guía para el análisis de operaciones de concentración publicada por la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) en octubre del año 2012, aunque hasta dicha fecha ya existían contados casos en los que se había tomado en cuenta la eventual salida del mercado de las empresas adquiridas como parte del escenario contrafactual[22]. Para que se configure la EEC, la Guía exige la necesaria acreditación de los siguientes tres requisitos: (i) la empresa presuntamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa; (ii) la salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa; y, (iii) no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado los esfuerzos necesarios por encontrar alternativas (FNE, 2012, p. 26).

Recientemente, el 8 de junio de 2020, la FNE emitió el informe de aprobación de la adquisición de activos de la empresa Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile Copec S.A., al considerar que había quedado acreditada la EEC que fue alegada por las partes notificantes durante la Fase II de la investigación (Fiscalía Nacional Económica, 2020a)[23]. En concreto, se trata del primer caso de concentraciones en Chile autorizado bajo esta figura.

- *Colombia*

En Colombia, el desarrollo de los criterios de evaluación de la EEC únicamente ha sido a través de la jurisprudencia de su agencia de competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC). A manera de ejemplo, podemos mencionar las decisiones de esta agencia con respecto a la integración producida en 2005 entre Editorial Televisa Colombia, Editora Cinco Cultural y Editora Cinco Recreativa (Resolución 33268, 2005), la adquisición del Grupo Argos de Cementos Andino y Concrecem en el 2006 (Resolución 13544, 2006), así como la decisión respecto a un recurso de reposición presentado por Aviacom y Terpel sobre la Resolución 52117 del 2015, en la que la autoridad objetó la integración entre estas compañías (Resolución 90622, 2015).

Lo anterior es bastante particular, ya que si bien, como hemos señalado, esta doctrina se inició a través de la jurisprudencia, la mayoría de las agencias de competencia han emitido lineamientos que

[20] Por sus siglas en inglés: Competition Bureau Canada.

[21] Es necesario señalar que, si bien el documento antes mencionado no indica esta lista de manera ordenada y taxativa, esta puede desprenderse de su contenido. Además, se encuentran en línea con la evaluación de Chris Marigson y Justine Resler respecto a los criterios de la CBC sobre la EEC (2020).

[22] Al respecto, el CentroCompetencia de la Universidad Adolfo Ibáñez señala:

> En la jurisdicción chilena, la excepción como tal nunca ha sido aplicada ni tomada en cuenta como una de las razones principales para no impugnar una fusión, aunque casos aislados –como el antiguo Comercial Huechuraba/Cervecera del Pacífico o Cencosud/Johnson's– dan cuenta de consideraciones similares sobre un contrafactual de quiebra o dificultades financieras. En la reciente prohibición de la fusión de clínicas de Iquique por parte de la FNE, la autoridad también incorporó algunos elementos que subyacen a la excepción de empresa en crisis en su análisis del escenario contrafactual, más allá de que las partes no habrían alegado esta excepción en términos formales. Por su parte, el TDLC en SMU/SDS debió lidiar con argumentos similares sobre la necesidad de la fusión, pero los descartó fundado en el desempeño competitivo positivo de las compañías previo a la fusión, que constaba en diversos antecedentes. (CentroCompetencia UAI, 2020, p. 3).

[23] Siendo que la investigación inició el 25 de noviembre de 2019, la FNE aprueba compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis. Fecha: 08 de junio de 2020.

señalan qué criterios serán los evaluados para la configuración de la EEC para brindar mayor predictibilidad a las empresas.

Sin perjuicio de lo anterior, Arboleda Suárez evaluando las decisiones antes mencionadas ha señalado que se pueden extraer los siguientes requisitos: (i) la empresa supuestamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo; (ii) no existe otra alternativa o proyecto real o alcanzable menos anticompetitivo; y, (iii) el daño a la competencia generado por la operación es comparable con aquél que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis (2019, p. 127).

- *Ecuador*

Debido a la coyuntura actual, la agencia de competencia ecuatoriana, la Superintendencia de Control de Poder de Mercado (en adelante, SCPM), ha emitido la Resolución SCPM-DS-2020-018 del 20 de abril de 2020 que resuelve incorporar el procedimiento abreviado de notificación obligatoria previa de operaciones de concentración económica. Este procedimiento establece, en líneas generales, que para acogerse al mismo es necesario que se configure alguno de los supuestos señalados en la referida norma, siendo uno de estos que la operación involucre empresas que se encuentren en riesgo de quiebra.

De esta manera, la norma bajo comentario, señala de manera expresa que para la configuración debe considerarse los siguientes aspectos: (i) que el operador económico no pueda asumir sus obligaciones financieras en el futuro cercano; (ii) la inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia, es decir, que se hayan realizado todos los esfuerzos posibles para vender los activos del operador económico a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia; y, (iii) que en ausencia de la adquisición, el operador económico dejaría de participar en el mercado. A la fecha, no han existido casos en los que haya aplicado la doctrina de EEC (Resolución SCPM-DS-2020-018, 2018).

3. Críticas a la aplicación de la ECC

Si bien la EEC parece ser una alternativa atractiva, porque permite la autorización de una operación de concentración empresarial con efectos potencialmente anticompetitivos, se puede evidenciar que a nivel comparado esta excepción no ha sido alegada con mucha frecuencia ni suele ser aceptada por las autoridades de competencia, las cuales históricamente son adversas al riesgo.

Esta falta de aceptación usualmente se debe a que la autoridad de competencia determina que existen alternativas a la operación con efectos menos lesivos para la competencia, como pueden ser otros adquirentes, la reorganización de la empresa en crisis o incluso el financiamiento de su propio grupo económico (Cuninghame, Fosselard, Armitage, Parr & Eberhardt, 2020), aspectos que forman parte del análisis del segundo requisito y que suele ser el más difícil de demostrar de los tres.

En el 2009, la OECD realizó una Mesa Redonda sobre la Excepción de la Empresa en Crisis (OECD, 2009). En dicha oportunidad, las críticas a la EEC se centraron en que, en la práctica, conlleva largas investigaciones que pueden agravar la situación de la empresa en crisis, la cual podría quebrar y resultar en liquidaciones ineficientes para el mercado. En esa línea, se cuestionó que los requisitos para que se configure son excesivos y rígidos. Al respecto, en el *webinar* denominado *#5 Failing Firm Defence: A new era for mergers*?, Chapsal ha mencionado que en tiempos de crisis la salida de algunos activos del mercado puede tener como efecto que la capacidad de producción se concentre en solo algunos competidores, incrementándose los precios (2020).

Según la OECD (2009), las agencias de competencia cometen dos tipos de errores en la evaluación de la EEC. Los errores "Tipo I" que significan prohibir operaciones que debieron ser autorizadas o autorizada con condiciones desproporcionadas y los errores "Tipo II" que implican autorizar operaciones que generan mayores perjuicios para la competencia o el establecimiento de condiciones que no remedian los efectos anticompetitivos. Al respecto, la OECD identificó una tendencia de las autoridades de competencia a cometer los errores "Tipo I" (OECD, 2009, pp. 20-21).

Ahora bien, la OECD en el documento bajo comentario menciona que, pese a las críticas, la mayoría de los delegados de las agencias de competencia que participaron en la discusión consideraron que no era necesaria una flexibilización de los requisitos en tiempos de crisis. La razón de ello sería que estiman que existen otros instrumentos como los procedimientos concursales y ayudas estatales; y, además, debido a la preocupación de que el relajamiento de los requisitos conlleve a un exceso de errores "Tipo II".

Como respuesta a estos errores, se han presentado en la doctrina algunas alternativas de solución. A manera de ejemplo, en un reciente trabajo desarrollado por Ayal y Rotem (2020, pp. 468-499) se ha propuesto como solución a los errores "Tipo I" y "Tipo II" existentes y a los altos costos para las agencias de competencia en la tramitación

de estas operaciones, una tercera alternativa a la autorización o aprobación con condiciones, que consistiría en que las legislaciones permitan a los gobiernos asumir un porcentaje de participación en la empresa resultante de la operación, a efectos de compensar a los consumidores en caso de que se produzcan daños a la competencia, que permita un procedimiento de evaluación más célere y evite la ocurrencia de efectos anticompetitivos en un escenario posterior a la operación.

## III. APLICACIÓN DE LA EEC EN TIEMPOS DE COVID-19

### A. El impacto del COVID-19 en la experiencia comparada

Sin duda la crisis del COVID-19 ha generado un impacto en los procedimientos de control de concentraciones. Al respecto, coincidimos con la OECD en que en estos procedimientos las alegaciones de la EEC se volverán más frecuentes y, en algunos casos, más justificables (2020a, p. 9). Ejemplos de esto último son las operaciones de Amazon/Deliveroo (Reino Unido), Jeju Air/Eastar Jet (Corea del Sur) y Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada (Chile).

En abril de 2020, la OECD publicó el documento (de título traducido al español) COVID-19: Acciones de política de competencia para los gobiernos y autoridades de competencia (OECD, 2020b), en el que recomendó garantizar una rigurosa aplicación de la EEC. Sin embargo, advirtió que:

> [r]econociendo que la posición de las empresas en dificultad puede deteriorarse rápidamente durante la investigación, lo que a su vez puede causar liquidaciones ineficientes, las autoridades de competencia deberán adoptar cambios procedimentales para garantizar un análisis más rápido de las concentraciones que involucren empresas en riesgo (OECD, 2020b, p. 4) [traducción libre].

En esa línea, en su documento titulado Control de Concentraciones en tiempos de COVID-19 (OECD, 2020a), la OECD concluyó que, si bien deben mantener un análisis riguroso de la aplicación de la EEC, las autoridades de competencia deberían considerar la posibilidad de implementar cambios procedimentales que aseguren una revisión apropiada y más rápida de los casos en los que se alega la EEC (OECD, 2020a, p. 14). Ello, en la medida en que el transcurso del tiempo es un factor importante en este tipo de operaciones, en las que el valor de la empresa en riesgo se deteriora rápidamente[24].

En este contexto, la gran mayoría de las autoridades de competencia alrededor del mundo han aprobado medidas destinadas a adaptar el trámite de los procedimientos de control de concentraciones a esta situación de pandemia y crisis[25]. Entre estas, destacamos a la SCPM de Ecuador y la CMA del Reino Unido por las razones que desarrollamos a continuación.

En primer lugar, en Ecuador, mediante la Resolución SCPM-DS-2020-018 del 20 de abril de 2020, la SCPM resolvió incorporar el procedimiento abreviado de notificación obligatoria previa de operaciones de concentración económica, de tal manera que uno de los criterios que valorará la SCPM para la aplicación de este procedimiento será que la operación involucre empresas que estén en riesgo de quiebra, debiendo cumplir con los tres requisitos antes señalados. La aplicación de la EEC por parte de la SCPM es una novedad en el sistema de control de concentraciones de Ecuador, por lo que es interesante que haya decidido incorporarlo con ocasión de la situación actual de pandemia y además a través de un procedimiento abreviado (Rubio Puente, 2020, p. 1).

Por su parte, en el Reino Unido, el 22 de abril de 2020, la CMA publicó el documento titulado Análisis de concentración durante la pandemia del coronavirus (COVID-19) (CMA, 2020a) que adjunta el Anexo A, Resumen de la posición de la CMA en concentraciones que involucran empresas en riesgo (CMA, 2020b). En este anexo, la CMA inicialmente señaló que para evaluar los casos de EEC aplicaría sus tres requisitos previstos en sus Lineamientos de Análisis de Concentraciones[26] (CMA, 2020b) y que el COVID-19 no ha flexibiliza-

[24] La OECD se ha expresado en ese sentido:

> There might also be an issue of timeliness. Failing firm arguments require scrutiny, which may require some time, while the decision might need to be taken urgently if the value of the firm in distress is expected to quickly deteriorate. The interaction of FFD with procedural mechanisms to mitigate such risks (see, for instance, derogations from the standstill obligation described below) should be considered (2020a, p. 9).

[25] Algunas de estas medidas están resumidas en el documento Competition Authority Merger Filing Status During COVID-19 del portal Morgan Lewis (2020).

[26] Estos son los siguientes:

> Limb 1: Whether the firm would have exited (through failure or otherwise) absent the transaction; Limb 2: Whether there would have been an alternative purchaser for the firm or its assets; and Limb 3: What the impact of exit would be on competition compared to the competitive outcome that would arise from the acquisition (CMA, 2020b).

do los estándares de prueba, por lo que revisará con cuidado la evidencia relacionada con el posible impacto de esta pandemia en el escenario contrafactual (CMA, 2020b)[27].

La particularidad en el caso de la CMA es que el 27 de abril de 2020 puso a disposición del público su informe con los hallazgos provisionales en la adquisición de Amazon de una participación minoritaria y ciertos derechos en Deliveroo, empresa de entrega de comida a domicilio (CMA, 2020f). En este informe, emitido durante la segunda fase del procedimiento, la CMA concluyó que la operación no generaría riesgos sustanciales para la competencia basándose en que, como resultado de la crisis del COVID-19, Deliveroo saldría del mercado a menos que recibiera el financiamiento adicional de Amazon. Asimismo, la CMA encontró que no había otro inversionista disponible y que, en ese sentido, la salida de Deliveroo sería más perjudicial para la competencia y para los consumidores que permitir la operación (CMA, 2020e, p. 2)[28].

Si bien en su decisión final, como ya fue señalado, la CMA varió la posición de su informe y descartó la existencia de la EEC, este caso resulta importante para ilustrar de qué manera la crisis del COVID-19 puede llegar a influir en el análisis de la autoridad de competencia en operaciones en las que las partes alegan una EEC. Así, la investigación inició en octubre de 2019 y, en diciembre de 2019, la CMA anunció que consideraba que la operación daba lugar a posibles riesgos sustanciales para la competencia como resultado de los efectos horizontales en la oferta de plataformas de comida en el Reino Unido (CMA, 2019), por lo que decidió continuar con la investigación en una segunda fase (CMA, 2020f).

Aquella segunda fase coincidió con la crisis del COVID-19 y, precisamente, en marzo de 2020, Deliveroo presentó una carta de su directorio a la CMA explicando que, como resultado de la crisis, posiblemente necesitarían empezar el trámite para un proceso de insolvencia, señalando que el escenario contrafactual de la operación significaba su salida del mercado (CMA, 2020f, p. 46)[29]. Como se puede observar en el informe, la CMA modificó sus conclusiones iniciales para luego manifestarse a favor de la operación.

Lo que podemos rescatar de esta operación es que la EEC fue alegada por las partes involucradas en la Fase II del procedimiento, puesto que la situación de la empresa se agravó debido a la crisis del COVID-19, es decir, un hecho sobreviniente a la investigación de la autoridad. Asimismo, lo resuelto en este caso podrá utilizarse como antecedente para futuros casos en los que las partes busquen generar convicción en la autoridad de competencia sobre la existencia de una EEC que de comprobarse podría justificar una decisión favorable a la operación[30]. En esa línea, conviene mencionar que en el caso *Amazon/Deliveroo*, las partes presentaron como evidencia actualizaciones financieras de

---

[27] La CMA ha expresado este razonamiento en la siguiente cita:

> The Coronavirus (COVID-19) pandemic has not brought about any relaxation of the standards by which mergers are assessed or the CMA's investigational standards. […] The CMA needs to ensure its decisions are based on evidence and not speculation, and will carefully consider the available evidence in relation to the possible impacts of Coronavirus (COVID-19) on competition in each case (CMA, 2020a).

Cabe señalar que, en noviembre de 2020, la CMA con el objeto de brindar a los administrados lineamientos actualizados basados en su jurisprudencia, emitió para comentarios un borrador en el que propone mantener únicamente dos requisitos: (i) Si es probable que la empresa salga del mercado (por ejemplo, a través de la bancarrota); y, (ii) si es que no habría alguna otra alternativa menos lesiva para la competencia como por ejemplo otro comprador de la empresa o sus activos (CMA, 2020c). Según esta agencia de competencia, la eliminación de su tercer requisito incluso se encuentra en línea con los criterios de aplicación de otras jurisdicciones (como Estados Unidos y la Unión Europea) en los que no se considera qué habría pasado con las ventas si la empresa salía del mercado.

[28] En el siguiente extracto apreciamos este sentido de la decisión de la CMA:

> 2. We have provisionally concluded that the Transaction would not be expected to result in an SLC [substantial lessening of competition] in either the market for online restaurant platforms or the market for online convenience groceries (OCG) on the basis that, as a result of the Coronavirus (COVID-19) crisis, Deliveroo is likely to exit the market unless it receives the additional funding available through the Transaction. We have provisionally found that no less anticompetitive investor was available. Finally, we have provisionally concluded that the loss of Deliveroo as a competitor would be more detrimental to competition and to consumers than permitting the Amazon investment to proceed and, therefore, the Transaction would not be expected to result in an SLC (CMA, 2020c, p. 2).

[29] La decisión de la CMA presenta este recuento de hechos de la siguiente manera:

> On 20 March 2020, Deliveroo submitted a letter from its board of directors explaining that, as a result of the Coronavirus (COVID-19) crisis they were likely to need to start insolvency proceedings. On 26 March 2020, Deliveroo submitted that the impact of this crisis means that the relevant counterfactual is one in which Deliveroo would exit the market (CMA, 2020c, 46).

[30] Cabe señalar que, a la fecha de elaboración de este artículo, la CMA todavía no ha publicado su decisión final, puesto que hasta el 10 de julio de 2020 recibiría la opinión de terceros interesados sobre su reporte. Toda la información relativa al caso puede accederse a través del siguiente enlace: https://www.gov.uk/cma-cases/amazon-deliveroo-merger-inquiry

Deliveroo, incluyendo la consultoría de asesores profesionales externos (CMA, 2020f, p. 46).

Adicionalmente, podemos mencionar otros dos casos que, al igual que el señalado, se han resuelto en este contexto de pandemia y podrán ser utilizados como referencia. El primero, ya mencionado en la sección anterior, es el caso *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada* (Chile), y el segundo es el caso *Jeju Air/Eastar Jet* (Corea del Sur).

La particularidad del caso *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada* en Chile es que la primera fase tuvo lugar antes de la crisis del COVID-19 (FNE, 2020b) y la segunda fase, una vez iniciada la crisis, situación que tuvo un impacto significativo en el caso. Así, en la primera fase, la FNE detectó que la operación podía generar riesgos sustanciales a la competencia, por lo que amplió su análisis a una segunda fase. Y fue durante esta última que las empresas presentaron la EEC, alegando que los problemas económicos de la empresa adquirida se habían profundizado con la crisis del COVID-19, lo que finalmente habría generado convicción en la FNE.

En este segundo caso, la operación consistió en la adquisición de la participación mayoritaria de Easter Jet, una aerolínea de bajo costo, por parte de Jeju Air, otra aerolínea de bajo costo. Al respecto, la autoridad de competencia de Corea del Sur (FTC)[31] concluyó que Easter Jet era una "compañía irrecuperable" y se le concedió una excepción a la restricción de la competencia al considerar que era preferible aprobar la operación para que los activos continúen siendo utilizados en el mercado a remover la aerolínea (Ji-hye, 2020)[32] [33].

Considerando lo anterior, es posible afirmar que, siguiendo la recomendación de la OECD (2020b), la tendencia en la materia ha sido que las autoridades de competencia no flexibilicen los requisitos para la configuración de una EEC, y que en algunos casos han aprobado modificaciones procedimentales para agilizar el procedimiento de control de concentraciones en este tipo de operaciones. Asimismo, se observa que la crisis del COVID-19 que se vive actualmente puede significar un cambio de circunstancias o agravar la situación de una empresa, lo que podrá determinar que las partes involucradas aleguen la EEC en una etapa más avanzada de la investigación (Fase II) como ha ocurrido en los casos citados anteriormente de Chile y Reino Unido.

### B. Algunas propuestas para Perú

En Perú, la Ley 31112 no menciona expresamente la EEC como lo hizo inicialmente el DU 013 con la modificación del DL 1510, el cual se aprobó en el contexto de la crisis del COVID-19. No obstante, deja abierta esta posibilidad en tanto la lista de factores que el Indecopi tendrá en consideración en el procedimiento de control previo es enunciativa.

En esa línea, de acuerdo con el artículo 12 de la Ley 31112[34], la Comisión se encuentra facultada para expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta aplicación de la referida norma (2021, art. 12).

Siendo ello así, siguiendo la tendencia de la experiencia comparada, consideramos que los lineamientos que emita la Comisión deberían incluir disposiciones sobre la aplicación de la EEC a efectos de brindar mayor predictibilidad a los administrados sobre en qué casos Indecopi podría admitirla en un procedimiento de notificación previa.

Estos lineamientos deberían incluir cuando menos (i) qué requisitos deben cumplirse para que la autoridad acepte esta excepción; (ii) qué medios probatorios podrían presentar las empresas a efectos de probar la configuración de la EEC, así como también; y, (iii) qué condiciones podrían ser propuestas por las empresas para conseguir la autorización.

---

31 Por sus siglas en inglés: Fair Trade Commission.

32 En ese sentido, citamos a Ji-hye:

> As a result of the review, Eastar Jet was recognized as an "unrecoverable company" under the Fair Trade Act and was granted an exception to the restriction on competition.
>
> From a competitive perspective, it was considered to be better to approve the tie-up to continue to use Easter Jet's assets than to remove the airline, which is not possible to revive, the authorities said (2020).

33 Corresponde precisar que, a fines de julio de este año, Jeju Air decidió no continuar con la operación (The Korean Times, 2020).

34 Cuya redacción es la siguiente:

> Artículo 12.- Comisión de Defensa de la Libre Competencia
>
> 12.2 Para efectos de la presente ley, son atribuciones de la Comisión las siguientes:
>
> […]
>
> c. Expedir lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente ley. […] (Ley 31112, 2021, art. 12).

Por tanto, como primer aspecto, es imprescindible que se desarrollen los tres requisitos para su configuración, precisándose, al igual que en el caso de otras autoridades de competencia, que estos dependerán de la evaluación en cada caso en concreto. Lo anterior podría permitir una mayor flexibilidad en la evaluación, considerando la novedad de esta figura en nuestro sistema y la poca experiencia comparada al respecto. Estos requisitos, en línea con lo recomendado por la OECD (2020a), pueden ser los siguientes: (i) en ausencia de la operación, la empresa en crisis saldría del mercado en el futuro cercano como resultado de sus dificultades financieras; (ii) no existe una transacción alternativa o reorganización empresarial que genere menores efectos anticompetitivos que la operación propuesta; y, (iii) en ausencia de la operación, los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado.

En esta línea, con respecto a en qué casos podemos señalar que una empresa se encuentra en crisis, consideramos que se pueden adoptar los criterios establecidos en el documento Merger Enforcement Guidelines (2011, pp. 47-48) de la autoridad de competencia de Canadá (CBC), la cual señala que esto ocurrirá cuando la empresa (i) está o es probable que sea insolvente; (ii) ha iniciado o es pasible de iniciar un procedimiento voluntario de bancarrota; y, (iii) ha recibido o es probable que se solicite la quiebra o suspensión de pagos.

Incluso, a efectos de clarificar este concepto de empresa en crisis, en estas directrices, la CBC ha precisado el tipo de evidencia que las partes notificantes pueden presentar a la autoridad para generar convicción de que una empresa se encuentra en crisis. De este modo, se señalan como parte de la evidencia que se puede presentar: (i) los estados financieros más recientes y auditados; (ii) proyecciones de flujos de caja; (iii) si se ha requerido el pago de alguno de los préstamos de la empresa o se han denegado préstamos o adelantos de línea de crédito; (iv) si los proveedores han reducido o eliminado créditos comerciales; (v) si ha habido pérdidas operativas persistentes o una disminución grave en el patrimonio neto o en los activos de la empresa; y, (vi) si es poco probable que la empresa pueda reorganizarse con éxito de conformidad con la legislación de bancarrota nacional o extranjera o mediante acuerdo voluntario con sus acreedores, entre otros. Además, en estas directrices, se indica que la información financiera se considerará como objetiva si esta proviene de la evaluación de un tercero calificado.

Lo anterior es particularmente relevante, ya que, como se puede observar, el pronunciamiento de la agencia de competencia no se encuentra condicionado a la decisión de la autoridad concursal sobre el estado de la empresa según la legislación en la materia. En ese sentido, sugerimos precisar en los lineamientos de la Comisión que, aun cuando en el mismo Indecopi se tramiten procedimientos concursales, no es necesario que la Comisión de Libre Competencia espere algún pronunciamiento de parte la Comisión de Procedimientos Concursales o, de ser el caso, de la autoridad judicial correspondiente.

En esa línea, consideramos necesario que se indique en los lineamientos el horizonte temporal de la salida de una empresa en caso de no autorizarse la operación, para que se considere como 'empresa en crisis en un futuro próximo'. Para estos efectos, se puede seguir la línea de la jurisprudencia colombiana, en la cual la SIC ha establecido como horizonte temporal un plazo de un (1) año (Arboleda Suárez, 2019, p. 127).

Asimismo, es importante que los lineamientos señalen qué pasaría si la EEC es alegada por una subsidiaria de una empresa o grupo económico que se encuentre en una adecuada situación financiera. Este supuesto, por ejemplo, ha sido mencionado como un asunto 'abierto a discusión'[35] por parte de la OECD (2020a). Sobre el particular, la CBC en la guía Merger Enforcement Guidelines atiende este supuesto señalando que en estos casos se evalúa en particular los precios de transferencia en la empresa matriz, asignaciones de costos al interior del grupo empresarial, comisiones de administración, cargos en regalías, entre otros aspectos[36].

En cuanto a la oportunidad para alegar la EEC en el procedimiento, coincidimos con la experiencia comparada desarrollada en la sección III.A, en tanto que pueda ser posible invocar la EEC en cualquier etapa del procedimiento de notificación. A manera de ejemplo, tenemos los casos ya mencionados de *Amazon/Deliveroo* en el Reino Unido

[35] La expresión proviene de la cita: "Open issues: […] Is it appropriate to accept the FFD when the failing target company belongs to a financially helthy parent company?" (2020, p. 10).

[36] En ese sentido, la CBC ha expresado lo siguiente:

> 13.5 These considerations are equally applicable to failure-related claims concerning a division or a wholly-owned subsidiary of a larger enterprise. However, in assessing submissions relating to the failure of a division or subsidiary, particular attention is paid to transfer pricing within the larger enterprise, intra-corporate cost allocations, management fees, royalty fees, and other matters that may be relevant in this context. The value of such payments or charges is generally assessed in relation to the value of equivalent arm's-length transactions (CBC, 2011, p. 47).

y *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL* en Chile. Por tal motivo, consideramos oportuno clarificar esta posibilidad a los agentes económicos en los lineamientos, en tanto la situación financiera de la empresa podría agravarse habiéndose ya presentado la solicitud e incluso en la Fase II del procedimiento.

Otro aspecto que sugerimos incorporar en estos lineamientos de la Comisión es la posibilidad de que se establezcan condiciones en aquellos casos donde las partes notificantes planteen la EEC como escenario contrafactual, a fin de mitigar los reparos que pueda tener Indecopi respecto del impacto de la operación notificada en el mercado relevante y evitar así que se produzcan demoras en el procedimiento de notificación previa que puedan generar un mayor perjuicio para la empresa que se encuentra en crisis.

Al respecto, la Ley 31112 ya contempla en sus artículos 7 y 8 que las operaciones notificadas puedan ser autorizadas con condiciones[37] y que estas puedan basarse en los compromisos ofrecidos por las propias partes notificantes durante el procedimiento[38]. Por tanto, convendría revisar la experiencia comparada con el objeto de analizar la aplicación de condiciones en este tipo de casos.

Según la OECD (2009), el diseño e implementación de condiciones en casos de EEC puede tener diversas utilidades para las autoridades de competencia. A manera de ejemplo, se menciona que en Irlanda la autoridad puede considerar condiciones para disipar las dudas de competencia en todos aquellos casos en que por alguna razón las partes no hayan podido identificar compradores alternativos menos lesivos para adquirir la empresa en crisis; es decir, en los que no se verifique el cumplimiento de una de las condiciones para confirmar la EEC[39]. Otro ejemplo mencionado es Israel, donde en algunos casos el establecimiento de medidas puede equiparar la situación de la competencia en un escenario posterior a la operación con uno anterior a la operación[40].

En términos generales, en el documento de la OECD (2009) se señala que las autoridades de competencia tienen acceso a una serie de condiciones que pueden ser utilizadas para mitigar cualquier posible afectación a la competencia de una operación en la que se alega la EEC[41]. Asimismo, también existen autoridades de competencia que no ven el establecimiento de condiciones como una solución al problema, en la medida en que consideran que autorizar la consolidación de operaciones anticompetitivas en la economía puede causar daños irreparables[42]. En esa línea, según la OECD (2009), la autoridad de competencia no debe establecer condiciones desproporcionadas o innecesarias, lo que podría calificar como un error Tipo I; ni condiciones incapaces de restaurar la

[37] La redacción del artículo 7 de la Ley 31112 es la siguiente:

> Artículo 7.- Análisis de la operación de concentración empresarial
>
> 7.4 Si en el procedimiento de control previo se determina que la operación de concentración empresarial podría generar una restricción significativa de la competencia, la Comisión puede realizar las siguientes acciones:
>
> […] b. Autorizar la operación con condiciones destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial. Dichas condiciones pueden basarse en los compromisos ofrecidos por los agentes económicos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 8 (2021).

[38] La redacción del artículo 8 de la Ley 31112 es la siguiente:

> Artículo 8.- Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial
>
> 8.1 Durante el desarrollo del procedimiento de control previo, los agentes económicos pueden presentar al órgano competente una propuesta de compromisos destinados a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis. […] (2021).

[39] La OECD expresa que: "For instance, if in a particular case, the Authority cannot afford to be selective in approving alternative buyers to the acquiring firm of the anti-competitive merger, the Authority may consider whether remedies are available to alleviate competition concerns" (2009, p. 117).

[40] En ese sentido, la OECD menciona que:

> Nevertheless, according to the decision, when taking into account the third condition (which was just discussed), conditions/remedies may be imposed on a merger where only after fulfilling them is the equation balanced, i.e. only the imposition of conditions equalizes the post-merger competitive condition with the competitive state of affairs absent the merger (2009, p. 191).

[41] En su expresión original: "In seeking to achieve this more limited objective the enforcement agencies have access to a tool box of potential remedies which can be used to mitigate any particularly adverse consequences of an FFD merger" (OECD, 2009, p. 205).

[42] Como es el caso de Turquía:

> At this point, one can claim that anti-competitive effects of those mergers and acquisitions authorized during the crisis may be prevented through ex post remedies after the crisis has passed. However, we believe that this is far from a real solution. This is because allowing anti-competitive consolidations within the economy may cause irreparable damages (OECD, 2009, p. 151).

competencia efectiva luego de la operación, que sería un error Tipo II[43].

En la práctica, hemos identificado en el Reino Unido la adquisición de Euro Car Parts de los activos de Andrew Page (2018), ambas empresas dedicadas a la distribución de partes y componentes de carros a consumidores independientes, resuelto por la CMA. En el informe final de esta autoridad, se concluyó que era conveniente autorizar la operación con la condición estructural de que las partes desinvirtieran en una serie de depósitos ubicados en las zonas en las que había identificado una disminución significativa de la competencia (CMA, 2017, p. 114). En este informe, la CMA concluyó que las condiciones estructurales eran preferibles a las conductuales, debido a que las consideraba más efectivas y que normalmente no requieren supervisión y fiscalización una vez implementadas[44].

Otro caso es la adquisición de Air Canada de Canadian Airlines (1999), que la CBC, autoridad de competencia en Canadá, autorizó con una serie de condiciones conductuales y estructurales asociadas al trato con otros transportistas canadienses (entrega de espacios de llegada/salida en horas pico, participar en el programa de viajero frecuente de Air Canada, suscribir convenios, derecho preferente para la adquisición de aviones de Air Canada por un período de tres años), cambios en su programa de incentivos dirigido a agentes de viaje y desinversión (de puestos de venta de entradas, puertas de embarque y puentes de carga en determinados aeropuertos; y, en una subsidiaria de Canada Airlines) (Campbell & Halladay, 2002, pp. 26-27). Como se observa en este caso, las condiciones fueron en su mayoría conductuales. Inclusive, no se logró la desinversión de la subsidiaria de Air Canada, pues no se presentaron ofertas por el precio aprobado por el valuador independiente[45].

De los casos señalados, se puede advertir que en la práctica se han aplicado tanto condiciones conductuales como estructurales, cuya aplicación dependerá del impacto que tenga la operación notificada en la competencia. Para estos efectos, sugerimos que los lineamientos sobre la aplicación de la EEC establezcan algunos ejemplos de las condiciones que pueda aprobar Indecopi a iniciativa de parte o de la propia entidad.

Sobre esto último se puede utilizar como referencia la Guía de Análisis de Integraciones Empresariales (2019) de la SIC, autoridad de competencia de Colombia. Esta guía contiene una sección dedicada a los condicionamientos y lista los principales condicionamientos estructurales y de comportamiento. Consideramos que los lineamientos que se aprueben para el caso de la Ley 31112 deberían seguir este ejemplo, considerando que no se tiene en el Perú, como se señaló, mucha experiencia en el diseño y aplicación de condiciones.

Un último aspecto que sugerimos incluir en los lineamientos es la posibilidad de que Indecopi permita las llamadas medidas *hold separate* o de separación, con las cuales se permite concluir la operación durante el procedimiento de notificación previa sin que exista una integración de las partes involucradas en dicha operación, de tal manera que la empresa en crisis pueda recibir el capital que necesita para evitar su salida en el menor tiempo posible. Por ejemplo, trasladando los activos a un fideicomiso administrado por un tercero o encargando la administración de la empresa adquirida a un gestor independiente[46]. Según Elliot y Dinning, en un caso de EEC, el daño de no permitir la conclusión de la operación puede ser mayor que

---

43 Esta idea originalmente formulada: "Competition agencies also make type I errors when they impose remedies that are unnecessary or disproportionate and type II errors when the remedies imposed on the parties are not capable of restoring effective competition post merger" (OECD, 2009, p. 42).

44 Como lo ha expresado la CMA:

> 10.10 In merger inquiries, the CMA generally prefers structural remedies rather than behavioural remedies because: (a) structural remedies are likely to deal with a SLC and its resulting adverse effects directly and comprehensively at source in restoring rivalry; (b) behavioural remedies may not be effective and may create significant costly distortions in market outcomes; and (c) structural remedies do not normally require monitoring and enforcement once implemented (CMA, 2017, p. 109).

45 Con mayor detalle, Campbell y Halladay señalan que:

> The CRAL divestiture proved a failure. Under the terms of its undertakings to the Commissioner, Air Canada offered CRAL for sale for a 60-day period during which it was required to sell the airline "to the person who offers the highest price at or above the fair market value of CRAL". Air Canada never received an offer at or above fair market value (which was determined by an independent valuator) and the assets reverted back to Air Canada after the 60- day period expired. Thus, as with the Chapters/Indigo remedies discussed above, the behavioural provisions were the operative remedy (Campbell & Halladay, 2002, p. 27).

46 Sobre este mecanismo, Elliot y Dinning apuntan que

> While it is unlikely that the substance of the Bureau's failing firm analysis will change in any significant way, one procedural mechanism to address the time pressures surrounding the analysis would be to allow the transaction to close into a "hold separate" arrangement pending completion of the merger analysis. Hold separates have recei-

la posibilidad de quedarse sin alternativas para remediar los efectos de la operación (2009, p. 17).

Si bien no hemos identificado antecedentes de su aplicación en casos de EEC, hemos encontrado ciertos antecedentes en materia de control de concentraciones en los que se han aplicado estas medidas. Un ejemplo de ello se evidencia en lo ocurrido en el 2001 respecto de la adquisición de control conjunto de la empresa suprarregional de interconexión alemana ENBW por las empresas o entidades estatales Electricité de France (en adelante, EDF) de Francia y *Zweckverband Oberschwäbische Elektrizitätswerke* (OEW) de Alemania (Comisión de las Comunidades Europeas, 2001). En este caso, EDF se comprometió a renunciar al ejercicio de sus derechos de voto en su competidor Compagnie Nationale du Rhüne (en adelante, CNR), a retirar a su representante del consejo de administración de esta empresa y a que un administrador fiduciario asuma la custodia de las acciones de EDF en CNR. Asimismo, EDF y OEW se comprometieron a que ENBW cedería su participación en un potencial competidor de EDF denominado WATT.

Este tipo de medidas no son ajenas al Indecopi, pues en el 2018 una empresa que notificó una operación de concentración transfirió temporalmente a un fideicomiso el control de las concesionarias eléctricas peruanas que eran objeto de la concentración, hasta que la operación fuera aprobada por el Indecopi (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, 2018)[47]. Considerando ello, la sugerencia es incluir en los lineamientos la consigna de que Indecopi pueda permitir la aplicación de medidas *hold separate* o de separación, así como mencionar algunos ejemplos.

Por último, el artículo 22 de la Ley 31112 reconoce la posibilidad de una notificación simplificada, en tanto establece que el reglamento "puede simplificar los requisitos de notificación para aquellos tipos de operaciones de concentración que revistan una menor probabilidad de producir efectos restrictivos de la competencia" (2021). Como se observa, la forma en la que se ha redactado la notificación simplificada descarta que esta pueda ser aplicada en aquellos casos en los que se alegue la EEC que, como hemos visto, involucra operaciones en los que se han detectado posibles riesgos para la competencia. Siendo ello así, sugerimos que se modifique esta disposición, de tal manera que se regule la posibilidad de un procedimiento célere en este tipo de casos. Aquello, en la medida en que, como se ha mencionado, al involucrar a una empresa en crisis, la operación necesita con mayor urgencia la decisión de la autoridad de competencia, pues el paso del tiempo puede agravar su situación y acelerar su salida del mercado, lo cual podría ser más gravoso para este.

Esta recomendación no solamente va en la línea de lo que ha señalado la OECD en el contexto actual de la crisis del COVID-19 (OECD, 2020a, p. 9), sino también respecto a lo recomendado por este organismo en la crisis económica del 2008, respecto a la necesidad de que las autoridades de competencia evalúen la implementación de procedimientos simplificados para los casos de EEC (OECD, 2009, p. 13).

A mayor abundamiento, como dato adicional, es importante mencionar que, a nivel comparado, con la finalidad de no entorpecer las operaciones que no generan efectos adversos (distintos a la EEC), además de la notificación simplificada también existe la posibilidad de que, en el marco de un procedimiento de autorización, se permita que una operación no tenga que esperar a que la autoridad de competencia emita un pronunciamiento sobre la operación para poder concretarla, previo cumplimiento de determinados requisitos[48]. En general, estos requisitos son que (i) exista un serio riesgo respecto de la situación financiera de la empresa; y, (ii) la ausencia de efectos negativos por parte de la operación de concentración en la competencia (OECD, 2020a, p. 11). Esta alternativa, aunque poco usada, se encuentra prevista, por ejemplo, en la legislación de la Unión Europea, Alemania, España y Francia (Cuninghame *et. al,* 2020).

ved attention in merger review generally in recent years, although they may be particularly appropriate in the failing firm context – since they may provide a means for an immediate infusion of capital to avoid failure, while still preserving remedy options. For example, the Bureau could allow for the closing of the transaction into a trust arrangement (as is common in mergers requiring CRTC approval) pending completion of its review (Elliot & Dinning, 2009, p. 16).

47 Solicitud de ISQ Fund I e ISQ Fund II para adquirir 100% de acciones de Inkia Americas Ltd, principal accionista de Inkia Americas Holdings Ltd, titular del 100% de acciones de IC Power Holdings (Kallpa) Ltd, quien a su vez es titular del 74.84% de las acciones de Kallpa Generación S.A. y Samay I S.A. Una vez adquirido el 100% de acciones de Inkia Americas Ltd, Inkia Americas Holdings Ltd cedió a un fideicomiso los derechos de votos de las acciones de IC Power Holdings (Kallpa) Ltd y nombró a tres directores independientes en esta última empresa. De aprobarse la operación, el fideicomiso retornaría a Inkia Americas Holdings Ltd los derechos de voto (Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, 2018).

48 El artículo 22 "Inejecución de las operaciones de concentración empresarial sujetas a control previo" del DU 013, establece que la ejecución de las operaciones de concentración empresarial se encuentra suspendidas hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo (Decreto de Urgencia 013, 2019, art. 22).

## IV. CONCLUSIONES Y NUESTRAS PROPUESTAS

En este artículo, hemos abordado la doctrina de la EEC a propósito de su reconocimiento expreso en las últimas modificaciones que se realizaron al DU 013 y la posibilidad de que ésta sea aplicada en el marco de la Ley 31112. Como hemos visto, esta doctrina introduce en la evaluación de la agencia de competencia la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas que podría generar su salida del mercado a menos que se autorice la operación. En concreto, la EEC se trata de una excepción, porque supone la autorización de operaciones en las que se han detectado riesgos para la competencia.

A nivel comparado, son varios los países que han desarrollado la EEC en los lineamientos de sus respectivas agencias de competencia, aunque son pocos los casos en los que esta ha sido invocada y aplicada. En la práctica, la OECD ha detectado que las agencias suelen cometer errores Tipo I (prohibir operaciones que debieron ser autorizadas o son autorizadas con condiciones desproporcionadas) y Tipo II (autorizar operaciones que generan mayores perjuicios o con condiciones insuficientes), siendo los errores Tipo I los más comunes probablemente por la aversión al riesgo de los organismos estatales.

En el Perú, el hecho de que la EEC ya no se encuentre mencionada en la Ley 31112 no limita la posibilidad de que el Indecopi la considere en el análisis del procedimiento de notificación previa.

Siendo ello así, teniendo en cuenta la experiencia comparada, consideramos que los lineamientos que apruebe el Indecopi en materia de control de concentraciones deberían incluir disposiciones sobre la aplicación de la EEC. Al respecto, nuestras propuestas para estos lineamientos son las siguientes:

1. Adoptar los tres requisitos recomendados por la OECD para que se configure la EEC, en específico: (i) que, en ausencia de la operación, la empresa en crisis saldría del mercado en el futuro cercano como resultado de sus dificultades financieras; (ii) que no existe una transacción alternativa o reorganización empresarial que genere menores efectos anticompetitivos que la operación propuesta; y, (iii) que, en ausencia de la operación, los activos de la empresa en crisis saldrían inevitablemente del mercado.

2. Desarrollar en qué caso nos encontramos ante una empresa en crisis. Para estos efectos, hemos mencionado el ejemplo de las directivas de la agencia de competencia de Canadá: (i) cuando la empresa está en insolvencia o es probable que lo esté; (ii) cuando ha iniciado o es pasible de iniciar un procedimiento voluntario de bancarrota; y, (iii) cuando ha recibido o es probable que se solicite la quiebra o suspensión de pagos.

3. Listar de manera enunciativa el tipo de evidencia que las partes notificantes pueden presentar para generar convicción en la autoridad de competencia de que se ha configurado la EEC. En este caso, nuevamente hacemos referencia a las directivas de la agencia de Canadá que señala como ejemplo: (i) los estados financieros más recientes y auditados; (ii) proyecciones de flujos de caja; (iii) si se ha requerido el pago de alguno de los préstamos de la empresa o se han denegado préstamos o adelantos de línea de crédito; (iv) si los proveedores han reducido o eliminado créditos comerciales; (v) si ha habido pérdidas operativas persistentes o una disminución grave en el patrimonio neto o en los activos de la empresa; y, (vi) si es poco probable que la empresa pueda reorganizarse con éxito de conformidad con la legislación de bancarrota nacional o extranjera o mediante acuerdo voluntario con sus acreedores, entre otros.

4. Señalar que la decisión de la Comisión del Indecopi no está condicionada a la decisión que puedan tomar las autoridades en materia concursal (como pueden ser la Comisión de Procedimientos Concursales del Indecopi o, de ser el caso, la autoridad judicial correspondiente), que puedan generar dilaciones mayores en el procedimiento.

5. Indicar el horizonte temporal de la salida de una empresa en caso de no autorizarse la operación para que se considere como **empresa en crisis en un futuro próximo**. Para estos efectos, hacemos referencia al periodo de un (1) año, el mismo que es señalado en las decisiones de la agencia de competencia colombiana.

6. Admitir que la EEC puede ser alegada en cualquier etapa del procedimiento, reconociendo la posibilidad de que la situación financiera de la empresa podría agravarse habiéndose ya presentado la solicitud e incluso en la Fase I del procedimiento. Este es un aspecto que ya ha sido desarrollado en casos recientes en el contexto de la crisis del COVID-19 como *Amazon/Deliveroo* en el Reino Unido y *Copec/Inmobiliaria y Administradora CGL* en Chile.

7. Precisar la posibilidad de que se establezcan condiciones en este tipo de casos con el objetivo de mitigar los reparos que pueda tener Indecopi respecto del impacto de la operación notificada en los mercados involucrados. Asimismo, evitar que se produzcan demoras en el procedimiento de notificación previa que puedan generar un mayor perjuicio para la empresa en crisis.

8. Reconocer la posibilidad de que Indecopi permita las llamadas medidas *hold separate* o de separación, con las cuales se permite concluir la operación durante el procedimiento de notificación previa sin que exista una integración de las partes involucradas en dicha operación, de tal manera que la empresa en crisis pueda recibir el capital que necesita para evitar su salida del mercado en el menor tiempo posible (por ejemplo, trasladando los activos a un fideicomiso administrado por un tercero o encargando la administración de la empresa adquirida a un gestor independiente. Este tipo de medidas se han visto en un caso reciente del Indecopi en el 2018, en el que se transfirió temporalmente a un fideicomiso el control de las concesionarias eléctricas peruanas que eran objeto de la concentración hasta que la operación fuera aprobada por el Indecopi.

Finalmente, proponemos que se modifique la Ley 31112 para que se permita que estas operaciones pasen por un procedimiento simplificado, de tal manera que la duración del procedimiento de notificación previa no agrave la situación de la empresa en crisis y acelere su salida del mercado.

**REFERENCIAS**


Arboleda Suárez, C. (2019). La Excepción de Empresa en Crisis. Centro de Derecho de la Competencia. *Avances en Derecho de la Competencia,* (1), 109-130. https://centrocedec.files.wordpress.com/2020/01/la-excepciocc81n.pdf

Ayal A., & Rotem Y. (2019). The Failing Firm Defense – An – Equity – Based approach. *Journal of Competition Law and Economics*, *15*(4), 468-499. https://doi.org/10.1093/joclec/nhz020

BBC News Mundo (2020). Coronavirus y economía: cómo fue la Gran Depresión con la que comparan el impacto económico de la pandemia. [Archivo de video]. https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-52504810

Campbell, N., & Halladay, C. (2002). The Use of Behavioural Remedies in Canadian Merger Law. *Annual Fall Conference on Competition Law.* https://www.mcmillan.ca/Files/The%20Use%20of%20Behavioural_Campbell_1002.pdf

Centro Competencia UAI (2020). *COVID-19 y la excepción de empresa en crisis en procedimientos de fusiones.* https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2020/05/CeCo_COVID-19-y-la-excepci%C3%B3n-de-empresa-en-crisis-en-procedimientos-de-fusiones.pdf

Competition Berau Canada (2011). *Merger Enforcement Guidelines.* https://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/03420.html#s13_0

Competition & Markets Authority [CMA] (2017). *Euro Car Parts and Andrew Page. A report on the completed acquisition by Euro Car Parts of the assets of the Andrew Page business*. https://assets.publishing.service.gov.uk/media/59f87b5fe5274a5654e4e381/eurocarparts-andrewpage-final-report.pdf

(2020a). *Merger assessments during the Coronavirus (COVID-19) pandemic.* https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/880570/Merger_assessments_during_the_Coronavirus__COVID-19__pandemic_.pdf

Diario Gestión (enero de 2021). Economía de Perú se recupera más rápido que lo esperado, pero segunda ola del virus estropearía horizonte. *Gestión.* https://gestion.pe/economia/economia-de-peru-se-recupera-mas-rapido-que-lo-esperado-pero-segunda-ola-del-virus-estropearia-horizonte-noticia/

Elliot, R., & Dinning, J. (2009). Failing Firm Analysis in Canadian Merger Review. *CBA.* http://www.cba.org/cba/cle/PDF/SpComp09_Elliott_paper.pdf

Fiscalía Nacional Económica [FNE] (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración*. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

(2020a). *Informe de aprobación de la adquisición de activos de Inmobiliaria y Administradora CGL Limitada por parte de compañía de Petróleos de Chile COPEC S.A. Rol FNE F216-2019*. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/06/inap2_F216_2019.pdf

(2020b). FNE aprueba compra de estación de servicio por parte de Copec tras tener por acreditada la excepción de empresa en crisis.

https://www.fne.gob.cl/fne-aprueba-compra-de-estacion-de-servicio-por-parte-de-copec-tras-tener-por-acreditada-la-excepcion-de-empresa-en-crisis/

Fondo Monetario Internacional (2021). *Informes de perspectivas de la Economía Mundial Enero de 2021*. https://www.imf.org/es/Publications/WEO/Issues/2021/01/26/2021-world-economic-outlook-update

Gutermuth, A. (mayo de 2020). *New Antitrust Webinar Series*. Ponencia presentada en "#5 Failing Firm Defence: A new era for mergers?" de Concurrences, Nueva York, Estados Unidos.

Gutiérrez Rodriguez, J. D. (2020). *Retos del COVID-19 para el derecho y la política de competencia en América Latina y el Caribe.* Capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA). https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2020/07/libro-retos-del-covid-19-para-el-derecho-y-la-pol-c3adtica-de-la-competencia-en-amc3a9rica-latina-y-el-caribe-ascola-2020-002.pdf

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (10 de abril de 2020). *El Indecopi autoriza adquisición de Luz Del Sur pero con condiciones.* https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-autoriza-la-adquisicion-de-luz-del-sur-siempre-y-cuando-la-empresa-se-abastezca-de-energia-mediante-licitaciones-o-concursos-competitivos-

Ji-hye, J. (23 de julio de 2020). Jeju Air abandons acquisition of Eastar Jet. *The Korea Times*. https://www.koreatimes.co.kr/www/tech/2020/08/774_293299.html

Ji-hye, S. (23 de abril de 2020). Antitrust wacthdog approves Jeju Air-Eastar Jet merger. *Korean Herald*. http://www.koreaherald.com/view.php?ud=20200423000209

Lahtinen, T., & Huizing, P. (20 de marzo de 2020). COVID-19 and the 'failing firm' defence in merger proceedings. *Kluwer Competition Law* [Entrada de Blog]. http://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2020/03/20/covid-19-and-the-failing-firm-defence-in-merger proceedings/?doing_wp_cron=1592199587.4662189483642578125000

Margison, C., & Resiler, J. (12 de mayo de 2020). Canada. Competition Bureau Provides Guidance on Failing Firm Analysis. *Mondaq*. https://www.mondaq.com/canada/antitrust-eu-competition-/932172/competition-bureau-provides-guidance-on-failing-firm-analysis

Morgan Lewis (2020). *Competition Authority Merger Filing Status During Covid-19*. https://www.morganlewis.com/-/media/files/publication/lawflashclient-alert/antitrust-lawflash/antitrust-lf_competition-authority-status-tracker.ashx?la=en&hash=48AC22F35DE89F3FEFEEEBEFBAE7A2ABFCE2433F&hash=48AC22F35DE89F3FEFEEEBEFBAE7A2ABFCE2433F

Nzero, I. (2014). Interpretation and application of the failing firm doctrine in merger regulation in South Africa and the US: A comparative analysis. *Journal of Contemporary Roman-Dutch Law, (77),* 440-467. https://ssrn.com/abstract=2545293

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (2009). *Policy Roundtables: The Failing Firm Defence.* https://www.oecd.org/daf/competition/mergers/45810821.pdf

(2020a). *Merger control in the time of COVID-19.* https://www.oecd.org/daf/competition/Merger-control-in-the-time-of-COVID-19.pdf

(2020b). *COVID-19: Competition policy actions for governments and competition authorities*. https://www.oecd.org/daf/competition/COVID-19-competition-policy-actions-for-governments-and-competition-authorities.pdf

Pérez Molina, M. (2016). La excepción de empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea. *Revista de Derecho,* (*20*), 99-124. https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5973557.pdf

Rubio Puente, A (2020). The Ecuadorian Competition Authority Publishes New Merger Review Procedure due to COVID-19 Crisis. *Concurrences.* https://www.concurrences.com/en/bulletin/news-issues/april-2020/the-ecuadorian-competition-authority-publishes-new-merger-review-procedure-due

Superintendencia de Industria y Comercio (2019). *Guía de Análisis de Integraciones Empresariales*. https://www.sic.gov.co/sites/default/files/files/Proteccion_Competencia/Integraciones_Empresariales/2019/Gu%C3%ADa%20Integraciones%20Empresariales_agosto16_2019_%20(1).pdf

Villar Sánchez, P. (8 de enero de 2020). ¿Qué espera Moody's para el crecimiento del Perú este

2020 en comparación con América Latina? *El Comercio.* https://elcomercio.pe/economia/peru/que-espera-moodys-para-el-crecimiento-del-peru-este-2020-en-comparacion-con-america-latina-noticia/

U.S. Department of Justice & the Federal Trade Commission (2010). Horizontal Merger Guidelines. del Departamento de Justicia de los Estados Unidos de Norte América y la Comisión Federal de Comercio, *(11).* https://www.ftc.gov/system/files/documents/public_statements/804291/100819hmg.pdf

Woolich, A., Hardaker G., Yau, H-L., Adams, S., Brown C., Roussou, E., Burling F., & Kelly, J. (2017). The failing firm defence: when failure is the opportunity. *Lexology.* https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=02068a2a-3ecc-45a8-9f31-6e62f70456f6#:~:text=In%20such%20situations%20the%20merging,at%20the%20earliest%20possible%20opportunity.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Caso IV/M.053, Aerospatiale-Alenia/de Havilland, OJ 1991, L334/42.

Caso COMP/M.6796 – Aegean/Olympic II.

Citizen Publishing Co. c. United States, 394 U.S. 131 (1969).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, Resolución 027-2018/CLC-INDECOPI, Expediente 003-2017/CLC-CONC (Perú)

Competition and Markets Authority & Office of Fair Trading (2010). *Merger Assesment Guidelines.* https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf

Competition and Markets Authority [CMA] (2019). *Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Summary of the CMA's decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition.* https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5defd083ed915d15f052f549/Summary_of_decision_-_web_version_-----_pdf.pdf

(2020a) *Merger assessments during the coronavirus (COVID-19) pandemic.* https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic

(2020b) *Annex A: Summary of CMA's position on mergers involving 'failing firms'.* https://www.gov.uk/government/publications/merger-assessments-during-the-coronavirus-covid-19-pandemic/annex-a-summary-of-cmas-position-on-mergers-involving-failing-firms

(2020c) *Merger Assessment Guidelines.* https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/935593/Revised_MAGs_Nov_2020.pdf

(2020d) *Draft revised Merger Assessment Guidelines Consultation document*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/935598/Consultation_Document_-.pdf

(2020e). *Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Decision on relevant merger situation and substantial lessening of competition.* https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5e3164f6ed915d091ad1ca08/CMA_Phase_1_Decision_FINAL_NON-CONFIDENTIAL_.pdf

(2020f). *Anticipated acquisition by Amazon of a minority shareholding and certain rights in Deliveroo. Provisional findings report.* https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5ea6e697e90e0704930d8a97/PFs_Report_.pdf

Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 19 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Legislativo 1510, Decreto Legislativo modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 11 de mayo de 2020 (Perú).

Decreto Supremo 017-98-ITINCI, Reglamento de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano,* 16 de octubre de 1998 (Perú).

Ley 26876. Ley Antimonopolio y Antioligopollio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano,* 18 de noviembre de 1997 (Perú).

Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 06 de enero de 2021 (Perú).

International Shoe c. FTC, 280 U.S. 291 (1930).

Superintendecia de Control del Poder de Mercado, 20 de abril de 2020, Resolución SCPM-DS-2020-018 (Ecu.)

Unión Europea (2004). *Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas*. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52004XC0205(02)&from=ES

US c. Blue Bell Inc., 395 F Supp 583 (MD Tenn 1975).

US c. Reed Roller Bit Co., 274 F Supp. 573 579 (1967).

10.18800/themis.202002.016

# CONTROL DE CONCENTRACIONES E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN EN EL MARCO DE OPERACIONES DE FUSIÓN Y ADQUISICIÓN

## *MERGER CONTROL AND INFORMATION EXCHANGE IN THE CONTEXT OF MERGERS AND ACQUISITIONS TRANSACTIONS*

**Enrique Felices Saavedra***
**Ex editor general de THĒMIS-Revista de Derecho**
**Miranda & Amado**

**Alessia Lercari Bueno****
**Ex miembro de THĒMIS**
**Miranda & Amado**

*The issuance of the Emergency Decree 013-2019, which regulates market concentration operations by establishing an ex ante control of said transactions, forces us to reexamine the way in which information exchanges are conducted in the framework of mergers and adquisitions. The exchange of information is vital to this types of operations, however, it can not be unlimited, since that would endager market competition.*

*Faced with this situation, this article analyzes the possible transgresions to this new regimen that could be comitted within these types of transactions, as well as the measures that could be implemented to reduce said risks. First, the authors explores the figures of horizontal colusion and gun jumping, by analyzing national and international legislation and jurisprudence. Then, they explain the powers Indecopi posseses to sanction these conducts. Finally, they conclude with some recommended preventive measures that can be taken by businesses.*

*Keywords: Market concentration control; mergers and acquisitions; horizontal colusion; gun jumping; Indecopi.*

*La promulgación del Decreto de Urgencia 013-2019, el cual establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, obliga a reexaminar la manera en la que se conduce el intercambio de la información en operaciones de fusión y adquisición de empresas. Este intercambio de información es necesario en este tipo de operaciones; sin embargo, no puede ser irrestricto, ya que ello perjudicaría la competencia.*

*Frente a esta situación, el presente trabajo analiza las infracciones al nuevo régimen regulatorio que podrían configurarse en la esfera de estas operaciones, así como las posibles medidas a implementarse para mitigar los riesgos mencionados. Primero, los autores exploran cómo se desarrollan las conductas anticompetitivas de la colusión horizontal y el gun jumping, analizando normativa, y jurisprudencia nacional e internacional. Luego, explican las facultades del Indecopi para lidiar con estas prácticas. Por último, concluyen con algunas recomendaciones de medidas preventivas que pueden tomar los agentes económicos.*

*Palabras clave: Control de concentraciones; fusiones y adquisiciones; colusión horizontal; gun jumping; Indecopi.*

* Abogado. Master of Laws (L.L.M.) por la Universidad de Yale. Ex Jefe del Gabinete de Asesores de la Presidencia del Consejo de Ministros y ex Representante Presidencial Especial del Perú ante la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). Ex Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Socio de Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: efelices@mafirma.com.pe.

** Abogada. Asociada de Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: alercari@mafirma.com.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 11 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 29 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN: LA RELEVANCIA DE MITIGAR RIESGOS VINCULADOS AL INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN CON LA APROBACIÓN DEL RÉGIMEN GENERAL DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El mercado de las fusiones y adquisiciones ha sido uno de los más activos en el Perú en las últimas dos décadas. A pesar de ello, este país es uno de los pocos a nivel global que no cuenta con un régimen de control de concentraciones general.

Si bien es cierto que la institución no es nueva en el Perú, pues su aplicación limitada a las operaciones de concentración en el sector eléctrico data de finales de los años noventa[1], la aprobación del Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial —Decreto de Urgencia 013-2019 (en adelante, Ley de Control de Concentraciones)— impondrá cambios relevantes en la forma en la que se llevan a cabo operaciones de fusiones, adquisiciones, *joint ventures* y acuerdos colaborativos similares en el Perú. Sin duda, uno de los campos en los que estos cambios serán más significativos será el del intercambio de información que se produce entre las partes en el marco de operaciones como las descritas.

En el marco de operaciones de concentración empresarial, el intercambio de información entre las partes es válido e indispensable: quien compra debe saber qué comprará y qué valor asignarle a la empresa sobre la base de sus activos, contratos, pasivos y contingencias, entre otros; mientras que el vendedor quiere que la transacción efectivamente se realice en las mejores condiciones para él.

Este intercambio de información, sin embargo, no puede ser irrestricto. En efecto, hasta el cierre de la operación en la que se produce el cambio de control, las empresas se mantienen como agentes independientes que coexisten en el mercado, y deben comportarse como tales. Sobre todo, ello ocurre en el caso de operaciones entre agentes que participan, e incluso compiten, en el mismo segmento del mercado.

En términos del derecho de la competencia, el intercambio de información irrestricto, en el marco de una operación de concentración, puede significar el incumplimiento de disposiciones legales, pues dicho intercambio tendría la capacidad de (i) habilitar la adopción de una práctica colusoria horizontal entre las partes de la operación; y/o, (ii) propiciar la consumación de la operación de forma previa a su aprobación por el Instituto Nacional de Defensa del Consumidor y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi), lo que sería incurrir en la figura del *gun jumping*.

La posibilidad de que las partes de una operación incurran en una práctica colusoria es un riesgo que hoy se presenta con independencia de la existencia o no de un régimen de control de concentraciones. Asimismo, la posibilidad de que un intercambio facilite un *gun jumping* es un riesgo que, actualmente, ya se deriva del régimen aplicable al sector eléctrico, el cual prohíbe la consumación de la operación de forma previa a la autorización por la agencia de competencia.

No obstante, lo cierto es que a la fecha no ha sido la práctica usual del Indecopi fiscalizar el cumplimiento de la normativa de competencia en una esfera transaccional. Esta ausencia de fiscalización —y, eventualmente, de *enforcement*— ha generado que la implementación de mecanismos de cumplimiento de la normativa de competencia quede en segundo plano, y que no sea priorizada por las partes como parte del planeamiento de la operación.

Sin embargo, la reciente aprobación del régimen general de control de concentraciones generará un mayor interés por parte de la autoridad en este tipo de actividades. Así, al aumentar considerablemente su actividad en la esfera transaccional[2], Indecopi tendrá mayor cercanía y visibilidad sobre las potenciales infracciones que puedan configurarse en este ámbito. Si bien esto aumentará los niveles de protección en el mercado, las partes deben estar preparadas para afrontar el escrutinio de la autoridad. Esto implica demostrar que sus actividades se conducen de conformidad con el marco legal aplicable, así como buscando evitar conductas que puedan calificar como prácticas cuestionables.

Ante dicha situación, será necesario establecer mecanismos de cumplimiento en el marco transaccional. Particularmente, será prioritario establecer parámetros al intercambio de información que estén dirigidos a minimizar los riesgos de incumplimiento de las normas de competencia. No obstante, será igual de importante garantizar que

[1] Al respecto, véase la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, Ley 26876 (1997), y sus normas reglamentarias.

[2] Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico (Ley 26876) del 19 de noviembre de 1997, y sus normas reglamentarias.

estos parámetros sean diseñados de forma que reconozcan el dinamismo característico de la actividad transaccional. Esto garantizará el diseño de lineamientos de aplicación efectiva, a diferencia de la elaboración de protocolos impracticables, que terminen siendo 'letra muerta' para las personas naturales encargadas de la negociación y ejecución de la operación.

En ese contexto, el presente trabajo analiza las potenciales infracciones que podrían configurarse en la esfera de transacciones de compra, venta, *joint ventures*, entre otros, así como las medidas que podrían implementarse para mitigar los riesgos mencionados. A partir de este análisis, se identifican los elementos principales a tener en consideración para la elaboración de lineamientos para el intercambio de información en el marco de una operación como las anteriormente descritas, así como mecanismos de supervisión y seguimiento que garanticen su cumplimiento.

## II. MARCO NORMATIVO

Si partimos de la premisa de que la competencia es el mecanismo más apropiado para promover la asignación eficiente de recursos en el mercado, entonces es a través del 'libre juego' de la oferta y la demanda que los consumidores pueden verse beneficiados por la disminución de precios, la mejora en la calidad de los productos y el incremento de las opciones de consumo con las que cuentan (Whish & Bailey, 2015, p. 4).

Las normas de competencia surgen como un mecanismo para proteger y potenciar el proceso competitivo. En efecto, tanto el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, Ley de Competencia) (2008, artículo 1), como la Ley de Control de Concentraciones tienen por finalidad "promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores" (2019, artículo 1)[3].

Por un lado, la Ley de Competencia cumple con dicho fin a través de mecanismos de intervención *ex post*, es decir, mediante la prohibición y sanción de conductas que ya han producido efectos en el mercado. De estas, los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, esto es, la adopción de comportamientos cuyo propósito es 'dejar competir', son una de las conductas que recibe el mayor escrutinio. Ello es así porque el intercambio de información en el marco de una operación puede facilitar, por ejemplo, un acuerdo entre competidores para unificar su conducta de forma previa al cierre de la operación, o incluso de forma permanente en caso se abandone la operación.

Por su parte, la Ley de Control de Concentraciones utiliza mecanismos de intervención *ex ante*, los que establecen la aprobación previa del Indecopi como requerimiento para la realización de actos de concentración empresarial que podrían afectar el proceso competitivo. En este sentido, el análisis de la autoridad no se refiere a la conducta ya realizada, sino, de manera prospectiva, a la potencialidad que muestra dicha conducta en un marco determinado para afectar la competencia. De acuerdo con esta norma, las empresas que soliciten una autorización no podrán ejecutar la operación hasta que hayan obtenido efectivamente la autorización correspondiente de parte de la autoridad de competencia. Por ello, las empresas deberán comportarse de forma independiente hasta la aprobación de la operación. En este contexto, y siguiendo el mismo ejemplo, el intercambio de información podría facilitar la ejecución 'prematura' de la operación.

Conforme a las normas citadas, se evidencia que el intercambio de información en sí mismo no constituye una infracción a las normas de competencia, pero sí puede facilitar la adopción de conductas infractoras. Siendo ello así, a continuación se explica cómo es que el intercambio de información podría facilitar la configuración de estas infracciones. Para tales efectos, se analiza por un lado, la potencial infracción a la Ley de Competencia (colusión) y, por otro, la infracción a la Ley de Control de Concentraciones (*gun jumping*).

### A. Colusión horizontal: infracción a la Ley de Libre Competencia

Como ha sido mencionado, el intercambio de información podría facilitar la adopción de acuerdos entre competidores dirigidos a unificar su conducta en el mercado. Estos acuerdos se encuentran tipificados en la Ley de Competencia como prácticas colusorias horizontales.

En efecto, la Ley de Competencia define estas prácticas como "los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí



[3] De acuerdo al Examen Inter-Pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia: Perú, entre el año 2001 y 2017, el Indecopi analizó únicamente 17 operaciones de concentración bajo el régimen de control previo del sector eléctrico (2018).

que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia" (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 11.1). De ese modo, se trata de conductas en la que los competidores de un mercado en el que individualmente no tendrían un poder relevante, lo obtienen artificialmente a través de la adopción de una estrategia para "dejar de competir".

Dentro del universo de prácticas anticompetitivas, existe un grupo específico de conductas que, por su propia naturaleza, resultan lesivas para la competencia y no admiten justificación una vez acreditada su realización. Estas conductas son conocidas como "cárteles desnudos" o *hardcore cartels*.

La adopción de estas prácticas constituye el tipo de infracciones más graves que sanciona la Ley de Competencia, y las que han motivado la imposición de multas más elevadas en los últimos años. De hecho, internacionalmente se considera que incurrir en estas prácticas es equivalente a hurtar de "los bolsillos de los consumidores" (Kroes, 2005, p. 5) [traducción libre].

De acuerdo al artículo 11.2 de la Ley de Competencia (2008), las prácticas que serán consideradas como cárteles desnudos son las siguientes:

— Fijar precios y otras condiciones comerciales o de servicio;
— Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
— Repartir clientes, proveedores, o zonas geográficas; y,
— Falsear procesos de licitación, concursos y otras formas de contratación o adquisición pública (a través de posturas o abstenciones en licitaciones).

Estas prácticas se sujetan a una prohibición absoluta, es decir, son consideradas ilegales *per se* (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 11.2). La sola acreditación de la existencia de estos acuerdos genera la imposición de una sanción para las empresas e incluso las personas naturales que participaron de la conducta. No resulta necesario demostrar que el acuerdo realmente se ejecutó o cuáles fueron los efectos de la conducta en el mercado, su impacto en consumidores y competidores no participantes del cartel (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 8). De acuerdo a la Exposición de Motivos de la Ley de Competencia, esta regla aplica en la medida que se trata de "conductas profundamente nocivas para el bienestar de la sociedad en su conjunto y de los consumidores en particular" (Presidencia del Consejo de Ministros, 2008, p. 17).

El carácter nocivo de estas prácticas y las altas sanciones que suelen ir aparejadas a su realización, tienden a llevar a las partes que participan de estos acuerdos a ocultar su conducta y eliminar toda prueba incriminatoria o indicio de su realización. Es por ello que las autoridades de competencia a nivel internacional, al igual que el Indecopi, no exigen la existencia de documentos o pruebas directas que dejen constancia expresa del acuerdo o práctica concertada entre competidores[4].

Por el contrario, las autoridades se apoyan en otro tipo de pruebas indirectas, tales como comunicaciones electrónicas recabadas a través de visitas de inspección, pericias, declaraciones de parte, testimonios, entre otros elementos que vistos de manera conjunta permiten determinar la existencia de una conducta anticompetitiva (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículos 15 y 30). En general, la autoridad podrá recolectar una pluralidad de indicios que, analizados conjuntamente, generen convicción respecto de la comisión de la infracción (Quintana Sánchez, 2013, p. 126).

En este contexto, la identificación de medios probatorios que demuestren la existencia de un intercambio de información entre competidores será un indicio relevante para la autoridad, sobre todo, si dicho intercambio involucra información que puede habilitar la adopción de conductas paralelas en el mercado. Si bien en la mayoría de los casos la mera existencia de un intercambio no será suficiente para generar convicción respecto de la comisión de una infracción, ello sí podría motivar el inicio de una investigación e incluso, de un procedimiento sancionador.

Por tal motivo, la experiencia previa de las autoridades de competencia en la evaluación de intercambios de información como indicios de infracción será sumamente relevante para definir los criterios bajo los cuales el intercambio estará permitido en el marco de una operación, así como

[4] Véase la Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, la cual señala lo siguiente:

> 312. Considerando que la interacción de los agentes en el mercado se efectúa mediante mecanismos cada vez más sofisticados, la detección de conductas destinadas a restringir o distorsionar el proceso competitivo resulta posible a través de la obtención de una diversidad de medios probatorios que pueden llevar a la certeza requerida sobre la existencia de una conducta anticompetitiva (2019).

los cuidados y salvaguardas que deberán aplicarse para evitar cuestionamientos. Si bien la práctica del Indecopi no se ha centrado en el análisis de infracciones en el marco de operaciones transaccionales, su experiencia en la evaluación de intercambios en ámbitos ajenos al transaccional brinda importantes aportes que, sumados a la experiencia internacional en la materia, brindan criterios sumamente relevantes.

En atención a ello, en las siguientes secciones se analiza el intercambio de información en la experiencia nacional, ajena al ámbito transaccional, así como la experiencia internacional en materia de operaciones de fusión, adquisición y otras.

1. Intercambios de información como indicios de colusión en la experiencia nacional

Dada la importancia de las pruebas indiciarias en el análisis de conductas contrarias a la competencia, el intercambio de información entre competidores es considerado como un elemento relevante para la determinación de una infracción. En circunstancias normales, el simple hecho de que exista una comunicación entre competidores será considerado como una señal de alerta. Cuando dicha comunicación contenga o se refiera a información sensible para las partes por razones comerciales, operativas o de otra índole, las posibilidades de que se haya producido una infracción incrementarán.

En esa línea, la Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia del Indecopi (en adelante, Guía de Gremios) constituye un punto de partida importante, ya que proporciona directrices relevantes para la evaluación de los intercambios de información como indicios o indicaciones de prácticas anticompetitivas. Si bien estos lineamientos refieren al intercambio que se produce en el marco de una actuación gremial —espacio que ofrece un contexto de comunicación entre competidores—, los criterios que establece la norma pueden aplicarse a cualquier tipo de intercambio. De hecho, la Guía de Gremios incorpora criterios similares a los contenidos en lineamientos para el intercambio de información correspondientes a legislaciones extranjeras[5] que no se restringen al ámbito gremial.

La Guía de Gremios reconoce expresamente que el intercambio de información puede ser utilizado como una alternativa a la adopción de acuerdos colusorios expresos[6]. Ello en tanto los intercambios permiten que los competidores obtengan información privilegiada sobre las actividades del otro, lo cual facilita la adopción de conductas similares:

> Una vez que los competidores conocen las decisiones y estrategias que sus competidores implementarán (p.e. incrementos en sus precios, selección de clientes y condiciones de contratación), pueden ajustar sus propias decisiones y estrategias para evitar competir entre sí, y también pueden monitorear el desarrollo o "cumplimiento" de los anuncios de sus competidores, **logrando organizarse como un cártel** sin necesidad de mantener una comunicación activa entre sí (Indecopi, 2019, p. 13) [el énfasis es nuestro].

En efecto, el conocimiento de las acciones del competidor permite a los agentes la posibilidad de alinear sus conductas y limitar la dinámica competitiva que existe entre ellos. Por ejemplo, al eliminar la incertidumbre respecto del precio futuro del competidor, el agente pierde incentivos para fijar precios más bajos: puede fijar uno justo por debajo del de su competidor, o fijar exactamente el mismo.

Por su parte, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (en adelante, la Sala) también ha brindado relevantes aportes respecto del intercambio de información como mecanismo para facilitar la colusión[7]. A través de reiterada jurisprudencia en la que se analiza la existencia de colusión entre competidores, la Sala ha señalado que "[e]n efecto, las comunicaciones entre competidores generan un contexto que facilita el intercambio de información, **lo cual podría dar lugar a que adopten un acuerdo o una práctica concertada**" (Resolución

[5] Por ejemplo, la Guía de Gremios incorpora criterios similares a los de la Unión Europea, que cuenta con las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal (2011); y México, que cuenta con la Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (2015).

[6] Véase la Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia:

> Los participantes de un cártel pueden buscar eliminar la necesidad de discutir abierta y directamente entre sí sobre aspectos relevantes de un acuerdo anticompetitivo y de esta manera reducir el posible escrutinio de la autoridad de competencia.
>
> Para ello, es posible que los participantes de estos ilícitos recurran a mecanismos indirectos de intercambio de información sensible con el objeto de eliminar la incertidumbre inherente al proceso competitivo, y de esta manera promover o facilitar un equilibrio anticompetitivo entre sí (Indecopi, 2019, p. 13).

[7] Véase las Resoluciones 157-2019/SDC-INDECOPI, 171-2019/SDC y 225-2019/SDC.

157-2019/SDC-INDECOPI, 2019, párr. 362) [el énfasis es nuestro].

De conformidad con la Guía de Gremios, la Sala sostiene la probabilidad de que los intercambios de información conduzcan a resultados colusorios, en tanto reducen la incertidumbre entre competidores:

> 363. Con relación el intercambio de información sensible entre competidores (por ejemplo, una comunicación que evidencie el anuncio anticipado de un incremento de precios), la jurisprudencia nacional y comparada ha señalado que puede generar efectos restrictivos en la competencia, pues **reduce la incertidumbre de los agentes económicos en la toma de decisiones y, por ende, los incentivos para competir**. En este sentido, la Comisión Europea ha sostenido que será particularmente probable que un intercambio de información sobre las intenciones individuales de las empresas en cuanto a su conducta futura relativa a precios, desemboque en un resultado colusorio (Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, 2019) [el énfasis es nuestro] .

Como se puede apreciar, el intercambio de información —ya sea en el marco de gremios, en actividades cotidianas o como parte de una operación— elimina la incertidumbre que existe entre los agentes económicos la cual es uno de los grandes pilares de la dinámica competitiva entre ellos. Es por tal motivo que la detección de intercambios suele generar alarmas o cuestionamientos por parte de la autoridad. Incluso cuando se trate de intercambios plenamente justificados, el riesgo de colusión es tal que, en la mayoría de casos, motiva la intervención de la autoridad, así sea únicamente para supervisar y requerir mayor información de los agentes económicos.

Un aporte relevante contenido en la Guía de Gremios es la definición de la información cuyo intercambio genera riesgos desde el punto de vista de la competencia. En efecto, a fin de brindar mayor claridad respecto del tipo de información cuyo intercambio deberá evitarse, la Guía de Gremios define a la información sensible aquella que "por su condición y por las características de los mercados vinculados al intercambio, puede incrementar la probabilidad de prácticas anticompetitivas (riesgo en la competencia), en particular prácticas colusorias" (Indecopi, 2019, p. 9). Asimismo, establece que la información presentará mayores riesgos cuando tenga carácter estratégico, se encuentre desagregada, sea reciente o futura, y tenga carácter reservado. De este modo, la calidad de sensible dependerá de las condiciones del caso concreto y podrá medirse en función de las características de la información del mercado.

Sin perjuicio de ello, a modo de ejemplo, la Guía de Gremios establece que se considera sensible la información vinculada con precios, cantidades, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, inversión, tecnologías, investigación y desarrollo, estructura de costos, listas de clientes, condiciones de negociación y contratación, entre otros (Indecopi, 2019, p. 9). Por su parte, la Sala también hace referencia a los tipos de información cuyo intercambio podría desembocar en resultados colusorios. Al respecto, la Sala menciona:

> 365. Algunos ejemplos de dichas comunicaciones entre los competidores, son […] los documentos internos de las empresas donde se muestre que se ha intercambiado información u opiniones sobre **precios o demanda de productos, partición de mercado, niveles de producción u otra información que, por lo general, son reservados y no compartidos con los competidores** (Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, 2019) [el énfasis es nuestro] .

Aun cuando estas referencias proporcionan una indicación importante sobre el carácter sensible de la información, lo cierto es que no es posible establecer una lista inequívoca y que, por el contrario, será necesaria una revisión caso por caso que atienda las condiciones del mercado particular. En efecto, en determinados mercados, ciertos tipos de información no revestirán el mismo grado de sensibilidad. Por ejemplo, aquella sobre precios en mercados regulados requiere un tratamiento distinto frente al mismo tipo de información en mercados no regulados en los segmentos corporativos en los que no existe obligación de publicitar precios.

Teniendo ello en consideración, no será recomendable establecer lineamientos que incluyan listados genéricos de información que tendrá carácter sensible. Esto podría tener como consecuencia la implementación de reglas que desconozcan la realidad de la empresa y del mercado, restando rigurosidad a su cumplimiento. Será necesaria la evaluación específica del mercado, así como de las circunstancias que ameriten el intercambio.

Finalmente, es importante tener en consideración un caso reciente en el que el intercambio de información fue esencial para determinar la existencia de una infracción en la modalidad de colusión.

Este es el caso seguido bajo el Expediente 008-2010/CLC en el que se imputó una práctica colusoria horizontal en el mercado de farmacias (en

adelante, Caso Farmacias). En dicha oportunidad, se determinó que las cadenas de farmacias adoptaron prácticas dirigidas a incrementar el precio de sus productos de forma concertada. La particularidad del caso es que no se hallaron indicios de comunicación directa entre los competidores. En su lugar, se halló que las cadenas de farmacias habían utilizado a sus proveedores para viabilizar el intercambio de información[8].

En efecto, se sostuvo que la comunicación entre los competidores se había logrado a través de los laboratorios, en la medida que éstos habían sido los que se encargaron de intercambiar información detallada sobre incrementos y estrategias de precios entre las cadenas de farmacias. Aunque también halló indicios adicionales a la práctica, como por ejemplo, evidencia económica que respaldó la ejecución de los acuerdos y comunicaciones que reflejaban mecanismos de monitoreo, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) determinó que "el mecanismo de intercambio de información habría facilitado la realización de un acuerdo colusorio por parte de empresas que compiten a nivel horizontal" (Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, 2016, p. 250, párr. 703).

La Sala confirmó lo resuelto por la Comisión, precisando que, si bien el intercambio de información entre competidores puede también "puede facilitar la realización de conductas anticompetitivas en la medida en que las empresas tengan conocimiento sobre las elecciones de sus demás competidores" (Resolución 783-2017/SDC-INDECOPI, 2017, p. 20, párr. 37). Asimismo, la Sala sostuvo que el uso de un tercero, como los laboratorios, para ejecutar el intercambio "es cada vez más empleado por los participantes de cárteles, pues […] mediante este mecanismo se procurará eliminar cualquier evidencia de contacto o coordinación directa entre los agentes competidores" (Resolución 783-2017/SDC-INDECOPI, 2017, p. 21, párr. 39).

Lo señalado previamente evidencia un caso en el que la verificación de la existencia de un intercambio de información fue utilizada como indicio de la comisión de una infracción. De lo señalado, se puede concluir que aun cuando el intercambio en sí mismo no constituya prueba suficiente, otros elementos tales como el mero paralelismo de conductas —sin evidencia de contacto entre competidores— tampoco bastarán para hallar responsabilidad. Por tal motivo, se trata de un elemento crucial para generar convicción respecto de la existencia de una infracción.

A causa de ello, el Indecopi investiga las comunicaciones personales (correos electrónicos) de los agentes investigados, para lo cual cuenta con plenas facultades según el artículo 11.2 de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008), ello con la principal intención de identificar contacto entre competidores. En el mejor de los casos, encuentra evidencia expresa de un acuerdo. En su defecto, lo que suele encontrar es evidencia de un intercambio de información sensible, el cual, sumado a la evidencia de que se ha implementado un actuar conjunto, suele reemplazar a la prueba directa del acuerdo.

Como se mencionó, los intercambios que el Indecopi ha utilizado como indicios de infracción se han producido en situaciones ajenas al ámbito transaccional, en el que es usual que los competidores intercambien información necesaria para viabilizar la operación. Sin embargo, de los criterios expuestos, nada impide que, ante la existencia de conductas paralelas en el mercado, la detección de intercambios injustificados —o incluso, descontextualizados— pueda ser utilizada por la autoridad como prueba de una potencial colusión.

Por lo tanto, es importante que todo intercambio producido en el marco de una operación cuente con el debido sustento y, de preferencia, que las comunicaciones correspondientes contextualicen adecuadamente el motivo del intercambio. Por ejemplo, será necesario que la comunicación o correo electrónico que adjunta la información incluyan una referencia breve a las razones que motivan el envío de la información, su calificación como información sensible y a las personas que cuenten con restricción para el acceso, a pesar de que las partes que participan del intercambio conozcan estos aspectos de antemano. Esto generará que ante una inspección de comunicaciones electrónicas cualquier evidencia de intercambio se justifique por sí misma, y no dé lugar a cuestionamientos adicionales.

Como se puede apreciar de lo expuesto, la experiencia del Indecopi en materia de intercambio de información y colusión perfila criterios generales para realizar intercambios en condiciones normales, esto es, fuera del ámbito transaccional, en donde el contacto entre competidores debería ser inexistente o sumamente limitado.



[8] Ello responde a un esquema de colusión bajo la modalidad *hub and spoke*. Sin embargo, se debe notar que, en este caso, la decisión final no calificó de forma definitiva la conducta de los laboratorios como la de un agente facilitador en la medida que dicha conducta no se encontraba prohibida al momento en el que se produjeron los hechos investigados.

Es claro que el intercambio de información entre competidores en el marco de una operación no es aislado. Por el contrario, son frecuentes y necesarios, por ejemplo, como parte de los procesos de *due diligence* y de negociación de la operación. Su habitualidad en el intercambio de información no exime a las partes del cumplimiento de la normativa de competencia, pero sí genera matices y observaciones importantes a tener en consideración.

2. Intercambios de información como indicios de colusión en el marco de operaciones de fusión, adquisición y otras

Como mencionamos, el caso del intercambio de información que se produce en el marco operaciones difiere de las situaciones que se producen fuera del ámbito transaccional, en la medida que una operación de fusión, adquisición o las demás que alude la Ley de Control de Concentraciones requiere del intercambio activo de información entre las partes, particularmente, de la *target* a favor de su potencial adquirente. Como se mencionó, este intercambio es necesario para alcanzar la finalidad de la operación.

La Comisión Federal de la Competencia de México (en adelante, Cofece) se ha pronunciado reconociendo la importancia de los intercambios de información en el marco de operaciones societarias a través de su Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos (en adelante, Guía Cofece). Este documento brinda importantes directivas para el intercambio entre dichos actores, implementando recomendaciones expresas en el ámbito transaccional. La Guía Cofece reconoce la habitualidad y la necesidad de que se produzca este intercambio. De tal modo señala:

> […] al realizar una concentración, el intercambio de cierta información entre agentes económicos resulta necesario. Tal es el caso del intercambio de información que se realiza durante la exploración, planeación, evaluación y notificación de una concentración. En estos casos, **el intercambio de información es fundamental para el desarrollo de la auditoría de compra y es normal que las partes se encuentren en comunicación frecuente para valorar apropiadamente la operación** (Cofece, 2015, p. 28) [el énfasis es nuestro].

No obstante, este intercambio no puede ser ilimitado. Tampoco puede ser utilizado como un mecanismo para adoptar conductas colusorias de forma previa a la consumación de la operación, o de modo permanente en caso la operación sea abandonada. Incluso cuando no sea la intención de las partes utilizar la información para fines anticompetitivos, cuando la autoridad identifica un intercambio irrestricto que abarca información sensible sin que ello sea necesario para los fines de la operación, puede surgir el riesgo de que se considere que sí existió colusión.

En la medida que las partes de una operación deben ser consideradas como competidoras hasta que se produzca el cierre del proceso, se encontrarán sujetas a lo dispuesto en la Ley de Competencia, por lo que sus conductas podrán configurarse como una infracción en la modalidad de colusión horizontal, más aún si la operación es abandonada y las partes nunca llegan a conformar un único agente en el mercado.

Si bien el Indecopi no ha resuelto casos en los que se haya analizado la comisión de una infracción en dichos contextos, en Estados Unidos esto sí ha ocurrido. En dichos casos, se detectó que el intercambio de información entre las partes de la operación configuraba una infracción al artículo 1 de la *Sherman Act*, norma estadounidense que prohíbe acuerdos anticompetitivos entre competidores. Esta norma es similar al artículo 11 de la Ley de Competencia que, como señalamos, prohíbe los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores (Decreto Legislativo 1034, 2008). Dada la similitud de ambas normas, la experiencia estadounidense resulta valiosa para determinar los criterios bajo los cuales se analizaría una infracción de este tipo en el Perú.

Un primer antecedente es el caso seguido por el Departamento de Justicia de los Estados Unidos bajo la Acción Civil 1:03CV00198, resuelto en el año 2003 (en adelante, *Caso Gemstar-TV Guide*). Este caso trata sobre la fusión de dos empresas competidoras en el mercado de guías interactivas para la programación de la televisión de paga, Gemstar-TV Guide International, Inc. (en adelante, Gemstar) y TV Guide, Inc. (en adelante, TV Guide).

En dicha oportunidad, antes de obtener la aprobación correspondiente, Gemstar y TV Guide adoptaron una serie de conductas dirigidas a limitar la competencia por clientes, entre las que se encuentran: repartirse mercados y clientes, y acordar precios y condiciones comerciales. Estas acciones fueron consideradas como acuerdos anticompetitivos que vulneraban el artículo 1 de la *Sherman Act* (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc*, Declaración de impacto competitivo, 2003, pp. 9-10) . Las conductas de las partes también configuraron una infracción a las normas en materia de control de concentraciones en la modalidad de *gun jumping*. Ello en la medida en que la actuación conjunta en el mercado de las empresas le permitió a Gemstar asumir el control

del negocio de TV Guide de forma previa al cierre de la operación.

En lo relativo a la adopción de un acuerdo para la fijación de precios y condiciones comerciales, el Departamento de Justicia identificó que la conducta se habría viabilizado porque las partes compartieron información detallada y especifica respecto de las ofertas y contraofertas que cada una recibió de sus clientes, los proveedores de los servicios de televisión de paga. Asimismo, las partes se mantuvieron al tanto de los contactos individuales que mantenían con estos últimos.

La información incluía comunicaciones de correo electrónico en las que constaban las negociaciones con sus clientes, tablas de tarifas, términos de contratos, e, incluso, los borradores de contratos que estaban negociándose antes del cierre de la operación (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, Demanda, 2003, pp. 13-14). El acceso a esta información fue esencial para que las partes pudieran acordar los precios y condiciones comerciales que exigirían a sus clientes de forma previa al cierre de la operación.

En la decisión final, tras determinar la existencia de la infracción, se impuso a las partes ciertas obligaciones para prevenir estos comportamientos en futuras operaciones con competidores. Así, se prohibió la revelación de información sobre precios actuales o futuros (incluyendo las proyecciones), o contratos relacionados con productos que sean objeto de competencia, siempre que esta información no se encuentre disponible públicamente al momento en el que ocurra la revelación. Adicionalmente, se establecieron ciertas excepciones para los intercambios de información que ocurran antes del cierre de la operación o al momento del *due diligence*. Estas excepciones incluyeron lo siguiente:

> 1) Información que se encuentra **razonablemente relacionada con el entendimiento de una parte respecto de futuras ganancias y prospectos**; y (2) cuando la revelación ocurra de conformidad con un **acuerdo de confidencialidad** que (a) limita el uso de la información a la ejecución del due diligence y (b) prohíba la revelación de esta información a cualquier empleado de la parte que recibe la información que se encuentre directamente vinculado al marketing, fijación de precios o ventas de los productos (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, Sentencia final, 2003, p. 6) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][9].

Esta orden se fundamentó en el reconocimiento de que existen situaciones en el marco del *due diligence* y la negociación en las que la información de precios puede ser necesaria para valorizar adecuadamente el negocio, a pesar de que, como regla general, los competidores no deben obtener este tipo de información antes del cierre de la transacción por los riesgos a la competencia que genera (*Estados Unidos c. Gemstar-TV Guide International, Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2003, pp. 15-16). Los comentaristas estadounidenses han puesto en relevancia la importancia de este caso, en la medida que permitió la imposición de criterios para efectuar el intercambio de información en el marco de operaciones, señalando que éste debe darse en un *need-to-know basis*, es decir, que solo deben acceder a la data las personas estrictamente necesarias para la ejecución de la operación (Liebeskind, 2003, pp. 9-10).

Como se puede apreciar, el caso brinda un aporte relevante, pues reconoce la necesidad de intercambiar información que puede tener carácter sensible. Sin embargo, también provee criterios para establecer un límite razonable al tipo de información que puede intercambiarse, así como las medidas y salvaguardas que deben implementarse para asegurar la protección del proceso competitivo.

Un caso más reciente es el seguido por el Departamento de Justicia bajo el Asunto 3:14-CV-04949, resuelto en el año 2014. En dicha oportunidad, dos empresas competidoras en el mercado de tableros de partículas, Flakeboard America Limited (en adelante, Flakeboard) y SierraPine, suscribieron un acuerdo para la adquisición de activos requiriendo la autorización previa correspondiente. Mediante el acuerdo, la primera adquiriría ciertos activos necesarios para la producción de los tableros de propiedad de SierraPine, los cuales eran molinos para la producción de partículas.

No obstante, antes de obtener la aprobación correspondiente, Flakeboard ordenó el cierre de operaciones en uno de los molinos que adquiriría y se

[9] Traducción libre:
> (1) the information is **reasonably related to a party's understanding of future earnings and prospects**; and (2) the disclosure occurs pursuant to a **non-disclosure agreement** that (a) limits use of the information to conducting due diligence and (b) prohibits disclosure of any such information to any employee of the person receiving the information who is directly responsible for the marketing, pricing or sales of the Competing Product(s) [el énfasis es nuestro].

detectaron una serie de conductas que, de acuerdo con la autoridad, habrían permitido migrar los clientes de la planta clausurada de SierraPine a favor de una planta de Flakeboard. Estas conductas habrían constituido un acuerdo anticompetitivo dirigido a reducir la oferta en el mercado geográfico y repartirse clientes, lo cual vulneraría el artículo 1 de la *Sherman Act*. En este caso, las conductas de las partes también configuraron una infracción a las normas en materia de control de concentraciones en la modalidad de *gun jumping*. Ello en la medida en que Flakeboard tomó acciones de control respecto de los activos que aún permanecían bajo la propiedad de SierraPine, su competidora.

En lo relativo a la adopción de un acuerdo para la reducción de la oferta y el reparto de clientes, el Departamento de Justicia sostuvo que la infracción de las partes se habría visto verificada en el hecho de que, además de cerrar la planta, Flakeboard había obtenido información sensible de SierraPine. La información incluía el nombre, contacto, tipos y volúmenes de productos adquiridos por los clientes de SierraPine en la zona de influencia de la planta clausurada. Esta información fue utilizada para que los empleados de Flakeboard pudieran contactar a los clientes de aquella, los cuales quedarían desatendidos con el cierre de la planta (*Estados Unidos c. Flakeboard America Ltd*., Demanda, 2014, p. 12).

Es importante notar que las partes eventualmente abandonaron la operación, la cual, según el Departamento de Justicia, habría levantado serios cuestionamientos respecto de su efecto en la competencia; es decir, difícilmente hubiese sido aprobada. Sin perjuicio de ello, la planta de SierraPine permaneció cerrada una vez que la transacción fue abandonada sin planes de una posible reapertura. Este caso fue resuelto a través de una transacción bajo la cual las partes implicadas accedieron al pago de US$ 5 millones cada una ante los cuestionamientos de infracción del Departamento de Justicia.

Este caso también nos permite observar cómo es que el intercambio de información es clave para implementar una conducta colusoria en el marco de una operación. Particularmente, grafica la importancia de fiscalizar el cumplimiento de la normativa de competencia en estos ámbitos. Si bien la adopción de prácticas colusorias durante un periodo limitado previo a una concentración podría ser una conducta con un impacto menor en el mercado, lo cierto es que siempre existe el riesgo de que la operación no se consume, porque las partes la abandonan o porque no sea aprobada. En este escenario, la potencial operación les permite obtener información sensible que puede ser utilizada para fines anticompetitivos.

Al respecto, el Departamento de Justicia reconoció este riesgo. Por ello señalaron que, a pesar de que una adquirente puede requerir información de contratos con clientes para efectuar una adecuada valoración de la *target* en el proceso de *due diligence*, "como regla general, los competidores no deben obtener información futura de precios de clientes específicos antes de que la transacción se consume, porque podría causar un daño a la competencia si la transacción se abandona" (*Estados Unidos c. Flakeboard America Ltd.*, Declaración de impacto competitivo, 2014, p. 12) [traducción libre][10]. Esto fue precisamente lo que ocurrió en este caso.

Siendo ello así, como ocurre en los casos de operaciones fuera del contexto societario, el solo intercambio de información no será suficiente para acreditar la existencia de una infracción. Sin embargo, aun cuando los intercambios puedan ser necesarios en el marco de un *due diligence*, el envío de información que exceda lo estrictamente necesario para llevar a cabo la operación podrá generar cuestionamientos por parte de la autoridad.

Se debe resaltar que la potencial configuración de infracciones en el contexto de operaciones de concentración podrá darse con independencia de la necesidad de que la transacción específica deba someterse efectivamente al régimen de control de concentraciones empresariales. Esto debido a que como se señaló, las partes de la operación serán competidoras hasta que se produzca el cierre de la operación y, por eso se encontrarán sujetas al cumplimiento de lo dispuesto en la Ley de Competencia.

Sin perjuicio de ello, en el caso de las operaciones que sí deben someterse al régimen de control de concentraciones, los intercambios de información no solo generarán riesgos en la medida que pueden facilitar una colusión. En efecto, la información no solo le permite a las partes unificar sus conduc-

[10] Traducción libre de:

> As a general rule, competitors should not obtain prospective, customer-specific price information before consummating a transaction because it could be used to harm competition if the transaction is abandoned. Nevertheless, a prospective acquirer may need information about pending contracts to properly value a business during the due-diligence process.

tas en el mercado, sino que, en ocasiones, también les permitirá implementar acciones que impliquen una ejecución prematura de la operación, es decir, infracciones en la modalidad de *gun jumping*. Como se señala en la siguiente sección, los intercambios también podrán facilitar infracciones a la Ley de Control de Concentraciones.

### B. *Gun jumping:* infracción a la Ley de Control de Concentraciones

La Ley de Control de Concentraciones dispone un régimen de aprobación previa de los actos de concentración a fin de prevenir aquellas operaciones que puedan restringir la libre competencia en el mercado. Con tal motivo, la norma dispone que si tales actos tienen efectos en el territorio peruano y cumplen con los umbrales establecidos en la norma, deberán ser notificados ante el Indecopi (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019, artículos 2, 5 y 6).

En este sentido, el artículo 22.1 de la Ley de Control de Concentraciones establece que "[l]a ejecución de las operaciones de concentración empresarial se suspende hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo" (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019). Esta regla es aplicable en la mayoría de los regímenes de control de concentraciones, pues permite a las autoridades efectuar su análisis sin que exista el riesgo de que la operación se ejecute de forma previa a la emisión de un pronunciamiento. Al respecto, la Exposición de Motivos de la Ley de Control de Concentraciones señala que esta regla es similar a la que se presenta en otros países de la región como Chile, Colombia, México y Estados Unidos (Ministerio de Economía y Finanzas, 2019, pp. 19-20).

En tanto las partes tengan la obligación de suspender la ejecución de las concentraciones, la norma define como infracción a la ejecución prematura de la operación. Particularmente, ello podrá ocurrir cuando esta se ejecute: (i) sin que se haya sometido al procedimiento de control (artículo 26.2.a); (ii) antes de que se emita una aprobación (artículo 26.2.b); o, (iii) habiéndose denegado esta última (artículo 26.3.b) (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019). Esta infracción es comúnmente denominada como *gun jumping*[11].

Es importante notar que estas infracciones solo pueden producirse respecto de las operaciones que se encuentran dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Control de Concentraciones. Por ello, no podrá producirse un *gun jumping* en operaciones que no cumplan con los umbrales de la norma, es decir, aquellas de menor valor.

Al igual que ocurre en el caso de los cárteles desnudos, la simple verificación de que se haya ejecutado la operación de forma previa a la emisión de una autorización será suficiente para considerar que se ha cometido una infracción. No resulta necesario demostrar cuáles fueron los efectos de la conducta en el mercado, esto es, el impacto en consumidores y competidores no participantes de la operación.

Asimismo, de acuerdo al principio de primacía de la realidad[12], aun cuando formalmente la operación no se ejecute, las infracciones podrán configurarse cuando se verifique que se han tomado acciones que habiliten que, en los hechos, se produzca un cambio de control. Para ello, se analizará la verdadera naturaleza de la conducta de las empresas implicadas, sin perjuicio de las formas adoptadas. Así, para determinar si ocurrió una concentración *de facto*, se tendrá que realizar un análisis caso por caso para determinar si, atendiendo al tipo de operación y las conductas de las partes, es posible sostener que se produjo un cambio de control efectivo.

Uno de los posibles hechos indicativos de un *gun jumping,* o que podría facilitar que se conforme, es el intercambio de información entre las partes de la operación. En efecto, las partes pueden entregarse información esencial que les permita actuar como si el cambio de control ya hubiera ocurrido de forma previa a la emisión de una autorización del Indecopi. Por ejemplo, si comienzan a pre operar como una unidad o intercambian información sobre precios para los clientes.

A diferencia de lo que ocurre en la colusión, en este caso el riesgo no recae en la posibilidad de que dos agentes independientes tomen acciones

[11] Es importante notar que bajo el régimen aplicable al sector eléctrico el *gun jumping* también constituía una infracción a la normativa y, a la fecha, se resolvió un caso previo en el que se detectó la consumación prematura de una operación en el sector eléctrico. En dicha oportunidad, el Indecopi impuso una sanción de 100 UIT (equivalente a S/ 8 984 123,17) a la empresa infractora a través de la Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI. No obstante, el caso no involucró el intercambio de información como mecanismo para viabilizar el *gun jumping*, sino de la ejecución prematura a través del cambio de control derivado de acciones adoptadas en el extranjero.

[12] Este principio se encuentra contenido en el artículo 5 de la Ley de Competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008) y artículo 11 de la Ley de Control de Concentraciones (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019).

similares, pero paralelas, en el mercado, sino en que empiecen a operar como una unidad. Si bien en ambas situaciones las conductas resultan en una reducción de la competencia en el mercado, la forma en la que la información sensible es utilizada difiere en cada caso.

En esta línea, el intercambio de información suele incluirse entre las actividades que pueden ser consideradas como ejecución prematura. A modo de ejemplo, los Lineamientos para el análisis de ejecución previa en actos de concentración del Consejo Administrativo de Defensa Económica de Brasil (en adelante, los Lineamientos de *Gun Jumping* del CADE y el CADE, respectivamente) incluyen el intercambio de información. Al respecto, se señala que

> la jurisprudencia del CADE, así como de otras autoridades internacionales, tienden a considerar que existe información sensible para la dinámica de la competencia y por ello el abuso en el intercambio de información podrá constituir un supuesto de *gun jumping* (CADE, 2016, p. 7) [traducción libre][13].

En efecto, es claro que, bajo la premisa de que la *target* se encontraría entregando información necesaria para la ejecución del acuerdo de adquisición, sería posible para la adquirente obtener información altamente sensible que le permita tomar acciones dirigidas a consumar la operación, sin que se haya emitido la aprobación correspondiente (Vigdor, 2006, p. 23).

Tal y como ocurre en el caso de colusión, este riesgo no solo se encuentra advertido en las directrices de autoridades internacionales, sino que además existen casos en los que se observan los criterios bajo los cuales el intercambio puede constituir un *gun jumping*. Uno de los antecedentes más relevantes en la materia es el caso estadounidense seguido por el Departamento de Justicia bajo el Asunto 1:01CV02062, resuelto en el año 2002. Este caso trata sobre la fusión de dos empresas competidoras en el mercado de software, Computer Associates International, Inc. (en adelante, Computer Associates) y Platinum Technology International, Inc. (en adelante, Platinum). Tras competir directa y agresivamente en varios segmentos del mercado de venta de software, las empresas suscribieron un acuerdo de fusión que requería autorización previa.

Como parte del acuerdo de fusión, las partes incorporaron una serie de disposiciones vinculadas a la gestión del negocio que le impedían a Platinum llevar a cabo una serie de acciones sin la previa aprobación de Computer Associates. Si bien muchas de las acciones restringidas eran recogidas habitualmente en los contratos de este tipo de operaciones, estando dirigidas a preservar el valor del negocio a ser adquirido, las limitaciones del contrato excedían lo regular e incluían disposiciones que le permitieron a Computer Associates ejercer control prematuro sobre Platinum (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, p. 13).

Estas disposiciones incluían la posibilidad de que Computer Associates fijara los precios y condiciones en los contratos de Platinum con sus clientes, la posibilidad de contratar servicios de consultoría, llevar la contabilidad y participar en eventos corporativos de ventas. El contrato incluso habilitaba la posibilidad de que miembros de la alta dirección de Computer Associates se instalaran en las oficinas de Platinum para controlar su política de clientes. Asimismo, se detectó que, como parte de estas prácticas, Computer Associates tuvo la oportunidad de acceder a información sensible de Platinum, revelarla y utilizarla sin limitaciones al interior de la primera empresa. Todos estos hechos demostraron que, desde la firma del contrato de fusión, quien ejerció el manejo de Platinum fue Computer Associates (*Estados Unidos c. Computer Associates International, Inc.*, Demanda, 2001, pp. 34-38).

La suma de estas conductas configuró una infracción a la *Clayton Act*, norma estadounidense en materia de control de concentraciones, en el extremo referido a la prohibición de implementar la operación de forma previa a que se apruebe, es decir, *gun jumping* (*Estados Unidos c. Computer Associates International, Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, p. 13). Asimismo, se debe notar que las restricciones a Platinum respecto de los términos y precios bajo los cuales podría comercializar sus productos a sus clientes y, particularmente, la prohibición a incorporar descuentos mayores al 20% sin la aprobación previa y por escrito de Computer Associates, fueron también consideradas como acuerdos anticompetitivos que vulneraría el artículo 1 de la *Sherman Act* (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc*, Declaración de impacto competitivo, 2002, p. 10).

[13] Traducción libre de: "[…] CADE's case law and other authorities overseas tend to hold certain information particularly sensitive to the dynamics of competition, which is why the abuse on the information exchange may constitute gun jumping".

Respecto de la información que fue objeto de intercambio, se identificó que Computer Associates había obtenido información específica y futura de clientes de Platinum. Esto incluía nombres de clientes, productos y servicios ofrecidos, lista de precios, descuentos y las justificaciones a los descuentos (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, pp. 9-10).

Al respecto, se estableció que, como regla general, este tipo de información no debe ser compartida entre competidores por los riesgos a la competencia que genera. No obstante, se señaló que existen situaciones en los que una parte pueda tener legitimidad comercial para acceder a esta información antes del cierre de la operación. Para reducir los riesgos de competencia en esos casos, se recomendó lo siguiente:

> […] las partes de la operación deben consultar con sus abogados respecto de las especificidades del caso en particular y adoptar una serie de salvaguardas. Éstas pueden incluir el uso de **un agente independiente para la recolección de información y su presentación de forma agregada u otra modalidad que permita proteger información de cliente o cualquier otra información sensible**. Adicionalmente, los **acuerdos de confidencialidad** son usualmente utilizados para limitar el uso de la información al proceso de due diligence. En algunos casos, las partes optan por no recibir información sensible y, en lugar de ello, deciden **utilizar mecanismos para ajustar el valor [de la target] después del cierre** (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Declaración de impacto competitivo, 2002, pp. 16-17) [el énfasis es nuestro] [traducción libre][14].

Asimismo, en la línea de lo resuelto en el Caso Gemstar–TV Guide, se señaló que un mecanismo adicional puede ser limitar el acceso a la información sensible a los empleados de la empresa que la necesiten a efectos de la realización del *due diligence* o la negociación de la transacción; y, que, en ningún caso, esta se encuentre disponible a los empleados encargados de marketing, fijación de precios o ventas. En la decisión final del caso, se establecieron limitaciones a las partes que seguían los criterios expuestos (*Estados Unidos c. Computer Associates International Inc.*, Sentencia final, 2002, pp. 3-4).

Como se puede apreciar, un mecanismo idóneo para prevenir el *gun jumping* también estaría constituido por la aplicación del *need-to-know basis* como criterio para evaluar el intercambio. Nuevamente observemos que no es posible definir reglas predeterminadas que prevengan estos riesgos y, por el contrario, es necesario implementar evaluaciones especializadas en cada caso. Asimismo, este caso permite identificar a ciertos tipos de empleados cuyo acceso debería encontrarse enteramente restringido por la naturaleza de sus funciones. Nuevamente, si bien esto constituye un punto de partida relevante, será necesario realizar evaluaciones y definir criterios que reflejan la realidad de la empresa específica.

Otro caso relevante, es el resuelto recientemente por la Comisión Europea en el Asunto M.7993 en el año 2018. En dicha oportunidad, la autoridad impuso una multa de €124.5 millones a la empresa Altice N.V. (en adelante, Altice) por ejecutar prematuramente su adquisición de la empresa PT Portugal SGPS S.A. (en adelante, PT Portugal), ambas pertenecientes al mercado de telecomunicaciones y media. Esta operación debió ser notificada a la autoridad europea y fue autorizada con ciertos cuestionamientos. Sin embargo, antes de la fecha de cierre, Altice tomó acciones en el mercado que significaron la ejecución prematura de la operación.

En particular, esta se reservó ciertas facultades en el contrato que le permitieron ejercer control efectivo sobre PT Portugal, como, por ejemplo, derechos de veto sobre la ejecución regular del negocio de la *target*. Asimismo, Altice ejerció influencia decisiva al darle instrucciones a aquella sobre como ejecutar sus campañas de marketing. Para ello, la empresa requirió y recibió información comercialmente sensible fuera del ámbito de aplicación del acuerdo de confidencialidad que las empresas habían suscrito como parte de la operación.

En este caso, la Comisión Europea determinó que no era posible alegar que el intercambio de información cuestionado se justificaba en la necesidad de valorizar el negocio de PT Portugal. En efecto, de acuerdo a los hallazgos de la autoridad, el intercambio se produjo antes de la autorización,

[14] Traducción libre de:

> […] merging parties generally consult with counsel about the specifics of their particular situation and adopt a variety of safeguards. Such safeguards may include **employing an independent agent to collect the information and present the information in an aggregated or other form that shields customer-specific and other competitively sensitive information**. In addition, a **non-disclosure agreement** is often used to limit use of any bid information for due diligence purposes. In some cases, merging parties opt not to receive bid information, and instead **use other mechanisms to adjust the value after closing** [el énfasis es nuestro].

pero mucho tiempo después de la fase de *due diligence* (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p.88). Asimismo, se notó que el intercambio ocurrió sin que existieran acuerdos de confidencialidad que encargaran el acceso a la información a un tercero (*clean team agreements*) o que, al menos, limitaran el acceso y la difusión por parte de los empleados de Altice a la información de su competidora (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p. 88).

Este caso brinda un aporte adicional para la definición de lineamientos de intercambio relacionado a la temporalidad en la que información puede ser entregada a la adquirente. En efecto, como se observa, los intercambios que se efectúen en un periodo de tiempo irrazonable tendrán mayores posibilidades de ser considerados como indicativos de una infracción. No obstante, la temporalidad deberá medirse caso por caso, atendiendo a las características específicas de la operación.

Como defensa, Altice argumentó que la información no fue efectivamente usada para ejercer control sobre PT Portugal. Sobre este punto, la Comisión Europea estableció dos criterios que son de suma relevancia para el análisis de esta materia. En primer lugar, señaló que no es necesario probar que el control se ha ejercido efectivamente, en la medida en que la posibilidad de ejercer control con la información recibida será suficiente para demostrar que la operación se ejecutó. En segundo lugar, estableció que el hecho de obtener determinado tipo de información de la *target* constituye prueba del ejercicio de control. Ello se habría verificado en el hecho de que Altice requirió y obtuvo información que una empresa jamás otorgaría a un competidor, pero sí a un accionista (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p. 89).

Finalmente, la Comisión Europea sostuvo que, para acreditar un *gun jumping*, no es necesario probar que el intercambio de información tuvo un impacto negativo en el mercado, por ejemplo, que sirvió para que las partes coludan. Bastará con demostrar que el intercambio de información constituyó un ejercicio de control para determinar la configuración de una infracción (Caso M.7993 - Altice/PT Portugal, 2018, p. 90).

Como se puede observar, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los intercambios e infracciones en la modalidad de colusión, la simple verificación de que existió un intercambio sí podrá ser suficiente para determinar que existió un *gun jumping*. Así, no será necesario probar que la información se utilizó para pre operar o que el mercado fue afectado como consecuencia de dicho intercambio. Sin embargo, para que ello configure una infracción, será necesario acreditar que el pedido y la entrega de la información fueron consecuencia del ejercicio de una facultad de control prematura.

Las guías y los casos citados ponen en evidencia los aspectos más relevantes que deberán ser incluidos en los lineamientos o protocolos para el intercambio de información de una operación en particular. Asimismo, el material referido también grafica los riesgos que enfrentan los agentes que incurren en las conductas descritas. A fin de brindar una aproximación más cercana al caso peruano, en la siguiente sección se describen las potenciales infracción y facultades del Indecopi para investigar y subsanar la comisión de este tipo de conductas.

### C. Sanciones y facultades de investigación del Indecopi

La sanción a la infracción a la Ley de Competencia en la modalidad de colusión horizontal dependerá de su gravedad. En caso la infracción sea considerada muy grave, esta podrá ser sancionada con multas de más de 1000 UIT y hasta el 12% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico, relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 41.1.c).

Adicionalmente, el Indecopi podrá ordenar el cumplimiento de medidas correctivas dirigidas a reestablecer el proceso competitivo o revertir los efectos lesivos productos de la infracción. Dichas medidas suelen consistir en el cese inmediato de la conducta infractora, así como la implementación de programas de cumplimiento en materia de libre competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 49).

A modo de ejemplo, es importante que, en el Caso Farmacias descrito previamente, las cinco cadenas de farmacias que participaron en un acuerdo colusorio viabilizado a través del intercambio de información fueron sancionadas con una multa total de 2 274,46 UIT (equivalente a S/ 8 984 123,17). De la misma forma, se le impuso como medida correctiva el cese de la conducta, así como la implementación de un programa de cumplimiento.

La definición de la infracción aplicable a la Ley de Control de Concentraciones por la ejecución anticipada de la operación dependerá de las condiciones en las que se produzca la ejecución. Si lo realiza sin que se haya sometido al procedimiento de control o antes de que se emita una aprobación, la infracción será considerada grave. En este caso, se podrá imponer una multa de hasta 1000 UIT, siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, o su grupo económico,

relativos a todas sus actividades económicas, correspondientes al ejercicio inmediato anterior al de la resolución de la Comisión.

Si la ejecución de la operación se produce a pesar de que la operación fue denegada, la infracción será considerada muy grave, y aplicarán las sanciones referidas previamente (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 41.1.b). Asimismo, el Indecopi se encuentra facultado a ordenar medidas correctivas dirigidas a revertir o disolver la operación que fue llevada a cabo sin la autorización previa (Decreto de Urgencia 013-2019, 2019, artículo 31).

Para la detección de infracciones, el Indecopi cuenta con amplias facultades de investigación, pudiendo iniciar sus actividades de oficio o por una denuncia de parte (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 18.1). La autoridad cuenta con la posibilidad de realizar inspecciones sin previa notificación en las oficinas de los agentes investigados. En dichas inspecciones será posible tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa, así como recolectar copias de los archivos de correo electrónico del personal encargado del planeamiento y/o ejecución de la estrategia competitiva de la empresa (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículo 15.3.c).

Adicionalmente a ello, el Indecopi cuenta con la posibilidad de recibir la colaboración de partes implicadas en el procedimiento o de terceros que tuvieron conocimiento de la conducta infractora. Esto es posible gracias a sus programas de clemencia (artículo 26) y recompensas (artículo 28) (Decreto Legislativo 1034, 2008).

Al respecto, mediante el programa de clemencia, el Indecopi podrá recibir información determinante para la detección de una infracción de las partes, personas naturales o jurídicas, que estuvieron implicadas en la comisión de la conducta infractora. A cambio de esta colaboración, el Indecopi ofrecerá exoneraciones o reducciones en las multas correspondientes. Por su parte, mediante el programa de recompensas se entregará contraprestaciones económicas de hasta S/ 400,000.00 a los terceros ajenos a la infracción que tengan la posibilidad de brindar información determinante para la detección de la infracción.

## III. MECANISMOS DE PREVENCIÓN

Como se puede apreciar, el intercambio irrestricto de información puede generar riesgos, incluso para las operaciones respecto de las cuales no sea necesario solicitar la autorización previa de una autoridad. El Indecopi cuenta con todos los mecanismos para detectar este tipo de infracciones y, como hemos mencionado, este organismo cuenta con un ambiente propicio para fortalecer su actividad en el ámbito transaccional, dada la próxima entrada en vigencia del régimen general de control de concentraciones. En este contexto, es pertinente tener en cuenta la recomendación emitida por la Federal Trade Commission (en adelante, la FTC), autoridad de competencia estadounidense, que establece que la elaboración de lineamientos en el marco de operación —así como su monitoreo y cumplimiento— será esencial para prevenir infracciones (2018).

De acuerdo al análisis de los casos en los que se han producido incumplimientos derivados de intercambios irrestrictos, se evidencia que tanto la colusión como el *gun jumping* pueden prevenirse implementando criterios de razonabilidad para la definición de lineamientos que atiendan a la realidad de las empresas, el mercado y la operación.

En atención a ello, a continuación presentamos ciertas pautas para elaborar lineamientos que brinden niveles de protección suficientes, pero que no dificulten ni resten dinamismo a la operación y, consecuentemente, sean fácilmente aplicables por las personas naturales encargadas de la ejecución de la operación.

### A. Determinación preliminar de la información sensible entre las partes de la operación

El primer paso será determinar qué información califica como sensible entre las partes. La categoría de información que podría ser problemática variará de acuerdo a la relación entre las partes y el mercado en el que participan en general. Por ejemplo, si las partes no compiten en el mercado, la información contenida en los contratos con los clientes puede no resultar problemática, a diferencia de lo que ocurriría en caso de que las empresas compitieran por clientes. Asimismo, la información de precios podría no presentar riesgos en un mercado sumamente transparente. Por ello, será necesaria una revisión caso por caso, que atienda a las particularidades de la operación.

En términos generales, mientras mayor sea la competencia entre las empresas involucradas y mayor sea el nivel de integración que se producirá como resultado de la operación, mayores serán los resguardos que deberán implementarse.

Sin perjuicio de la evaluación particular que requiera el caso concreto, como regla general, la información que tenderá a ser considerada sensible es aquella vinculada con precios, cantidades, ventas, capacidades, calidades, planes de comercialización, inversión, tecnologías, investigación y desarrollo, estructura de costos, listas de clientes, condiciones

de negociación y contratación, entre otros (Indecopi, 2019, p. 9). Un excelente criterio para tener en consideración es evitar la entrega de información que, en condiciones normales, la empresa jamás alcanzaría a su competidor.

Por otro lado, algunos tipos de información que no serán considerados sensibles, pero que permiten calcular el valor del negocio que se adquiere son los siguientes: la información pública, agregada, histórica, información no comercial respecto a aspectos técnicos o procesos; políticas generales de autoridades estatales en sectores regulados; información generalizada de preferencias o necesidades del consumidor; tendencias generalizadas de la industria; la ubicación y valor de activos y oficinas; los sistemas operativos y de cómputo; concesiones; licencias; permisos y patentes; los métodos de contabilidad; información financiera general; información general de productos actuales y líneas de productos; costos corporativos generales; información general de iniciativas conjuntas o relaciones similares con otros agentes económicos; así como cualquier otra información de índole regulatoria y legal (Cofece, 2015, p. 29).

**B. Contraste de información sensible con aquella cuyo intercambio es requerido para la operación**

Tras identificar y calificar los tipos de información que podrían ser sensibles entre las partes de la operación, es necesario determinar si alguna de estas categorías requiere ser intercambiada para lograr los fines de la transacción. Para ello, se debe realizar una evaluación preliminar de las partes y del tipo de operación que se llevará a cabo. Asimismo, tiene que identificarse al personal que requiere hacer uso de esta información.

Para ello, es recomendable tener en consideración los siguientes criterios:

1. Información que debe ser intercambiada en función al tipo de operación

Solo será posible efectuar el intercambio de información sensible cuando esta sea necesaria para la debida ejecución de la operación. Para ello, se debe evaluar el tipo de información cuyo intercambio es necesario para negociar y ejecutar la operación. Esta evaluación debe ser restrictiva. Así, todo tipo de información sensible que sea objeto de intercambio debe contar con una finalidad específica en el marco de la operación. Tal y como se desprende de lo resuelto en el *Caso Gemstar-TV Guide,* la información debe encontrarse razonablemente relacionada con el entendimiento de una parte respecto de futuras ganancias y prospectos.

Asimismo, se debe determinar si es posible segregar y/o anonimizar los aspectos sensibles de la información a efectos de cumplir con la finalidad identificada. Es recomendable dejar registros documentales que reflejen la evaluación realizada. Ello, en concordancia con lo señalado en el *Caso Computer Associates-Platinum,* en el que se estableció que, como parte de las salvaguardas que pueden implementar las partes, es recomendable presentar la información de forma agregada u otra modalidad que permita proteger los aspectos sensibles de la información.

Por ejemplo, para la fusión o adquisición de la totalidad de acciones de una sociedad será relevante tener información de los volúmenes de venta de la empresa, en la medida que ello es necesario para evaluar el negocio. Para la adquisición de un activo productivo, como lo sería una planta, será necesario obtener información de las capacidades de producción del bien. No obstante, en dichos casos no sería necesario conocer los documentos o correspondencia internos en los que se recoja la estrategia comercial de la empresa.

2. Personal cuyo acceso a la información es requerido

Cuando la información es sensible y necesaria, se debe identificar a las personas que podrán acceder a la información a efectos de negociar y ejecutar la operación. Para ello, se deberá tener en cuenta el tipo de información, así como la finalidad que su intercambio cumple en el marco de aquella. Ello en la línea de las recomendaciones formuladas a través de los casos estadounidenses en los que se establece el *need-to-know basis* como criterio para la determinación de la información que debe ser transferida, así como las personas que podrán acceder a ella.

Asimismo, de conformidad con lo resuelto en el *Caso Computer Associates-Platinum,* en principio, el personal que acceda a la información sensible no deberá incluir a funcionarios involucrados en la producción y/o comercialización de productos pertenecientes a los mercados en los que las partes de la operación compiten, de ser el caso. En efecto, se debe evitar el acceso a funcionarios que, por la naturaleza de sus cargos, puedan hacer un uso indebido de la información sensible.

**C. Determinación de mecanismos de protección**

Una vez identificados los aspectos esenciales vinculados al intercambio de información sensible, se deberá evaluar el tipo de medidas que deben implementarse para mitigar los riesgos de competencia. Estas medidas pueden incluir lo siguiente:

1. Elaboración y suscripción de acuerdos de confidencialidad

Como ha sido puesto en evidencia en los casos analizados en el presente trabajo, la suscripción de acuerdos de confidencialidad será crucial para efectuar un intercambio seguro de información. Los acuerdos de confidencialidad o *non-disclosure agreements* que usualmente se suscriben entre las partes de la operación deberán contar con disposiciones adicionales para el resguardo de la información sensible. Se tratará de resguardos dirigidos a garantizar la protección adecuada a la información, así como limitar el acceso y uso que podrá dar la parte que la recibe.

Estas disposiciones incluirán: (i) la identificación de información sensible que deberá ser intercambiada y del personal de cada parte que podrá tener acceso a ésta; (ii) reconocimiento de que cada parte mantendrá la titularidad de la información que será intercambiada; (iii) obligación a devolver o destruir la información en caso se suspendan las negociaciones o la operación no sea consumada; (iv) penalidades u obligaciones de reparación en caso de incumplimiento; y, (v) mecanismos eficientes para la solución de controversias.

2. Designación de *clean teams*

Teniendo en consideración el personal cuyo acceso a la información es necesario en un *need-to-know basis*, se podrá conformar un *clean team* dentro de la empresa. El acceso a la información sensible se restringirá únicamente a los miembros de este equipo, quienes deberán capacitarse en materia de libre competencia y firmar compromisos de confidencialidad personales.

Este equipo estará conformado por los miembros del personal de la empresa que se han identificado como aquellos que negociarán y ejecutarán la operación. Este equipo no deberá, en ningún caso: (i) estar conformado por miembros de la empresa que definen la política competitiva; o, (ii) compartir la información sensible con dicho personal. En caso sea posible, a efectos de brindar mayor protección en casos de operaciones que involucran a competidores en mercados sensibles, el *clean team* podrá estar conformado por asesores externos de la compañía tales como abogados, una consultora, etc.

3. Resguardos informáticos en el *data room* (creación de un *clean room)*

Se deberá establecer resguardos adicionales para la información que califique como sensible y que sea almacenada en los *data room* utilizados para el intercambio de información en el marco de la operación. Para ello, se podrá designar un espacio dentro del *data room* con acceso restringido para los miembros del *clean team*, el cual podrá denominarse *clean room.* Este espacio deberá contar con medidas tales como (i) contraseñas adicionales para acceder a la información necesaria para la operación que califica como sensible; (ii) restricciones para la descarga, impresión y envío de información; (iii) historiales de acceso; entre otros.

4. Definición de plazos para el intercambio de información

De acuerdo a la estructura de la operación, las partes deberán fijar los plazos en los que resulta razonable contar con un intercambio de información, y establecer los criterios por los cuales podría darse intercambios posteriores. En efecto, de conformidad con lo resuelto por la autoridad europea en el Caso Altice/PT Portugal, los intercambios que se produzcan una vez concluida la etapa de *due diligence* y negociación, deberán contar con sustento que demuestre que son estrictamente necesarios para la ejecución de la operación.

### D. Seguimiento y cumplimiento

De conformidad con las recomendaciones formuladas por la FTC, los protocolos o lineamientos para el intercambio de información deberán contar con disposiciones dirigidas a garantizar su seguimiento y cumplimiento. Para ello, es recomendable incorporar (i) sanciones y medidas disciplinarias internas por el incumplimiento de las disposiciones; (ii) mecanismos para la recepción de denuncias anónimas para el incumplimiento; y, (iii) programas de cumplimiento y capacitación, entre otros.

## IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las últimas dos décadas han mostrado un incremento constante en el mercado de las fusiones y adquisiciones en el Perú, tanto a nivel de inversiones locales, como regionales y globales. A excepción de las operaciones efectuadas en el sector eléctrico, estas han sido realizadas sin la mirada habitual del control de concentraciones a las que se sujetan en diversas jurisdicciones.

Sin embargo, la Ley de Control de Concentraciones impondrá cambios relevantes y nuevos desafíos a la forma en que se llevarán a cabo las operaciones de fusiones, adquisiciones, *joint ventures* y acuerdos colaborativos similares en el Perú, en particular, en lo referido al intercambio de información que las acompaña.

Es claro que esta práctica es indispensable para que las operaciones como las descritas lleguen

a buen puerto. Sin embargo, al mismo tiempo, debido a la sensibilidad de la información que potencialmente puede ser materia de intercambio, este se erige como un asunto de especial relevancia desde la perspectiva del derecho de la competencia.

Quienes estructuren, negocien y documenten operaciones de fusión y/o adquisición de empresas deberán estar alertas a posibles contingencias que pongan sobre la mira intercambios que puedan levantar sospechas de una práctica colusoria horizontal entre las partes de la operación, o que supongan incurrir en la figura de *gun jumping*. Con tal fin, será indispensable que las partes establezcan en la esfera transaccional los resguardos necesarios para evitar que el necesario intercambio de información pueda causar dichos efectos, incluyendo el establecimiento de parámetros y lineamientos como los aquí descritos, así como mecanismos de supervisión y seguimiento que garanticen su cumplimiento.

## REFERENCIAS


Federal Trade Comission (20 de marzo de 2018). Avoiding antitrust pitfalls during pre-merger negotiations and due diligence [entrada de blog]. https://www.ftc.gov/news-events/blogs/competition-matters/2018/03/avoiding-antitrust-pitfalls-during-pre-merger

Kroes, N. (10 de marzo de 2005). *Taking Competition Seriously – Anti-Trust Reform in Europe* [Discurso]. Conferencia del International Bar Association / European Comission 'Anti-trust reform in Europe: a year in practice', Bruselas, Bélgica.

Liebeskind, R. (2003). *Gun-jumping: Antitrust Issues Before Closing the Merger*. Presentado al ABA Section of Business Law, Antitrust Committee ABA Annual Meeting, San Franciso, Estados Unidos.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (2018). *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú 2018*. https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-del-competencia-peru-2018.htm

Quintana Sánchez, E. (2013). *Análisis de las funciones del Indecopi a la luz de las decisiones de sus órganos resolutivos: Libre Competencia.* Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

Vigdor, W. (2006). *Premerger Coordination: The Emerging Law of Gun-jumping and Information Exchange.* ABA Book Publishing.

Whish, R., & Bailey, D. (2015). *Competition Law* (8va ed.). Oxford University Press.


## LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES


Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 12 de octubre de 2016, Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, Expediente 008-2010/CLC (Perú).

Comisión Europea (2011). *Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal*.

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2015). *Guía para el Intercambio de Información entre Agentes Económicos* (Mex.). *https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2017/12/guia-007-2015_-guia_intercambio_info_agentes_eco.pdf*

Conselho Administrativo de Defesa Econômica [CADE] (2016). *Guidelines for the Analysis of Previous Consummation of Merger Trasactions* (Br.).

Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de junio de 2008 (Perú).

European Comission, Comission Decision, Case M. 7993 – Altice/PT Portugal, Article 14(2) procedure, 24 Apr., 2018, (EU).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2019). *Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia.* https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/3752033/Gu%C3%ADa+de+Asociaciones+Gremiales+y+Libre+Competencia/

(2019). *Líneamientos del Programa de Recompensas*. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/02/Lineamientos-del-programa-de-recompensas-LP.pdf

(2017). *Guía del Programa de Clemencia*. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3761587/Gu%C3%ADa+del+Programa+de+Clemencia.pdf/0a0d49ba-167d-f9f3-e878-b21c326b31ff

(2020). *Guía de Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia*. https://www.indecopi.gob.pe/documents/51771/4663202/Gu%C3%ADa+de+Programas+de+Cumplimiento+de+las+Normas+de+Libre+Competencia/

Ministerio de Economía y Finanzas (2019). *Exposición de Motivos del Decreto de Urgencia que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresaria, Decreto de Urgencia 013-2019*. http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2019/Noviembre/19/EXP-DU-013-2019.pdf

Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopollio del Sector Eléctrico, Diario Oficial *El Peruano,* 18 de noviembre de 1997 (Perú).

Presidencia del Consejo de Ministros (2008). *Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas*. http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf

Sala de Defensa de la Competencia Nº 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 5 de abril de 2011, Resolución 0794-2011/SC1-INDECOPI, Expediente 010-2009/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 27 de diciembre de 2017, Resolución 783-2017/SDC-INDECOPI, Expediente 008-2010/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 26 de agosto de 2019, Resolución 157-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 011-2015/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 12 de septiembre de 2019, Resolución 171-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 004-2014/CLC (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia de Lima, 10 de diciembre de 2019, Resolución 225-2019/SDC-INDECOPI, Expediente 005-2014/CLC (Perú).

United States v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International, Inc., 1:01CV02062 (D.C. Dist. Ct.), Complaint for Equitable Relief and Civil Penalties, 28 Sept., 2001.

United States v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International, Inc., 1:01CV02062 (D.C. Dist. Ct.), Competitive Impact Statement, 23 Apr., 2002.

United States v. Computer Associates International, Inc. and Platinum Technology International, Inc., 1:01CV02062 (D.C. Dist. Ct.), Final Judgement, 20 Nov., 2002.

United States v. Flakeboard America Ltd., 3:14-CV-04949 (Cal. Dist. Ct), Complaint, 14 Jul., 2014.

United States v. Flakeboard America Ltd., 3:14-CV-04949 (Cal. Dist. Ct), Competitive Impact Stament, 14 Jul., 2014.

United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc., and TV Guide, Inc., 1:03CV00198 (D.C. Dist. Ct), Complaint for Equitable Relief and Civil Penalties, 2 Jun., 2003.

United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc., 1:03CV00198 (D.C. Dist. Ct), Competitive Impact Statement,19 Mar., 2003.

United States v. Gemstar-TV Guide International, Inc. and TV Guide, Inc., 1:03CV00198 (D.C. Dist. Ct), Final Judgement, 7 Nov., 2003.

Rebaza, Alcázar & De Las Casas

- Fusiones y Adquisiciones
- Reestructuración y Quiebras
- Financiamientos
- Mercado de Capitales
- Regulación Financiera
- Proyectos e Infraestructura
- Asesoría Corporativa
- Tributario
- Laboral
- White Collar Crime
- Litigios Corporativos
- Arbitraje
- Private Clients
- Venture Capital
- Compliance
- Minería
- Competencia Antimonopolio
- Inmobiliario

**Perú**
Av. Víctor Andrés Belaúnde 147
Vía Principal 133
Edificio Real 2, Pisos 2 y 3
San Isidro - Lima
Telf. (51-1) 442-5100

**Chile**
**Oficina de representación**
Av. Apoquindo 3650 Piso 12 - Las Condes
Santiago de Chile
Telf. (56-2) 2244-68432

www.rebaza-alcazar.com

10.18800/themis.202002.017

# *FAILING FIRM DEFENSE* A LA ECUATORIANA: ALGUNOS APORTES Y REFLEXIONES SOBRE LA NUEVA EXCEPCIÓN DE EMPRESA EN CRISIS

## *FAILING FIRM DEFENSE ECUADORIAN VERSION: SOME CONTRIBUTIONS AND REFLECTIONS ON THE NEW EXCEPTION OF A COMPANY IN CRISIS*

**Mario Navarrete Serrano***
**Universidad San Francisco de Quito**
**Pérez Bustamante & Ponce Abogados**

*On April 20, 2020, the Superintendence of Market Power Control published Resolution SCPM-DS-2020-018 establishing a fast-track process to investigate certain operations subject to the ex-ante notification regime. What will be explored in this article is one of the cases that qualify to benefit from the fast-track process: the failing-firm defense exception.*

*In summary, the Superintendence of Market Power Control has said that it will now take less time to review operations that target a company in economic difficulties, and it outlines the material parameters it will use to guide that decision. However, such inclusion brings with it much more than it appears.*

*Keywords: Failing-firm exception; Superintendence of Market Power Control; economic concentration control; Antitrust; Organic Law of Regulation and Control of Market Power.*

*El 20 de abril de 2020, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado publicó la Resolución SCPM-DS-2020-018 con la que instaura un proceso abreviado o fast-track para investigar ciertas operaciones sujetas al régimen de notificación obligatoria ex ante. Lo que se explorará en este artículo es uno de los supuestos que califican para beneficiarse del proceso abreviado: la excepción de empresa en crisis o* failing-firm defense.

*De manera resumida, la Superintendencia de Control del Poder de Mercado ha dicho que ahora se tardará menos tiempo en la revisión de operaciones que tengan como objetivo una compañía en dificultades económicas y traza los parámetros materiales que usará para guiar esa decisión. Sin embargo, esa inclusión trae consigo mucho más de lo que aparenta.*

*Palabras Clave: Excepción de empresa en crisis; Superintendencia de Control del Poder de Mercado; control de concentraciones económicas; Antitrust; Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) en Competencia, Información e Innovación por el New York University School of Law. Profesor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito y director del Grupo de Derecho de Competencia de su Instituto de Investigaciones Jurídicas. Asociado sénior de Pérez Bustamante & Ponce (Quito, Ecuador). Contacto: mnavarrete@usfq.edu.ec

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 10 de mayo de 2020, y aceptado por el mismo el 16 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

No existe en la legislación ecuatoriana una referencia específica a la excepción de empresa en crisis (en adelante, EEC). Se ha sugerido que el Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, Reglamento LORCPM o Reglamento), específicamente el artículo 13.b[1], podría referirse o abrir la puerta a la inclusión de la EEC[2]. Sin embargo, el origen de este artículo parece ser el artículo 7.3.d de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia de España, que dice que no tendrá la consideración de concentración "[l]a adquisición de control por una persona en virtud de un mandato conferido por autoridad pública con arreglo a la normativa concursal" (2007). En el contexto español, este artículo ha sido considerado como una excepción para aquellos casos en los que se toma control por orden de una autoridad judicial o administrativa de una empresa, por ejemplo, en quiebra. No se refiere al análisis de la excepción de empresa en crisis, sino al mandato de una autoridad judicial que permite esa adquisición sin estar sujeta a verificación *ex ante* de la agencia de competencia.

Sin embargo, el que no exista referencia explícita a la EEC en la legislación ecuatoriana no es un impedimento para que la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, SCPM) haya creado un marco conceptual de referencia. En ese sentido, la valoración de la circunstancia de una empresa en crisis no innova o modifica el análisis que hace una agencia de competencia, sino que únicamente presenta un contrafactual específico –considerando que el daño al mercado es atribuible a la salida de los activos del mercado, como veremos más adelante– que deberá analizarse a la luz de la evidencia.

En otras palabras, y considerando que la EEC es únicamente una posibilidad natural del análisis dentro de la revisión rutinaria de cualquier concentración que supere los umbrales, la Resolución SCPM-DS-2020-018 (en adelante, la Resolución) constituye un necesario paso adelante que dilucida varias cuestiones. Por ejemplo, actualmente es evidente que se puede alegar una EEC bajo estándares relativamente ortodoxos, y que hacerlo gatillará un análisis específico. Pero, a la vez, abre preguntas específicas sobre la forma en que se aplicará el régimen. En este artículo revisaremos brevemente la lógica de la EEC como una institución usual en el Derecho de la Competencia (sección 2); las notas y preguntas más importantes que quedan abiertas con el desarrollo de los estándares de la Resolución (sección 3); algunas cuestiones u observaciones sobre procedimiento que se deberán resolver a través de decisiones específicas (sección 4); y, para terminar, algunas conclusiones y recomendaciones (sección 5).

Antes de iniciar, advertimos que los estándares de la Resolución han sido recientemente promulgados, por ende, no se conoce como serán interpretados por la SCPM. Así, este análisis pretende explorar, a la luz de doctrina y precedentes extranjeros, preguntas que seguramente serán relevantes en la práctica. Este tema probablemente deberá ser revisado a medida que se desarrolle el análisis y se dicten decisiones específicas a la luz de las particulares normas y objetivos del régimen ecuatoriano de competencia.

## II. EL SENTIDO DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS

El derecho de la competencia busca preservar dinámicas que permitan a los mecanismos de mercado actuar correctamente y asignar de forma eficiente los recursos escasos. Como la dominancia –vista como fallo de mercado y no solamente como fenómeno económico– supone un riesgo tan importante para la preservación de esos mecanismos socialmente valiosos, las facultades de investigación y sanción de las agencias de competencia suelen ser muy amplias. Por supuesto, esas facultades están limitadas y, para efectos de este comentario, el límite más relevante es preservar dinámicas que permitan equilibrios eficientes. La SCPM no puede, en su misión de sancionar conductas anticompetitivas, tomar decisiones que resulten en la destrucción de un mercado o la salida de un competidor; el remedio no debería ser peor que la enfermedad.

Este principio tiene varias manifestaciones. Por ejemplo, como regla general no pueden imponerse multas desproporcionadas que resulten en la quie-

---

[1] El artículo 13.b del Reglamento a la LORCPM señala lo siguiente:

> Operaciones que no constituyen concentración económica: Para efectos de la aplicación del artículo 16 de la Ley, no tendrán la consideración de concentración económica:
> […]
> b) Cuando el control lo adquiera una persona en virtud de un mandato conferido por la autoridad pública con arreglo a la normativa relativa a la liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos (2012).

[2] Si bien este punto cae por fuera de este análisis, el hecho de que el Reglamento diga que la adquisición de una empresa en crisis no constituye una concentración implicaría que el pronunciamiento de la SCPM debería ser uno abstentivo.

bra de un infractor. Si bien ese infractor merece cargar con las consecuencias de sus actos, una sanción que termine en su salida dejaría al mercado sin un competidor (uno de capacidad importante, se puede presumir). Las agencias de competencia no deben, en la búsqueda de preservar un mercado competitivo, terminar creando una estructura menos competitiva; además, las EEC siguen la misma lógica. Si bien es primordial que una autoridad de competencia revise las operaciones que cumplen con los umbrales de notificación –creados como presunción de capacidad de infligir daño al mercado– existen ciertas circunstancias que permiten, en aras de resguardar una estructura competitiva, limitar o excluir esa facultad de revisión. En el caso de las EEC, se permite que una operación potencialmente anticompetitiva quede exenta del escrutinio de la SCPM cuando la compañía adquirida es una que está por quebrar. En ese sentido, se prefiere preservar en el mercado la capacidad, activos y experiencia de esa compañía[3], siempre que realizarlo no cause más daño que su salida.

Esta institución se ha adoptado, con diversos matices, en la mayoría de los regímenes que tienen mecanismos de control de concentraciones. En algunos casos como una consideración en el análisis contrafactual, en otros en forma de defensa y, en algunos como en Ecuador, como una excepción. Los más importantes, sin duda, son los de Estados Unidos y la Unión Europea. De esa manera, como la SCPM se ha inspirado en la del régimen europeo, siguiendo la línea de la LORCPM y su Reglamento, analizaremos los elementos centrales de ese régimen y cómo han sido trasladados –con importantes matices– a Ecuador.

## III. LAS CARACTERÍSTICAS SALIENTES DEL RÉGIMEN ECUATORIANO

En Europa, los tres elementos centrales para aceptar una EEC se delinearon, en su configuración actual, en el *Caso BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001), y después se acogieron en las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (en adelante, Directrices) (2004):

(i) La empresa presuntamente en crisis **debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo** si no es absorbida por otra empresa.

(ii) **No debe haber ninguna otra posibilidad de compra menos perjudicial** para la competencia que la concentración notificada.

(iii) De no mediar una concentración, **la desaparición del mercado de los activos de la empresa en dificultades debe resultar inevitable**.

La Resolución se inspira en estos requisitos, pero innova e incluye algunos elementos que pueden resultar en conclusiones distintas[4]:

(i) Que el operador económico **no pueda asumir sus obligaciones financieras en el futuro cercano**.

(ii) La inexistencia de alternativas menos restrictivas para la competencia, es decir, **que se hayan realizado todos los esfuerzos posibles para vender los activos del operador económico a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia**.

(iii) Que, en ausencia de la adquisición, **el operador económico dejaría de participar en el mercado**.

Las diferencias, aunque aparentemente sutiles, son trascendentales. Por ello, se analizarán separadamente.

### A. La inminencia de la quiebra

La legislación europea requiere que la situación financiera obligue a que los activos de la compañía salgan al corto plazo del mercado. Esto se ha interpretado como el cierre o la quiebra inminente y su aplicación estricta ha resultado en que, por ejemplo, no se acepte como suficiente las simples pérdidas acumuladas o una perspectiva financiera desalentadora (*Caso General Electric/Alstom*, 2015)[5]. El riesgo debe ser real y próximo, y debe resultar ineludiblemente en el cierre o la quiebra. Las transacciones que no alcanzan este estándar no pueden beneficiarse de la EEC, sino únicamente de una moderación del contrafactual donde se



[3] Como veremos, algunos regímenes no se han limitado a un análisis de eficiencias en la aplicación de esta doctrina, sino que tomaban en consideración la protección de operadores pequeños y medianos que se verían impactados por la quiebra. Parece que la laxitud del texto de la Resolución y los fines de la LORCPM permitirían interpretaciones similares.

[4] Se hace referencia al artículo 2 de la Resolución que se incorporará como artículo 36(1)(1)(f) a la Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017.

[5] Como ejemplo, véase la decisión de la Comisión en *General Electric/Alstom* (2015). Por su lado, la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos plantea estándares similares en *Estados Unidos c. General Dynamics Corp.* (1974).

considera la presencia debilitada de la compañía que enfrenta dificultades como parte del escenario alternativo (*Caso Hutchison 3G Italy/Wind/JV*, 2016), pero que no alcanza el beneficio de la autorización incondicional de la EEC (Majumdar & Parker, 2011).

Por el contrario, el test ecuatoriano no incluye un requisito de quiebra o cierre, sino uno que resulta menos estricto, esto es, que no se puedan asumir obligaciones financieras. Por supuesto, cuando esa imposibilidad sea total o mayoritaria puede conducir a la quiebra, pero el texto del artículo no impone el cierre como un requisito elemental. Por tanto, este test puede tener varias interpretaciones posibles que no son excluyentes.

1. La incorporación del régimen ecuatoriano de quiebra e insolvencia a la excepción de empresa en crisis

Si bien la Resolución no dilucida este punto, otras legislaciones incluyen como parte de su test la imposibilidad de asumir obligaciones financieras a la luz de las normas de liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos. En sí, queda abierta la pregunta de si la SCPM podría aprobar una EEC en caso de que la situación financiera de la compañía pueda ser resuelta bajo los estándares de las normas específicas de quiebra y reorganización que, dependiendo del procedimiento, deben tramitarse ante un juez de lo civil bajo el Código Orgánico General de Procesos (en adelante, COGEP), de la Superintendencia de Compañías bajo la Ley de Concurso Preventivo (LCP, 2006), o de la autoridad específica para el caso de emprendimientos.

Así, y dependiendo de las circunstancias, la SCPM podría solicitar evidencia de que el operador en crisis cumple los requisitos para iniciar un proceso de insolvencia o quiebra y, además, que en consideración a los hechos, es improbable lograr un acuerdo con sus acreedores que le permitan preservar su estatus de empresa independiente, lo que es preferible a la concentración desde una perspectiva de política de competencia, empero, esto no será sencillo. Por ejemplo, un proceso bajo la Ley de Concurso Preventivo requiere acreditar el estado de cesación de pagos o la previsión de entrar en ese estado a través de hechos específicos como (i) el incumplimiento por más de sesenta días de obligaciones mercantiles y que representen en total el treinta por ciento o más del valor del pasivo total; (ii) encontrarse ejecutoriados e insatisfechos uno o más autos de pago o providencias equivalentes, dictados contra el deudor, dentro de cualquier procedimiento judicial o administrativo y cuyas cuantías representen un treinta por ciento o más del valor del pasivo total; (iii) endeudamiento por obligaciones de plazo menor de dos años y que exceda al ochenta por ciento del valor de sus activos, siempre que se demuestre que no podrá ser cubierto oportunamente; (iv) daciones en pago de los activos necesarios para la actividad empresarial que representen en conjunto más de veinte por ciento del activo de la empresa; y, (v) cuando las pérdidas alcancen el cincuenta por ciento o más del capital social y la totalidad de sus reservas (LCP, 2006, art. 4).

Acreditar la condición que permita acceder a un proceso de reestructuración de deuda es solamente el primer paso. Después, quien argumente una EEC deberá demostrar que es poco probable concluir el proceso exitosamente y que es más probable que fracase.

La interacción con el COGEP y su procedimiento es todavía más complejo. Así, el régimen específico introducido en el COGEP no requiere una quiebra en términos contables y comerciales, por lo que podría existir una quiebra presuntiva incluso en ausencia del requisito de inminencia. Esto supone que la SCPM deberá interpretar las circunstancias de las reglas de cada régimen a la luz de los objetivos de la política de competencia. Después de todo, solamente se debe tolerar la concentración –bajo ciertas circunstancias– si la alternativa es la salida del mercado de la compañía o sus activos, pero frente a esta posibilidad es siempre preferible que la compañía en crisis, incluso debilitada y bajo un acuerdo o concordato, preserve su independencia.

Por último, lamentablemente la jurisprudencia ecuatoriana sobre quiebra no es abundante, lo que significa que varias veces la SCPM tendrá que interpretar el alcance de esas normas sin la guía de precedentes autoritativos. El verdadero problema, considero, será el poco desarrollo del derecho concursal en Ecuador, lo que dejará a la SCPM con varias preguntas respecto de la procedibilidad (y potencial de éxito) de una reorganización bajo el régimen de quiebra o similares, dificultando el análisis de si es preferible negar una EEC para preservar la independencia de la compañía en crisis, aunque debilitada[6]. Mi sugerencia es que, mientras las demás autoridades a cargo del régimen de quiebras y liquidaciones no otorguen más claridad

[6] Este tema es complejo y dará de qué hablar. Lo planteamos de forma general pero seguramente deberá ser revisitado a medida de que las decisiones de la SCPM, jueces y Superintendencia de Compañías, alimenten el debate.

a través de sus decisiones, la SCPM no se paralice considerando la posibilidad de una reorganización concursal. Queda pendiente analizar cómo será aplicado en la práctica por la SCPM.

2. La reestructuración imposible como parte del test

Siguiendo el sentido de la inminencia de la quiebra como requisito para que se alegue exitosamente la EEC, está la pregunta de hasta dónde debe considerarse la posibilidad de reestructuración exitosa en el análisis. ¿La quiebra debe ser simplemente inminente o también es necesario que sea de imposible reestructuración a través de normativa concursal? ¿Debe siempre preferirse la salida a través de normas de liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otros procedimientos análogos, antes que la EEC?

Esta discusión no es nueva. En Estados Unidos, desde *Citizen Publishing* la Corte Suprema incluyó la consideración de la reorganización exitosa bajo las normas de quiebra como una parte del test (*Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos*, 1969, pp. 138-139). De manera similar, los **Merger Assessment Guidelines** de la Competition Commission y la Office of Fair Trading inglesas (actualmente, la Competition and Markets Authority) incluyen una referencia a la imposibilidad de reorganización exitosa (2010, párr. 4.3.14). Al final del día, la política pública de competencia prefiere a un competidor que emerge de una reestructuración con capacidades reducidas, a una concentración potencialmente anticompetitiva.

Sin embargo, esta consideración tendrá estándares de prueba diferentes dependiendo de quién la alegue. Si es que es una compañía regular deberá probarla bajo la Ley de concurso preventivo (2006, arts. 4 y 8)[7] pero, si se trata de un emprendimiento, la prueba a aportarse será la de la Ley del Emprendimiento e Innovación (2020, arts. 46-50)[8]. A la fecha, cuando todavía no se ha expedido el Reglamento de la Ley de Emprendimiento, no es necesario demostrar requisitos de carácter patrimonial o financiero para iniciar la reestructuración, lo que significa que la prueba –al menos por ahora– será más sencilla que bajo la Ley de concurso preventivo, si es que es posible del todo[9].

Nuevamente, creo que el poco desarrollo del derecho concursal en Ecuador será un obstáculo cuando se realice esta valoración y, como consecuencia, sugeriría que no se aplique de forma demasiado estricta porque hacerlo supondría arriesgar el régimen de la EEC, recientemente inaugurado.

3. Más allá de la eficiencia: Justicia redistributiva

Por último, queda abierta la pregunta de si esta primera parte del test también permite la posibilidad a una interpretación más amplia de los fines del régimen. ¿Cuando se considera la quiebra inminente, debe también considerarse, junto con la preservación de la dinámica competitiva del mercado, la protección de pequeños prestamistas, empleados y, en general, de aquellos socios comerciales que se verían afectados con la salida de la empresa en crisis? Esta discusión tampoco es nueva y encuentra su origen en Estados Unidos donde la figura de la EEC se creó considerando fines democráticos (First & Weber, 2013) del derecho de la competencia: proteger a prestamistas, dueños y empleados de compañías pequeñas o medianas. Así, no solamente se buscaba proteger la eficiencia sino también alcanzar fines de justicia distributiva (Jones & Sufrin, 2016, p. 1168).

Por supuesto, la holgura del texto de la Resolución ecuatoriana no impide que se persigan, dependiendo las circunstancias, fines de eficiencia y de justicia. De hecho, lo anterior cobra sentido si se considera la amplitud y carga ideológica de los fines de la LORCPM, especialmente en lo referente a los lineamientos de política pública (2011, arts. 1 y 4)[10]. O, quizás, esta amplitud sea maniatada por la rigidez del tercer requisito que se abordará más adelante.

[7] En este caso deberá probar el cumplimiento de lo establecido en los artículos 4 y 8 de la Ley de concurso preventivo, con respecto a los requisitos y forma de presentación de la prueba.

[8] La prueba y el procedimiento se encuentran en la sección VIIII, de la Ley exclusivamente para la reestructuración de emprendimientos.

[9] Lamentablemente la Ley de Emprendimiento, si bien jerárquicamente superior a su reglamento, hace referencia específica de que algunos requisitos se desarrollarán en él, lo que deja abierta la pregunta de si es posible aplicar al proceso de reestructuración en el estado actual. Soy de la posición que sí, buscando una interpretación teleológica, pero este es un punto debatido y que no ha sido aclarado.

[10] Los fines de la LORCPM son muy amplios.

> Art. 1. Objeto. – […] buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible." y el "Art. 4. Lineamientos para la regulación y principios de aplicación. […] 8. El desarrollo de mecanismos que garanticen que las personas, pueblos y nacionalidades alcancen la autosuficiencia de alimentos sanos a través de la redistribución de los recursos como la tierra y el agua. 9. La distribución equitativa de los beneficios de desarrollo, incentivar la producción, la productividad, la competitividad, desarrollar el conocimiento científico y tecnológico […].

De cualquier forma, es especialmente importante que la consideración de fines de corte democrático, específicamente el impacto social de la imposibilidad de afrontar obligaciones financieras (que va más allá de la preservación de la estructura del mercado), no se contrapongan a la búsqueda de la eficiencia en los mercados. Su aplicación debe buscar un justo medio en el que (i) se proteja a la empresa en crisis, a sus trabajadores, deudores y dependientes de los altos costos de los procesos de quiebra; a la vez que, (ii) permita que los activos relevantes continúen siendo productivos gracias a la concentración, en lugar de salir del mercado (Jones & Sufrin, 2016, p.1168).

### B. Alternativas menos restrictivas

Este segundo requisito parece, en cambio, innecesariamente estricto en el texto de la Resolución. En la legislación europea se requiere que no exista una alternativa menos perjudicial para la competencia, añadiendo la interesante conclusión que las compañías que alegan la EEC asumen el riesgo de la revisión *ex ante* que siga la elección del adquirente (*Caso ArcelorMitta/Ilva*, 2018, párr. 423-424)[11]. En Ecuador, por su parte, se demanda la realización de todos los esfuerzos posibles para vender los activos a compañías que generen el menor riesgo a la competencia. Pese a la redacción que sugiere que el esfuerzo bajo la Resolución ecuatoriana debe ser más estricto, se opina que, en la práctica, esta distinción no debe acarrear diferencias so pena de hacer del régimen innecesariamente rígido.

Los precedentes europeos interpretan este requisito desde un prisma práctico. Si bien no es suficiente una mera elucubración de que, de haberse realizado un esfuerzo, no se habría conseguido un potencial comprador menos riesgoso (*Caso Newscorp/Telepiú*, 2004, párr. 217), sí cumple el umbral de prueba la búsqueda razonable de una alternativa. Por ejemplo, sería suficiente que se hayan realizado (y documentado) esfuerzos serios por contactar y negociar con terceros, y que si ese esfuerzo no resultó en un acuerdo es porque existían discrepancias comerciales sensatas[12]. O que, en consideración a las circunstancias, se haya intentado poner al target en oferta pública para identificar posibles compradores (2003, párr. 217)[13]. En última instancia, las partes deben demostrar que, pese a sus razonables esfuerzos y en consideración a las circunstancias (por ejemplo, una pandemia mundial), no existen alternativas creíbles (ni expresión creíble de interés de adquirir los activos)[14].

Por otro lado, la búsqueda de una alternativa no necesariamente debe resultar en la menos perjudicial para el mercado. Es evidente que la opción más preferible para la competencia es que el adquirente sea una compañía que no participe en el mercado y que esté interesado en los activos para incursionar en él, así se evitan traslapes horizontales que puedan debilitarlo estructuralmente (Competition Commission & Office of Fair Trading, 2010, párr. 4.3.16). Sin embargo, muchas veces esa no será una opción realista y, al menos *a priori*, esto no debería ser suficiente para impedir que una compañía se beneficie de la EEC. Por consiguiente, la Comisión suele mirar la ausencia de un comprador potencialmente menos anticompetitivo, pero no el menos anticompetitivo (Komninos & Jeram, 2014, p. 608).

La Resolución, en cambio, requiere que se hayan realizado **todos los esfuerzos posibles** para vender los activos del operador económico **a la compañía que genere el menor riesgo a la competencia**. Así, parece imponer una carga sustantiva en la que se debe acreditar que se realizó todo lo posible –incluso más allá de lo razonable– para cerrar la venta a una compañía que no participe en el mercado. Conforme al texto de la Resolución, podría entenderse que la compra de una compañía con un cierto grado de traslape horizontal es intolerable y que no es suficiente un grado menor de riesgo a la competencia, sino un riesgo nulo; por eso el artículo dice que se debe preferir **el** menor riesgo y no **un** menor riesgo. Esto resultaría, en todos los casos, en un

---

11 Así lo dijo la Comisión en el *Caso ArcelorMittal/Ilva*.

> […] as to the Notifying Party's allegation that the delays incurred and the degradation of Ilva's assets in the meantime would make it unlikely that the alternative bidder would be still in a position of acquiring Ilva, the Commission observes that the alleged further degradation, as well as the alleged further deterioration of the competitive structure, cannot be taken into account […] the competitive situation existing at the time of the merger286 is the relevant counterfactual for establishing whether the Transaction raises concerns […] (2018, párrs. 423-424).

12 Revisar *Olympic/Aegean I* (2011), en específico, lo relevante de los párrafos 2086 y 2120.

13 En el *Caso Newscorp/Telepiú*, la Comisión establece que

> […] the burden of proving that there is no alternative potential buyer apart from the acquiring firm falls, in the Commission's opinion, on the party claiming it. Newscorp's argument does not discharge this burden of proof. […] (2004, párr. 217).

14 Competition – Mergers – Commission approves acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines: Statement by Joaquín Almunia "It is clear that, due to the on-going Greek crisis and given Olympic's own very difficult financial situation, Olympic would be forced to leave the market soon in any event. Therefore, we approved the merger because it has no additional negative effect on competition".

nuevo entrante; por tanto, la redacción de la Resolución podría hacer muy complicado que se pueda alegar una EEC en Ecuador.

En consideración a los fines del régimen, la frase **todos los esfuerzos posibles** debería entenderse como aquellos que se pueden esperar de una empresa que enfrenta una situación apremiante o, como dice la Resolución, aquellos posibles[15]. Sin embargo, el estándar de la alternativa debería satisfacerse con alternativas menos gravosas aunque no sean las menos anticompetitivas. Nuevamente, esta interpretación teleológica es coherente con los fines de la LORCPM y de la política de competencia, por lo que requerir cualquier cosa más allá constituiría una carga injusta para un operador que, podemos presumir, está en una situación grave.

Sin embargo, la literalidad del texto se presta para una interpretación excesivamente restrictiva, sobre todo por jueces administrativos que tienden hacia la lectura estricta de las facultades de las entidades públicas. En ese sentido, es recomendable que, en una modificación futura, se enmiende la Resolución para que no quede duda que el esfuerzo requerido es el honesto y razonable en consideración a las circunstancias, y que la alternativa como prueba a acreditar debe ser una más favorable, pero plausible.

### C. La desaparición o salida de los activos

Este requisito tradicionalmente ha servido como el mecanismo para explicar el sentido detrás de las EEC y el camino que incorpora el estándar de prueba que enfrenta quien la alega. Su configuración actual en las Directrices –en la que se requiere evitar la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis– no es casual, sino que refleja una evolución histórica. El hecho de que la Resolución haya adoptado un régimen distinto –requiriendo que la adquisición evite la salida del mercado del operador y no solo de sus activos– es, seguramente, la incógnita más importante que enfrentará el régimen ecuatoriano.

En principio, la primera invocación exitosa de la EEC en Europa ocurrió en 1993, en el *Caso Kali und Salz* (1994). Este caso es especialmente importante porque, en sus consideraciones, reflexiona sobre el límite de lo permisible cuando se alega la excepción.

En primer lugar, y aunque no se indica de forma explícita, estamos frente a una excepción o una defensa. Esto significa que es relevante como un mecanismo para evitar una imputación que desplegaría efectos legales a menos que se invoque exitosamente. En todo caso, esta imputación sería que la transacción impide sustancialmente la competencia efectiva[16] y resultaría ineludiblemente en condiciones o en su prohibición (LORCPM, 2011, art. 22). Visto de ese modo, solo hace sentido proponerla si es que la concentración produce un daño en la competencia (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2009, p.19)[17]. De acuerdo con ello, ¿para qué someterse al escrutinio estricto e intentar negociaciones con otros potenciales compradores si es que la transacción será aprobada incondicionalmente? Su valor natural como defensa es evitar que la transacción enfrente los costos de los remedios que serían inevitables sin su alegación.

En segundo lugar, la EEC presupone que existirá un deterioro en la estructura del mercado, pero que ese deterioro de cualquier manera ocurriría incluso si se bloquea la concentración (*Kali & Salz/MDK/Treuhand*, 1994). Al respecto, la doctrina entiende este requisito como uno de causalidad; esto es, con o sin transacción ocurrirá un empeoramiento de las condiciones competitivas, por lo que ese empeoramiento debe endilgarse a la circunstancia de la empresa en crisis que es su origen primigenio, no a la adquisición (Jones & Sufrin, 2016, p. 1170).

En tercer lugar, si es que el sentido de la defensa radica en el origen del daño queda abierta la pregunta ¿cuál es el estándar de daño que debe acreditar el adquirente? ¿Acaso debe probar que todas las consecuencias de la quiebra –incluyendo la consolidación horizontal de la cuota, por ejemplo– de cualquier manera se producirían? Este punto trascendental es la génesis de la crítica al *Caso Kali und Salz* y la razón de ser del texto actual de las

[15] Esta conclusión está apoyada en una lectura específica de la palabra **posibilidad**, no como todo lo que es física y moralmente factible, sino como un medio disponible para la realización de una tarea.

[16] La LORCPM incluye en el artículo 22(4) el estándar sustantivo de revisión: la generación o fortalecimiento del poder de mercado, o la sensible disminución, distorsión u obstaculización de la competencia. Sin embargo, incluye un estándar de prueba estricto, obligando que sea claramente previsible o comprobada.

[17] El informe de la OCDE explica,

> A sine-qua-non condition for a competition authority to block or condition a transaction is the existence of a strict causal link between the transaction under assessment and the anticipated harm to competition. The failing firm defence applies to instances in which, while the anticompetitive effect of the merger is not disputed, there is no such strict causal link – i.e. situations where the markets affected by the merger will experience an increase in concentration and a significant lessening of competition whether or not the merger takes place.

Directrices. De esa manera, en el *Caso Kali und Salz* la Comisión dijo que:

> puede afirmarse que la operación de concentración prevista reforzará una posición dominante en el mercado alemán de potasa para usos agrícolas. No obstante, dicho reforzamiento de la posición dominante de K + S se produciría también aunque no se llevara a cabo la operación de concentración, ya que si MdK no es adquirida por otra empresa, tendrá que abandonar el mercado en un futuro próximo, con lo que la cuota de mercado de MdK acrecería a K + S y prácticamente podría descartarse que una empresa distinta de K + S adquiriera la totalidad o una parte sustancial de MdK. Por lo tanto, no existe un nexo de causalidad entre la operación de concentración y el reforzamiento de la posición dominante en el mercado alemán (1993, pp. 0038-0056).

En este caso, la Comisión, luego refrendada por la Corte[18], adoptó lo que ahora se conoce como el test de **absorción de cuota de mercado**. Lo que los notificantes debían probar era que, con o sin transacción, era de esperarse que la participación de mercado de la compañía en crisis terminaría en manos del adquirente. Este estándar presupone que el daño más importante de la transacción –que, recordemos, no puede ser mayor al de la crisis– se produce en virtud de la consolidación de participaciones. Así, como este tercer requisito es uno de causalidad u origen del daño, el adquirente debía acreditar que, si la empresa en crisis quebraba, de cualquier manera, terminaría con la cuota y clientes del *target*. Por supuesto, a menos que se trate de una concentración 2-1, es evidente que en la mayoría de los casos la participación de la empresa en crisis se dispersará entre algunos de sus competidores. Este estándar dejaba la vara demasiado alta.

En realidad, por ser de difícil alcance es que en varios casos subsecuentes la EEC fue rechazada[19]. Por ejemplo, en el *Caso Blokker/Toys "R" Us* (II) (1997), la Comisión concluyó que el requisito de causalidad entre la operación y sus efectos no se probó adecuadamente porque no había evidencia que demuestre que la cuota de Toys "R" Us ineludiblemente habría terminado en manos de Blokker con o sin transacción (OCDE, 2009, p. 24).

El cambio de marea se produjo en el *Caso BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001). Allí, la Comisión argumentó que la absorción de la cuota era improbable y que era sensato esperar que frente a una salida "sus principales competidores también obtengan partes significativas de dicha cuota" (2001, párr. 151)[20]. No obstante, se centró en cuantificar la relevancia del impacto sobre la competencia de la salida de los activos de Eurodiol como efecto principal del deterioro del mercado. En ese sentido, considerando este estándar concluyó que:

> [b]ajo estas condiciones, consideradas acumulativamente en las circunstancias particulares de este caso específico, se puede esperar que las condiciones del mercado sean más favorables que en caso de salida de mercado de los activos objeto de la adquisición (2001, párr. 163).

Esta decisión modificó el estándar de prueba. Más aún, el daño que se debe evitar y probar que no es atribuible a la concentración, ya no es la absorción inevitable de la cuota, sino la salida del mercado de los activos. Tan determinante fue la conclusión que este test fue recogido por las Directrices; asimismo, se incorporó como estándar en la legislación estadounidense (Departamento de Justicia de los Estados Unidos [DOJ] y la Comisión Federal de Comercio [FTC], 1997) y es ampliamente favorecido por su comparativa razonabilidad (Jones & Sufrin, 2016, 1171).

En realidad, el estándar de la salida de los activos no es universal. En esa línea, las desaparecidas Competition Commission y Office of Fair Trading incluían en su guía, como tercera parte de su test, un análisis acerca de qué habría ocurrido con las ventas de la compañía en el evento de su salida, específicamente si se hubieran redistribuido entre las firmas que se quedan en el mercado y cómo. Si es probable que las ventas se hubieran dispersado en ausencia de la concentración, se puede asumir que la compra puede tener un impacto significativo en la competencia. Sin embargo, como las propias agencias lo reconocieron, en la práctica este estándar se aplica de forma menos mecánica que lo que su guía de valoración de concentraciones sugiere, y en la práctica se considera, además de lo que sucederá con las ventas, el impacto en la competencia

[18] The criterion of absorption of market shares, although not considered by the Commission as sufficient in itself to preclude any adverse effect of the concentration on competition, therefore helps to ensure the neutral effects of the concentration as regards the deterioration of the competitive structure of the market. This is consistent with the concept of causal connection set out in Article 2(2) of the Regulation (*Francia y otros c. Comisión*, 1998, p. 116).

[19] Un claro ejemplo es *Saint-Gobain/Wacker-Chemie* (1996).

[20] Como estableció la Comisión en el *Caso BASF/Eurodiol/Pantochim* (2001), en el presente caso no se crearía tal situación de monopolio después de la salida de Eurodiol del mercado ni puede esperarse que BASF absorba simplemente toda la cuota de mercado de Eurodiol.

de forma más amplia (Competition Commission & Office of Fair Trading, 2010, párr. 4.3.18).

En este punto el problema de la redacción de la Resolución parece evidente. El tercer requisito ecuatoriano no centra su estándar de prueba en la salida de los activos de la empresa en dificultades o en la migración de las ventas en ausencia de la adquisición. La SCPM dice que analizará la relación causal entre la transacción y la salida de la firma del mercado, tolerando las EEC que demuestren que no existe nexo causal entre la adquisición y el daño que habría producido la salida de la empresa en crisis.

Este punto deja a las compañías que pretendan beneficiarse de una EEC un gran interrogante sobre qué deben aportar como evidencia, lo que se aclarará únicamente con la práctica decisoria o una guía específica de la SCPM. Por el momento, es deseable que (i) las decisiones de la SCPM cifren un estándar sensato como contrafactual; y, (ii) que esa búsqueda de una aplicación razonable no sea impedida por una interpretación judicial que, como en el *caso RECAPT*[21], demostró una inoportuna disposición para fijarse en una descontextualizada literalidad que contradice los fines de la política pública de derecho de competencia. Como vemos, en este caso, la literalidad también abre la puerta a posibles interpretaciones que se alejan del objetivo del régimen.

## IV. OTRAS PREOCUPACIONES SOBRE EL RÉGIMEN

Sin duda la construcción e interpretación del estándar de la EEC es el punto central para enfrentar los casos específicos de empresas en crisis. Sin embargo, existen otros que también ameritan un comentario. A continuación, nos centraremos en los que, consideramos, pueden llegar a representar retos o problemas especiales para la autoridad y las empresas que busquen beneficiarse de la excepción.

### A. Excepción de empresa en crisis y proceso abreviado

En las jurisdicciones que lo incorporan, las revisiones de una EEC suelen ser muy detalladas y requieren una cantidad sustancial de información, lo que ha resultado que en muy pocos casos se haya logrado invocar de forma exitosa (OCDE, 2009, p. 21). Esto nos lleva a reflexionar si es adecuado haber incluido la EEC como parte de un proceso abreviado. Esta decisión, seguramente motivada por la crisis sanitaria producida por el SARS-CoV-2, significa que el tiempo total de revisión es corto y puede que sea insuficiente para valorar los requisitos estrictos de cada parte del test.

De forma general, es común que las legislaturas diseñen y las autoridades apliquen un sistema que minimice los errores tipo II[22] en lugar del tipo I (Ayal & Rotem, 2019). Esto es especialmente cierto para procesos de EEC, en los que una revisión de precedentes internacionales hace manifiesta la tendencia a aplicar un marco construido sobre presunciones estructurales, como que la permanencia de una compañía debilitada en el mercado es superior, desde una perspectiva competitiva, a una transacción problemática (OCDE, 2009, p. 20-22). Ecuador no es la excepción y también construyó un régimen que, por diseño, tiende a preferir errores tipo II. Por ejemplo, pese a que la SCPM no tiene la facultad legal de analizar efectos conglomerados, requiere la notificación de operaciones que, si bien no implican traslapes o integraciones verticales u horizontales, alcanzan alguno de los umbrales[23].

Al respecto, la OCDE opina que una aproximación a los casos de EEC que se centre en los efectos, y que identifique adecuadamente un contrafactual realista y razonable podría conducir a menos errores tipo I. Sin embargo, este método de análisis, además de hacer más probable la ocurrencia de errores tipo II, resultaría en costos más altos e investigaciones más extensas, algo imposible para la autoridad ecuatoriana que deberá conducirse bajo los cortos tiempos del proceso abreviado (OCDE, 2009, p. 21). Sin embargo, el análisis detallado es preferible porque, como apunta la evidencia, la recuperación económica se verá más afectada cuando se tolera la creación o el reforzamiento de una estructura de mercado anticompetitiva mediante una transacción problemática, que simplemente permitir la recuperación orgánica después de un shock como el producido por la emergencia sanitaria del SARS-CoV-2.



[21] En el *Caso 17811-2016-01271*, la Corte Suprema de Justicia echó mano de una interpretación literal que concluyó en que la LORCPM requería, por ejemplo, intención de afectar al mercado y prueba específica de manifestaciones de daño. Esto resultó en que un evidente cartel termine indemne. Todos estos son requisitos que ningún otro sistema requiere y que al final del día atentan contra los propios objetivos del régimen de competencia ecuatoriano.

[22] El error tipo I es un falso positivo; en el contexto del régimen de control de concentraciones, la aplicación de remedios o rechazar operaciones pese a que no conllevaban riesgos materiales para la competencia. El error tipo II es un falso negativo; en el contexto del régimen de control de concentraciones, que se apruebe una transacción que debía rechazarse, o que no se impongan los condicionamientos suficientes para apalear consecuencias indeseables en el mercado.

[23] El régimen de control de concentraciones la LORCPM sugiere que las operaciones sobre las que la SCPM puede ejercer sus funciones de policía administrativa son únicamente aquellas que producen efectos horizontales o verticales.

De esa manera, con un diseño legislativo conservador y un tiempo de revisión muy estrecho, creemos que es probable que se exija presentar evidencia que, *prima facie*, demuestre claramente cómo se satisface el test. Esto implicará una valoración especialmente estricta que puede resultar en limitados casos en los que se acepten las EEC (inclusive menores que en otras jurisdicciones donde su aplicación ya es excepcional y escasa). A la luz de esta conclusión, parecería sensato que cualquier aplicante presente su solicitud solamente cuando cuente con todos los documentos que prueben adecuadamente las tres partes del test, lo que no es insignificante[24].

### B. Excepción de la división en crisis

La doctrina y las decisiones en varias jurisdicciones han planteado la posibilidad de que la EEC pueda alegarse, además de cuando quiebra una empresa, cuando la que enfrenta problemas financieros es una división de un grupo económico. A esta excepción se la conoce como la *failed division defense*[25] o excepción de división en crisis (en adelante, EDC) (*Bertelsmann/Kirch/Premiere*, 1998) (FTC, 1997).

Nada en la Resolución parece limitar la posibilidad de que se pueda alegar una EDC bajo derecho ecuatoriano; sin embargo, es necesario replicar un estándar de valoración estricto en la tercera parte del test y obligar a que las partes prueben satisfactoriamente que no existe un vínculo causal entre el daño al mercado (la creación o reforzamiento de la dominancia) y la transacción. Como ha señalado la Comisión[26] (Lianos & Korah, 2019, p. 1615), sin esta valoración minuciosa, cualquier concentración que involucre a una división supuestamente improductiva se justificaría con la simple declaración que, sin la concentración, la división dejaría de operar[27].

## V. CONCLUSIONES

Por un lado, la publicación de la Resolución es un gran avance para el régimen ecuatoriano de concentraciones, sin embargo, quedan muchas preguntas abiertas que deberán responderse en su aplicación práctica.

Cabe resaltar que, las preocupaciones más relevantes se centran en (i) la forma en que se buscará coherencia entre las normas y opciones que brindan los procesos de quiebra, y la EEC, sin ser innecesariamente estrictos considerando el escaso desarrollo del derecho concursal ecuatoriano; (ii) qué prueba, y con qué nivel de rigidez, se requerirá para acreditar la imposibilidad de reestructuración de la empresa, y si se añadirán otros fines más allá de la eficiencia económica como la justicia redistributiva; (iii) si la alternativa menos restrictiva significará realizar esfuerzos más allá de lo sensato para encontrar en todos los casos a un nuevo entrante, o si se mirará la actuación de las partes a través de un prisma de razonabilidad; (iv) si la prueba de causalidad deberá acreditar que el daño inevitable era la salida de la compañía del mercado, la consolidación de la cuota en el adquirente, o el preferible estándar de salida de los activos; y por último, (v) si el proceso abreviado, al ser diseñado de forma expedita, no impedirá el análisis adecuado de los expedientes. De estas, las que parece que requerirán una modificación eventual son las de la alternativa menos razonable y el periodo de revisión cuando se alega una EEC, para no hacer al régimen innecesariamente estricto.

En todo caso, esperemos que la EEC, al final del día, permita la aprobación de casos meritorios sin tender a la magnificación de errores tipo I. El régimen le permite la suficiente libertad interpretativa a la SCPM para lograrlo.

---

[24] La SCPM incluyó en su Resolución una referencia a que el objetivo del procedimiento abreviado es apurar los tiempos de revisión de transacciones que no representan un riesgo competitivo significativo. Esta afirmación puede chocar con el hecho de que la revisión de EECs suele ser una compleja y extensa. Aplaudimos la intención de la SCPM por considerar la urgencia de una empresa en crisis, pero esperamos que la premura no impida revisiones adecuadas.

[25] En Estados Unidos, se crean los "Horizontal Merger Guidelines" en 1997. Por otro lado, en Europa el primer caso es *Bertelsmann/Kirch/Premiere* (1998).

[26] Como dijo la Comisión en el *Caso Bertelsmann/Kirch/Premiere* (1998):

> Where the failing division defence, and not the failing company defence, is invoked, particularly high standards must be set for establishing that the conditions for a defence on the grounds of lack of a causal link have been met. If this were not so, any concentration involving the disposal of an allegedly unprofitable area of a business could be justified for merger-control purposes by a declaration on the part of the seller that, without the merger, it would be necessary to close down the seller's business in that area.

[27] Como ejemplo, los "Merger Control Guidelines" de EE.UU., ponen requisitos más altos, la sección 5 de la guía establece:

> A similar argument can be made for **failing** divisions as for failing firms. First, upon applying appropriate cost allocation rules, the division must have a negative cash flow on an operating basis. Second, absent the acquisition, it must be that the assets of the division would exit the relevant market in the near future if not sold. Due to the ability of the parent firm to allocate costs, revenues, and intracompany transactions among itself and its subsidiaries and divisions, the Agency will require evidence, not based solely on management plans that could be prepared solely for the purpose of demonstrating negative cash flow or the prospect of exit from the relevant market. Third, the owner of the failing division also must have complied with the competitively preferable purchaser requirement of Section 5.1.

**REFERENCIAS**

Ayal, A., & Rotem, Y. (2019) The Failing Firm Defense - An Equity-Based Approach. *Journal of Competition Law & Economics, 15*(4), 468-199. https://doi.org/10.1093/joclec/nhz020

Competition Commission & Office of Fair Trading (2010). *Merger Assessment Guidelines*. https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284449/OFT1254.pdf

Departamento de Justicia de los Estados Unidos [DOJ] & Comisión Federal de Comercio [FTC] (1997). *Horizontal Merger Guidelines*. https://www.ftc.gov/sites/default/files/attachments/merger-review/100819hmg.pdf

First, H., & Weber Waller, S. (2013). Antitrust's Democracy Deficit. *Fordham Law Review*, *81*(5), 2543- 2574. https://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol81/iss5/13

Jones, A., & Sufrin, B. (2016). *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford University Press.

Kokkoris, I. (2006). Failing Firm Defence in the European Union. A Panacea for Mergers? *European Competition Law Review*, *27*(9), 494-509.

Komninos, A., & Jeram, J. (2014). Changing Mind in Changed Circumstances: Aegean/Olympic II and the Failing Firm Defense. Journal of European Competition Law & Practice, *5*(9), 605–615. https://doi.org/10.1093/jeclap/lpu040

Lianos, I., Korah, V., & Siciliani, P. (2019). *Competition Law Analysis, Cases & Materials.* Oxford University Press.

Majumdar, A., & Parker, J. (2011). *UK Merger Control.* Hart Publishing Ltd.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico [OCDE] (2009). *Policy Round Tables: The Failing Firm Defense, 2009*. https://www.oecd.org/competition/mergers/45810821.pdf

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Asuntos Acumulados C-68/94 & C-30/95, Francia y otros c. Comisión, 1998 E.C.R. I-01375.

Citizen Publishing Co. c. Estados Unidos, 394 U.S. 131 (1969).

Comunicado de prensa de la Comisión Europea IP/13/927, Mergers: Commission approves acquisition of Greek airline Olympic Air by Aegean Airlines (9 de octubre de 2013).

Corte Nacional de Justicia de Ecuador. Sentencia de 19 de octubre de 2017. Caso Recuperación de Capital Contact Center RECAPT S.A – Superintendencia de Control de Poder de Mercado No. 17811-2016-01271.

Decisión de la Comisión de 14 de diciembre de 1993 relativa a un procedimiento de aplicación del Reglamento (CEE) 4064/89 del Consejo (Asunto IV/M308 - Kali + Salz/MDK/Treuhand), 1994 O.J. (L 186) 38.

Decisión de la Comisión de 4 de diciembre de 1996 por la que se declara la incompatibilidad de una concentración con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto IV/M.774 – Saint-Gobain/Wacker-Chemie/NOM), 1997 O.J. (L 247) 1.

Decisión de la Comisión de 26 de junio de 1997 por la que se declara incompatible con el mercado común una operación de concentración (Caso IV/M.890 – Blokker/Toys "R" Us), 1998 (L 316) 1.

Decisión de la Comisión de 27 de mayo de 1998 en un procedimiento conforme al Reglamento (CEE) no 4064/89 del Consejo (Asunto IV/M.993-Bertelsmann/Kirch/Premiere), 1999 O.J. (L 53) 1.

Decisión de la Comisión 11 de julio de 2001 por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y con el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.2314- BASF/Eurodiol/Pantochim), 2002 O.J. (L132) 45.

Decisión de la Comisión de 2 de abril de 2003 por la que una concentración se declara con el mercado común y el Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.2876-Newscorp/Telepiù), 2004 O.J. (L 110) 73.

Decisión de la Comisión de 8 de septiembre de 2015 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE [Asunto M.7278 – General Electric/ALSTOM (Energía Térmica – Energías Renovables y Redes Eléctricas)], 2017 O.J. (C 139) 6.

Decisión de la Comisión de 1 de septiembre de 2016 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado

interior (Asunto M.7758 – Hutchison 3G Italy/ WIND/JV), 2016 O.J. (C 391) 7.

Decisión de la Comisión de 7 de mayo de 2018 por la que una operación de concentración se declara compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto M.8444 — ArcelorMittal/Ilva), 2018 O.J. (C 351) 9.

Directrices de la Comisión sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre Control de las concentraciones entre empresas, 2004 O.J. (C 31) 5.

Estados Unidos c. Gen. Dynamics Corp. - 415 U.S. 486, 94 S. Ct. 1186 (1974).

Ley de Concurso Preventivo, Registro Oficial No. 422 del 21 de diciembre de 2006 (Ecuador).

Ley 15/2007, Ley de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado,* 3 de julio de 2007 (Esp.).

Ley de Emprendimientos e Innovación, Registro Oficial No. 151 del 28 de febrero de 2020 (Ecuador).

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial No. 555 del 13 de octubre de 2011 (Ecuador).

Reglamento a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial Nº 697 del 7 de mayo de 2012 (Ecuador).

Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador (2017). Resolución No. SCPM-DS-012-2017 de 16 de marzo de 2017, publicada en Registro Oficial No. 998 del 7 de abril de 2017.

Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador (2020). Resolución No. SCPM-DS-2020-018 de 20 de abril de 2020. Quito: Ecuador.

10.18800/themis.202002.018

# DISTANCIAMIENTO EMPRESARIAL: RIESGO DE "CONTAGIO" EN ALIANZAS Y FUSIONES

## *BUSINESS DISTANCING: RISK OF "CONTAGION" IN ALLIANCES AND MERGERS*

**Vincent Poirier-Garneau***
**APOYO Consultoría**

**Fiorella Zumaeta Castro****
**Miranda & Amado**

*Cooperation agreements and mergers and acquisitions are frequent operations that enable the achievement of efficiencies. However, the resulting increase in market concentration could lead to a reduction (or elimination) of competitive pressures, among other aspects. For this reason, it is necessary for the competition authorities to carry out a thorough evaluation, but at the same time, within the parameters of reasonableness, before approving a transaction of this caliber, both in normal times and in times of crisis.*

*In this article, the authors analyze various alternatives of inorganic growth through national, regional and comparative experience, in order to present the importance of a careful operation structuring along with the implementation of competition best practices, conditions that must be maintained in both normal times and in critical times such as the one that is experienced by the COVID-19.*

*Keywords: Inorganic growth; collaboration agreements; merger and acquisitions; merger control; crisis.*

*Los acuerdos de colaboración y las fusiones y adquisiciones son operaciones frecuentes que viabilizan la materialización de eficiencias. Sin embargo, existe el riesgo de que estas sean utilizadas con la finalidad de reducir o eliminar presiones competitivas, entre otros aspectos. Es por esta razón que es necesario que las autoridades de competencia, antes de aprobar una operación de este calibre, realicen una evaluación rigurosa, pero, a su vez, ceñida a los parámetros de razonabilidad, tanto en tiempo normales como en tiempos de crisis.*

*En el presente artículo, los autores analizan diversas alternativas de crecimiento inorgánico a través de la experiencia nacional, regional y comparada, con la finalidad de exponer la necesidad de una estructuración cuidadosa de las operaciones acompañada de la implementación de buenas prácticas en materia de competencia, condiciones que deben mantenerse en tiempos normales y en tiempos críticos como el que se vive a nivel mundial por el COVID-19.*

*Palabras clave: Crecimiento inorgánico; acuerdos de colaboración; fusiones y adquisiciones; control de concentraciones; crisis.*

* Economista. Magíster de Ciencias (MSc) en Finanzas y Economía por la London School of Economics (Londres, Inglaterra). Socio en APOYO Consultoría (Lima, Perú). Contacto: vpoirier@apoyoconsultoria.com

** Abogada. Magíster en Derecho (LL.M.) por la New York University, becaria "Dean's Award". Asociada en Miranda & Amado (Lima, Perú). Contacto: fzumaeta@mafirma.com.pe

Los autores agradecen el apoyo brindado por Nicole Balarezo Urteaga y Rodrigo Ezcurra Robledo, para la elaboración del presente artículo.

El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 6 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 25 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante la pandemia, hemos aprendido que el aislamiento y distanciamiento social son estrategias válidas para prevenir contagios, pero también bastante onerosas. Con la gradual reactivación de la economía, dirigida por el Estado durante el segundo semestre del 2020, muchos han debido regresar a un mayor grado de contacto social –ya sea para trabajar, hacer un trámite en el banco o comprar bienes de primera necesidad– para lo cual han implementado otras estrategias para neutralizar el riesgo de contagio, tales como el uso de mascarillas, geles desinfectantes, etc. Existen riesgos, por supuesto, pero la implementación de medidas de protección está diseñada para mitigarlos, de tal manera que los beneficios que generará la salida –por ejemplo, la obtención de medicamentos o generación de empleos– lleguen a compensar los riesgos.

En el mundo empresarial, no tiene por qué ser diferente. En efecto, en contextos regulares –y más aún en tiempos de crisis económica– las empresas buscan impulsar su crecimiento, conservar su unidad de negocio o, en casos de insostenibilidad financiera, salir ordenadamente del mercado. En muchas ocasiones, necesitarán unir sus esfuerzos con otros actores del mismo mercado –incluso con sus competidores– para lograr este objetivo, lo cual podría conllevar a un riesgo de "contagio" (posibilidad de coordinación anticompetitiva o consolidación y eventual abuso de una posición de dominio). En estos escenarios, resulta clave ponderar tales riesgos con las eficiencias que se desprenden de la colaboración y, de ser el balance positivo, prever las acciones que se implementarán para evitar el "contagio".

Este tipo de colaboración, que refleja una estrategia de crecimiento inorgánico, contrasta con lo que ocurre en el crecimiento orgánico en tanto se basa en el acceso a activos ajenos a la empresa. A través de esta herramienta, las empresas unen fuerzas con otros actores del mercado para alcanzar un crecimiento en menor tiempo y, en muchas ocasiones, también con menores riesgos para realizar el retorno de su inversión.

La elección de la vía más conveniente de crecimiento inorgánico –ya sea una fusión, adquisición o un acuerdo de colaboración en sus distintas modalidades– dependerá en gran medida de la situación financiera de la empresa, pero también de factores exógenos como la estructura del mercado o el contexto global económico. En contextos de crisis, como el que se vive actualmente a nivel mundial como consecuencia del COVID-19 y las medidas dictadas para combatirlo, el crecimiento inorgánico horizontal puede resultar óptimo para acelerar la diversificación de un negocio o reestablecer la sostenibilidad financiera de una empresa.

No obstante, cualquiera fuere el camino que se tome, no puede perderse de vista que este conjunto de estrategias de crecimiento genera potenciales riesgos de restricción de la competencia. Sobre la base de la experiencia nacional, regional y comparada, en el presente artículo los autores analizan diversas alternativas de crecimiento inorgánico, sus implicancias en términos de competencia y el grado de involucramiento de la autoridad de competencia, al margen de la necesidad de obtener una autorización previa de la misma.

Este análisis permite sostener que, si bien este tipo de operaciones puede ser potencialmente riesgoso, una estructuración cuidadosa acompañada de la implementación de buenas prácticas en materia de competencia permitirá generar crecimiento para las empresas y al mismo tiempo mejorar las condiciones de mercado en beneficio de los consumidores. Las normas de competencia son igual de aplicables y necesarias en tiempos de salud y también de pandemia.

## II. "ACUERDOS DE COLABORACIÓN" Y "FUSIONES Y ADQUISICIONES": ALCANCES, UTILIDAD Y PUNTOS DE CONTACTO

El crecimiento inorgánico puede darse principalmente en el plano vertical (por ejemplo, entre un fabricante y un distribuidor) y horizontal (entre actores que operan en el mismo nivel de la cadena de producción)[1]. Este último supuesto, a su vez, puede generarse entre competidores (reales o potenciales) y no competidores (por ejemplo, aquellos que operan en mercados geográficos distintos).

En este artículo los autores se centran, en concreto, en los acuerdos o actos de concentración horizontal entre competidores, reales o potenciales, pues este tipo de operaciones suele generar mayores preocupaciones desde el punto de vista de competencia[2].

[1] Esto sin perjuicio de las operaciones de tipo de conglomerado.

[2] Esto de ninguna manera significa que las otras variantes de crecimiento inorgánico (por ejemplo, una integración de dos empresas en distintos eslabones de una misma cadena productiva) no puedan enfrentar cuestionamientos desde el punto de vista de competencia, sobre todo si los participantes cuentan con un importante poder de mercado.

## A. Conceptos preliminares

Teniendo en cuenta el grado de integración, los vínculos de propiedad y la injerencia que pueden tener entre sí las empresas involucradas en una operación, para efectos del presente artículo agruparemos las estrategias de crecimiento inorgánico horizontal en dos categorías principales: por un lado, "acuerdos de colaboración" y por el otro, "fusiones y adquisiciones"[3] (véase Figura 1).

1. Acuerdos de colaboración

Los **acuerdos de colaboración** (también conocidos como 'acuerdos de cooperación' o "proyectos conjuntos"), para efectos del presente artículo, incluyen a todos aquellos convenios, alianzas, consorcios, *joint ventures*[4] y otras modalidades contractuales que celebran los agentes económicos, con independencia de la creación o no de un ente en común[5]. Típicamente conformado por acuerdos que tienen vigencia por un tiempo limitado y que se celebran para fines determinados (por ejemplo, una plataforma conjunta de distribución de productos o un proyecto de investigación y desarrollo). Por su objeto se clasifican en cuatro categorías (Federal Trade Comission & the U.S. Department of Justice, 2000; Comisión Europea, 2011)[6]. Dichas categorías son las siguientes:

a) Acuerdos de producción: en los acuerdos de producción las partes cooperan para producir bienes de manera directa (ambas o una de ellas) o vía subcontratación (a un tercero).

b) Acuerdos de comercialización: los acuerdos de comercialización pueden implicar acuerdos para vender, distribuir o promover bienes o servicios que se producen de manera conjunta o individualmente.

c) Acuerdos de compra: los acuerdos de compra permiten la negociación conjunta para la compra de productos, así como la centralización de pedidos (insumos) y combinación de funciones de almacenamiento, principalmente.

d) Acuerdos de investigación y desarrollo (I+D): en los acuerdos de investigación y desarrollo (I+D) las partes aportan activos, tecnología o conocimientos técnicos para desarrollar una determinada investigación.

2. Fusiones y adquisiciones

Las **fusiones y adquisiciones** son aquellos acuerdos por los cuales dos o más partes integran el total o parte de sus activos para formar un nue-

**Figura 1: Estrategias de crecimiento horizontal**

Fuente: Elaboración propia.

[3] Esta clasificación ha sido efectuada para fines prácticos sin que ello desconozca la existencia de variantes dentro de estos tipos de operaciones.

[4] Al respecto, es importante diferenciar los *joint ventures* que buscan el desarrollo conjunto de ciertos aspectos del negocio de aquellos de integración total (*full-function*). Como será desarrollado más adelante, de acuerdo con la legislación peruana, los *joint ventures* que generen un cambio permanente en la estructura de control serán considerados como un acto de concentración susceptible de notificación siempre que se cumplan los umbrales legalmente previstos.

[5] No se considerarán como **acuerdos de colaboración** aquellos acuerdos desnudos que tienen por objeto la fijación de precios o condiciones comerciales, limitación de producción o ventas, reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas, o establecimiento de posturas o abstenciones en licitaciones.

[6] Si bien las Directrices de la Comisión Europea agregan los acuerdos de "intercambio de información" y de "estandarización", el grueso de sus matices se encuentra inmerso en las cuatro categorías descritas. En efecto, por un lado, todos los acuerdos de colaboración requieren de un mayor o menor grado de intercambio de información para su realización y, por otro, la definición de estándares puede estar presente en proyectos de producción o comercialización.

vo ente común, independiente y con vocación de permanencia. Se pueden evidenciar ejemplos de fusiones y adquisiciones en las operaciones de compra-venta de negocios o unidades productivas, o la consolidación de marcas competidoras sobre una nueva y única marca.

## B. Marco legal

El marco normativo peruano cuenta con (i) un régimen de control de concentraciones conformado por el Decreto de Urgencia 013-2019[7], que entraría en vigencia en marzo de 2021, así como la Ley 31112,[8] que entraría en vigencia, aproximadamente, a mediados de marzo de 2021 derogando el Decreto de Urgencia[9] (en adelante, la LCC); y, (ii) una ley de represión de conductas anticompetitivas, el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), vigente desde julio de 2008.

De otro lado, hasta la entrada en vigencia de la LCC, en marzo de 2021, se encontrarán vigentes la Ley 26876 y su Reglamento, aprobados mediante Decreto Supremo 17-98-ITINCI, (publicados en noviembre de 1997 y octubre de 1998, respectivamente) que establecieron un sistema de control de estructuras aplicable a las concentraciones de tipo vertical u horizontal, concretamente en las actividades de generación, transmisión o distribución de energía eléctrica.

De acuerdo con la LCC, artículos 5 y 6, las operaciones que (i) impliquen una transferencia o cambio en el control permanente de una empresa; y, (ii) cuyos participantes superen los umbrales individuales y conjuntos de 18,000 y 118,000 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), respectivamente, se encuentran sujetas al sistema de aprobación previa (Ley 31112, 2021). Dentro de dichas operaciones, entre otras, se incluyen las fusiones, adquisiciones, y la constitución de una empresa en común, *joint venture* o cualquier otra modalidad contractual análoga.

Las operaciones no cubiertas por la LCC se rigen bajo la LRCA, norma que faculta al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) para –vía fiscalización *ex post*– reprimir conductas anticompetitivas, tales como acuerdos horizontales y verticales, así como abusos de posición de dominio. Para estos fines, Indecopi puede imponer multas y dictar medidas que incluyen, entre otras, la inoponibilidad de cláusulas que infrinjan las normas de competencia (Decreto Legislativo 1034, 2008, artículos 14, 46 y 49).

En materia de acuerdos de colaboración, el "Precedente CIVA"[10] establece tres reglas. En primer lugar, existen acuerdos que pueden restringir la competencia, pero que no serán ilegales por sí mismos si se derivan de un acuerdo de cooperación que busca fortalecer la posición competitiva del grupo integrante. En segundo lugar, si el acuerdo de colaboración resulta esencial para la provisión del bien o servicio, este y sus eventuales efectos restrictivos se reputarán legales. Caso contrario, en tercer lugar, se deberá acreditar la concurrencia de las siguientes condiciones: (i) que los participantes desarrollen una actividad económica de manera conjunta y que su principal objetivo no sea restringir la competencia; (ii) que el acuerdo incremente la eficiencia del grupo integrado y sea aplicado dentro de los límites necesarios para alcanzarla; y, (iii) que las cuotas de mercado de los participantes no generen el riesgo de que el acuerdo afecte a la competencia (Resolución 206-97-TDC/INDECOPI, 1997). Aunque el "Precedente CIVA" fue formalmente derogado por el "Precedente SOAT"[11] del año 2003, Indecopi sigue utilizando tales criterios hasta la fecha[12].

---

7 Publicado en noviembre de 2019 y modificado por el Decreto Legislativo 1510, publicado en mayo 2020.

8 Publicada en enero de 2021.

9 La vigencia de la Ley 31112 (que dispone la derogatoria del Decreto de Urgencia) se encuentra supeditada a la publicación de su reglamento, así como de las normas de adecuación del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Teniendo en consideración que ninguna de estas normas ha sido publicada dentro del plazo previsto por la Ley 31112, es posible que el Decreto de Urgencia entre en vigencia por algunos días de marzo, salvo que se adelante la entrada en vigencia de la Ley 31112 o se publique una norma derogatoria del Decreto de Urgencia. A la fecha de la redacción del presente artículo no se cuenta con más información sobre esta materia.

10 Aprobado mediante Resolución 206-97-TDC/INDECOPI del 13 de agosto de 1997 en el marco del procedimiento seguido por CIVA contra Mariscal Cáceres y otros. La denuncia cuestionó un reglamento interno que contenía cláusulas de repartición de rutas y fijación de precios aplicable a ciertas empresas que se habían unido para prestar conjuntamente el servicio de transporte terrestre interprovincial de pasajeros.

11 Aprobado mediante Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003. En dicho procedimiento se analizó un acuerdo de precios entre diversas compañías aseguradoras en relación con las pólizas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT.

12 Al respecto véanse las Resoluciones 069-2010/CLC-INDECOPI, 056-2011/CLC-INDECOPI, 019-2016/CLC-INDECOPI y 030-2018/CLC-INDECOPI.

Siendo ello así, a partir de marzo de 2021, algunos **acuerdos de colaboración** y algunas **fusiones y adquisiciones** estarán sometidos a un régimen de control previo y el resto de operaciones no cubiertas por la LCC se seguirá rigiendo por la LRCA. Para los casos de acuerdos de colaboración, además resultarán aplicables los criterios contenidos en el Precedente CIVA. De este modo, en ambos escenarios señalados las partes deberán cuidar que sus operaciones no impongan restricciones prohibidas o poco razonables desde un punto de vista de competencia.

### C. Viabilidad

Las decisiones de las empresas de optar por estrategias de crecimiento inorgánico horizontal, ya sea por un acuerdo colaborativo o por una fusión o adquisición, son motivadas por el mismo tipo de incentivos. A través de todas estas estrategias, las partes involucradas buscan reducir sus costos de transacción, lograr economías de escala, ganar acceso a nuevas tecnologías, recursos, mercados, áreas geográficas, reducir costos de investigación, entre otros (Sawler, 2005, pp. 243-248).

Sin embargo, optar por una u otra alternativa implica una decisión para las partes, las cuales deben ponderar entre su apetito por flexibilidad y control. La literatura señala que las empresas preferirán **flexibilidad** cuando existe incertidumbre respecto del entorno competitivo, hay una elevada dispersión del conocimiento, una limitada dotación inicial de recursos, y las sinergias que puedan generarse solo son temporales. Así, en estos casos, la empresa preferiría un acuerdo colaborativo ante una fusión. En contraste, en aquellos casos donde las empresas enfrentan mayor necesidad de **control** (por ejemplo, cuando existe incertidumbre respecto del comportamiento esperado de su contraparte, la operación demande grandes volúmenes de inversión, y las economías de escala y alcance puedan sostenerse), la empresa preferiría una fusión o adquisición antes que un acuerdo colaborativo (Hoffman & Schaper-Rinker, 2001, pp. 131-159).

Es relevante también la disponibilidad de recursos de las partes. Por su naturaleza, los acuerdos de colaboración demandan prestaciones de todos los participantes. Si bien la naturaleza o la magnitud de los aportes de cada integrante puede variar en función del acuerdo (por ejemplo, en un acuerdo de producción uno puede aportar maquinaria y otro la mano de obra, o en un I+D ambos pueden desarrollar equitativamente la investigación), siempre se tratará de prestaciones recíprocas aun cuando no sean equivalentes.

En aquellos casos en los que las presiones financieras de una empresa no le permitan asumir este tipo de compromisos (por ejemplo, cuando se encuentra en una situación de insolvencia) la empresa todavía puede optar por una operación de fusión o adquisición antes de decidir su salida definitiva del mercado (lo cual puede darse en el marco de un procedimiento concursal). Así, optar por esta alternativa puede generar beneficios al mercado que, en situaciones donde las eficiencias lo sustenten, mantendrá importantes activos a disposición de los consumidores. De este modo, más allá de ser un mecanismo de **concentración del mercado**, las fusiones y adquisiciones juegan un rol de asignación eficiente de recursos y su utilidad cobra incluso más importancia en tiempos de crisis.

No obstante, a pesar de sus beneficios, es innegable que cualquiera de estas figuras puede ser utilizada para los fines contrarios e ilícitos, ya sea para coludirse, hacer abuso de un mayor poder de mercado o eliminar presiones competitivas. Es por eso que la autoridad de competencia mira con mucha cautela su aprobación o fiscalización *ex post* (en el marco de una denuncia o estudios de mercado, por ejemplo).

Teniendo ello en cuenta, este artículo aborda los riesgos que estas estrategias de crecimiento imponen a la competencia analizando, a través de casos concretos, cómo algunas circunstancias (mercados concentrados, crisis económica, entre otros) pueden exacerbar o diluir la materialidad de tales riesgos. Ello permitirá dar mayor visibilidad a las empresas y a la autoridad de competencia sobre la necesidad y pertinencia de estos mecanismos en determinados contextos como la crisis económica desatada por el COVID-19, pero también sobre las medidas de cuidado que deberán ser adoptadas en ciertos casos para evitar la restricción de la competencia.

## III. RIESGOS DE COMPETENCIA EN LOS "ACUERDOS DE COLABORACIÓN" Y "FUSIONES Y ADQUISICIONES"

Al margen de sus diferencias, tanto los **acuerdos de colaboración** como las **fusiones y adquisiciones** viabilizan la concentración del mercado. Esta situación puede facilitar la coordinación entre competidores (los llamados "efectos coordinados" en el caso de operaciones de concentración[13] o



[13] Se entiende por "efectos coordinados" al riesgo de coordinación entre la entidad concentrada con sus competidores. Este riesgo se facilita por el incremento del poder de mercado resultante de la operación.

**Figura 2: Tipificación de riesgos de competencia**

| Riesgos | Acuerdos de colaboración | Fusiones y adquisiciones |
|---|---|---|
| **Efectos coordinados y pérdida de independencia** (Sección 3.1) | **Efecto coordinado**<br>i) Menores costos de coordinación, fiscalización y castigo por desviación de acuerdos.<br>ii) Homogeneidad de estructuras de producción. | |
| | **Pérdida de independencia (coordinación entre las partes del acuerdo)**<br>i) Acceso a información que facilita la coordinación de estrategias competitivas.<br>ii) Plataforma para objetos externos al acuerdo. | No aplica. |
| **Efectos unilaterales** (Sección 3.2) | **Abuso de posición de dominio**<br>i) Establecimiento de condiciones que restringen la competencia.<br>ii) Afectación a otros mercados por poder de negociación. | |

Fuente: Elaboración propia.

el riesgo de pérdida de independencia entre los agentes participantes en un acuerdo de colaboración) o incrementar el poder de mercado de los participantes de la operación (los llamados "efectos unilaterales" en operaciones de concentración) (véase Figura 2).

Es claro que identificar correcta y oportunamente el tipo de riesgo y su magnitud permite plantear mejoras en el diseño de la operación o, en todo caso, preparar medidas idóneas para su mitigación. A continuación, se describen estos riesgos y el enfoque que adoptan las autoridades de competencia en su análisis.

### A. Efectos coordinados y pérdida de independencia

La implementación de acuerdos de colaboración, fusiones o adquisiciones genera una reducción del número de participantes del mercado relevante. En mercados concentrados, esto puede facilitar el riesgo de coordinación entre competidores, ya sea de manera directa o tácita.

Esto supone que, a menor número de competidores en el mercado, menores son los costos de transacción para llegar a un acuerdo (o anticipar lo que harán otros jugadores), monitorearlo y castigar un eventual desvío respecto de lo acordado. Asimismo, el menor número de competidores generaría una distribución más simétrica de los activos productivos en el mercado como consecuencia de estructuras de producción más similares entre los competidores. A esto se suma una posible mayor transparencia y visibilidad de variables sensibles desde el punto de vista de competencia.

Estos riesgos anticompetitivos que podrían generarse de las estrategias de crecimiento inorgánico horizontales como los acuerdos de colaboración, fusiones o adquisiciones, son conocidos como efectos pro colusorios o efectos coordinados. Los potenciales daños a la competencia derivados de este tipo de acuerdos nacen del concepto de dominancia conjunta, en el cual los actores tienen incentivos a actuar como una sola firma dominante y, de este modo, ejercen un mayor poder de mercado que les permite alterar las condiciones de mercado a su favor y maximizar beneficios (Motta, 2004, pp. 233-238).

Los acuerdos de colaboración generan un riesgo adicional de coordinación entre las partes que lo celebran: la pérdida de independencia. Por un lado, los participantes ya no operan como agentes independientes en las materias regidas por el convenio colaborativo, lo que reduce, por lo menos a corto plazo, la variedad de opciones a la que pueden acceder los consumidores. De otro lado, la implementación del proyecto puede generar una plataforma de coordinación sobre aspectos ajenos al acuerdo. Esta coordinación puede ser directa o derivarse de la información que necesariamente debe intercambiarse para la ejecución del acuerdo. Finalmente, puede presentarse un riesgo si no se delimita correctamente el objeto y alcance del acuerdo, pues se puede terminar celebrando un acuerdo desnudo bajo la apariencia de un acuerdo de colaboración.

Un ejemplo que grafica muy bien estos riesgos son los acuerdos para compras conjuntas celebrados por los supermercados Système U/Auchan, ITM/Casino y Carrefour/Cora en septiembre, noviem-

bre y diciembre del año 2014 en Francia, respectivamente. Al analizar sus posibles efectos en la competencia, la autoridad de competencia francesa (Autorité de la Concurrence) identificó riesgos de coordinación a través de la información transmitida en el seno de los acuerdos que podrían afectar la independencia de los participantes. Al respecto, la autoridad de competencia indicó que las negociaciones anuales entre minoristas y proveedores se centran en el precio de compra de los productos, los descuentos y las tasas de cooperación comercial, pudiendo ser más específicas y detalladas en aspectos como el surtido de productos expuestos, el lanzamiento de nuevos productos o las actividades de promoción. Asimismo, la autoridad francesa señaló que la información intercambiada también facilitaba la coordinación sobre las condiciones que los supermercados ofrecen a los proveedores, así como la remuneración asociada a ellas (Autorité de la Concurrence, 2015).

De otro lado, la Autorité de la Concurrence identificó riesgos derivados del objeto del acuerdo (compra conjunta) en la medida que generaba simetría en la estructura de costos lo que, a su vez, facilitaba una coordinación entre los supermercados. La autoridad de competencia francesa señaló que los acuerdos podían generar homogeneidad de los precios de compra de los principales bienes de consumo, así como costos de logística, los que representan una parte importante de las compras de los minoristas. Agregó que este tipo de acuerdos podía reducir la movilidad entre las marcas, desincentivando la competencia por la afiliación de nuevas tiendas, riesgo que podría verse reforzado por el hecho de que, en el periodo previo a los acuerdos, el mercado de distribución minorista a través de supermercados había enfrentado una guerra de precios que redujo sus márgenes de ganancias.

A fin de mitigar los riesgos identificados, la Autorité de la Concurrence recomendó, entre otros aspectos, la reducción de barreras de entrada al mercado de distribución al por menor, a través de la flexibilización de la regulación para el establecimiento de las tiendas y la reducción de la duración de los contratos de afiliación, y la implementación de una notificación previa de este tipo de acuerdos, la que se aprobó mediante Ley 2015-990.

Bajo el régimen de notificación previa, en el año 2018, la Autorité de la Concurrence analizó tres nuevos acuerdos de compra conjunta, celebrados entre (i) Auchan, Casino, Métro y Schiever; (ii) Carrefour y Système U; y, (iii) Carrefour y Tesco; los cuales resultaban más amplios que aquellos evaluados en el 2015 alcanzando mercados y productos internacionales. En este nuevo procedimiento, la autoridad de competencia cuestionó la compra conjunta de productos de "marca blanca" (maquila), señalando que al permitir que los distribuidores comercialicen productos de marcas propias con características idénticas se limita la variedad de surtido que se ofrece a los clientes, lo que afecta la competencia en el mercado de distribución. En diciembre 2020, la Autorité de la Concurrence aprobó estos acuerdos y los compromisos propuestos por algunos de los actores, tales como la exclusión y limitación de ciertos productos del acuerdo (Autorité de la Concurrence, 2020).

Un caso similar desarrollado en España, pero que tuvo un resultado diferente, es el de la investigación seguida por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC) contra las cadenas de distribución Dia y Eroski por la suscripción de un acuerdo de compra conjunta. Si bien la autoridad de competencia española analizó una serie de factores a fin de identificar si la operación confirió un importante poder de mercado a las partes[14], vale notar que la autoridad también evaluó el riesgo de coordinación a través del intercambio de información, descartándolo en la medida que las partes canalizaron el intercambio de información a través de un consultor externo y accedieron a data agregada (Resolución S/DC/0570/15 DIA/EROSKI, 2016).

En otros casos la autoridad de competencia ha considerado que el acuerdo de colaboración en realidad encubre un acuerdo desnudo. Así, por ejemplo, en el caso seguido por la Competition and Markets Authority, autoridad de competencia inglesa (en adelante, CMA), contra las empresas de servicio de lavandería Micronclean Limited y Berendsen Cleanroom Services Limited, la CMA señaló que los investigados celebraron un *joint venture* para repartirse el mercado mientras cada uno proporcionaba servicios bajo la marca "Micronclean" en el periodo comprendido entre mayo de 2012 y febrero de 2016 (Competition and Markets Authority, 2018).

La autoridad de competencia explicó que las Partes del *joint venture* acordaron explícitamente asignar territorios y clientes entre ellos mismos, con

[14] Al respecto, la CNMC sostuvo que, aunque las partes ostentaban más del 15% de participación en el mercado, dicha cuota no generaba, por sí misma, una restricción a la competencia dado que no se trataba de un mercado concentrado. De este modo, descartó que las cláusulas de Nación Más Favorecida (NMF) generasen un riesgo en la competencia y además señaló que no se había acreditado la reducción de innovación y variedad de productos en el mercado de distribución. En tal sentido desestimó la denuncia interpuesta por la Federación de Industrias de Alimentación y Bebidas – FIAB y la Asociación Española de Productos de Marca – Promarca.

excepción del sector de alimentos, en los siguientes términos: (i) Fenlandia (Micronclean Limited) serviría clientes al norte de una línea que va de Londres a Anglesey; (ii) Berendsen Newbury atendería a los clientes al sur de esa línea; y, (iii) ciertos clientes existentes de una parte seguirían, en principio, siéndolo aun cuando se encuentren en el territorio de la otra parte. Agregó que, en el último periodo del acuerdo, cada una de las partes podría responder a las solicitudes de venta "pasivas" no solicitadas de clientes situados en el territorio de la otra parte; no obstante, ello no aplicaría para la "comercialización activa", ofrecimiento por parte de las empresas.

De este modo, la CMA señaló que, aunque el *joint venture* pudo haber tenido un mayor alcance, lo cierto es que parte de su objeto constituía una práctica prohibida por las normas de competencia inglesas. Precisó además que este acuerdo de repartición de mercados no era objetivamente necesario para la operación del acuerdo de colaboración. En tal sentido, en diciembre de 2017 impuso una multa a ambas empresas.

En la misma línea, en el caso seguido en el Perú por Indecopi contra diversas Líneas Navieras (2018), esta descartó que los acuerdos horizontales investigados (reparto de cuentas e incremento de tarifas) constituyan acuerdos accesorios a la prestación conjunta del servicio de transporte marítimo internacional de carga rodante. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia indicó que dichas conductas se desarrollaron de manera independiente a los servicios de transporte, teniendo como origen la adhesión a un esquema de coordinación con el único fin de restringir la competencia. Este pronunciamiento fue confirmado por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia.

Finalmente, las autoridades de competencia también evalúan la probabilidad de que las fusiones o adquisiciones generen un escenario que sea propenso a acuerdos colusorios. Un caso ilustrativo de este tipo de situaciones se puede observar en la decisión de la Comisión Europea ante la solicitud de adquisición de Perrier por parte de Nestlé. En este caso, todos los factores de la transacción indicaban que, tras la fusión, las empresas iban a tener altos incentivos para coludir en el mercado en tanto se tenía (i) una industria altamente concentrada; (ii) simetría entre competidores; (iii) transacciones frecuentes; (iv) poco rezago en la divulgación de información; (v) alta transparencia en el mercado; y, (vi) altas barreras a la entrada. Como resultado, la Comisión concluyó que la fusión traería como resultado una posición dominante conjunta entre Nestlé y el otro competidor consolidado del mercado: BSN. De esta forma, la transacción fue condicionada a que Nestlé desinvierta ciertos activos productivos para generar un ambiente más competitivo en el mercado (Fabra & Motta, 2013, pp. 59-61).

Por su parte, en Latinoamérica, la fusión entre LAN y TAM también trajo consigo consideraciones importantes acerca del riesgo de coordinación con otras aerolíneas. En su fallo, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile (en adelante, TDLC) concluyó que a pesar de los aspectos positivos de dicha coordinación para mejorar la eficiencia del transporte aéreo en general (por ejemplo, en términos de horarios y frecuencias de vuelos y conexiones), las condiciones estructurales del mercado tenían como efecto que, en balance, el riesgo de coordinación anticompetitiva con otras empresas aéreas del mercado era "real y concreto" (Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, 2011). Para mitigar dichos riesgos, el TDLC impuso medidas concretas, como la renuncia de LATAM a pertenecer a dos alianzas globales simultáneamente.

Si bien las fusiones en mercados concentrados pueden generar incentivos para que los competidores actúen como una sola firma, los casos comentados reflejan que este riesgo es más tangible en el desarrollo de acuerdos de colaboración. En estos casos, las partes del acuerdo (que son agentes independientes) tienen acceso a información comercial sensible de sus socios y competidores, tales como el volumen detallado de compras, lo que podría facilitar la coordinación de estrategias competitivas. A ello debe sumarse la homogeneidad en el producto (por ejemplo, en el caso de acuerdos para producir o compras conjuntas para mercados de distribución minorista) que puede reducir el espacio de diferenciación en el mercado que operan.

Sin embargo, estos potenciales riesgos no son suficientes por sí mismos para rechazar o sancionar una fusión o acuerdo de cooperación de este tipo, pues, como se señaló, las eficiencias generadas por el actuar conjunto pueden mejorar considerablemente el bienestar de los consumidores. En efecto, por un lado, la reducción de costos (eficiencia productiva) puede ser trasladada a los consumidores en menores precios y una mayor variedad de productos. Por otro, la homogeneidad de productos –en el caso de compra de insumos, por ejemplo– no limita la posibilidad de que las partes del acuerdo puedan generar diferencias en los precios a través del ofrecimiento de descuentos o promociones con otro tipo de productos ajenos al acuerdo de colaboración. Asimismo, esta homogeneidad puede incentivar la competencia en otros aspectos, como en el servicio de atención al consumidor o delivery en el caso de compras conjuntas en mer-

cados de distribución minorista, los que podrían no haber sido atendidos en otras circunstancias y que crean valor en la oferta.

En todo caso, de subsistir dudas sobre la materialización de estos riesgos, resulta útil aplicar medidas complementarias para garantizar la independencia de las partes como, por ejemplo, sucedió en el caso Dia y Eroski. Asimismo, es recomendable adoptar acciones para promover la eliminación de las barreras de acceso al mercado como lo hizo la Autorité de la Concurrence a través de su recomendación de flexibilización de regulación que, finalmente, fue recogida en la Ley 2015-990.

**B. Efectos unilaterales**

Las estrategias de crecimiento inorgánico horizontal también tienen el potencial de generar riesgos similares a los daños generados por las prácticas de abuso de posición de dominio. Por un lado, una fusión podría otorgar un mayor poder de mercado a las partes, elevando la probabilidad de que estas incurran en conductas anticompetitivas. Por su parte, el mismo tipo de riesgo es aplicable a los acuerdos de colaboración –al margen de si se viabiliza a través de la creación de un ente independiente (*joint venture*, por ejemplo)–, ya que en los aspectos objeto del acuerdo las partes actúan conjuntamente como una unidad.

Este tipo de riesgos podría darse, por ejemplo, en un acuerdo I+D en el que las partes establecen restricciones injustificadas para la comercialización del producto a desarrollarse, sin perjuicio de los derechos de patentes que correspondan. Así, por ejemplo, en un I+D para el desarrollo de una vacuna contra el COVID-19, los laboratorios podrían establecer que la compra de dicha vacuna se encuentra condicionada a la adquisición de otros medicamentos que tienen por efecto disminuir los síntomas de la enfermedad (dificultad para respirar, fiebre, entre otros), respecto de los cuales existe competencia intensa en el mercado.

De otro lado, este riesgo también podría presentarse, por ejemplo, en los acuerdos de compra conjunta en los que el poder de negociación adquirido permite restringir la competencia en el mercado del acuerdo y otros relacionados. El caso de los acuerdos para compras conjuntas celebrados por los supermercados Système U/Auchan, ITM/Casino y Carrefour/Cora en Francia grafica estos riesgos. Al respecto, la Autorité de la Concurrence identificó que, por un lado, estos acuerdos aumentaron considerablemente el nivel de concentración, dando un importante poder adquisitivo a los operadores interesados que ya tenían un peso importante en el mercado de distribución de productos al por menor; y, por otro, el poder de negociación de los supermercados presionaba los márgenes de los proveedores lo que, a su vez, generaba riesgos como la limitación de la oferta, reducción de la calidad o reducción en el incentivo para que algunos proveedores innoven o inviertan. En el caso español Día y Eroski, anteriormente comentado, no se llegó a conclusiones similares precisamente porque no se trataba de un mercado concentrado y además las cuotas de las empresas involucradas no eran significativas (Resolución S/DC/0570/15 DIA/EROSKI, 2016).

Por otro lado, el caso Pratt & Whitney y General Electric Aircraft Engines es otro ejemplo del análisis de riesgos que realizan las autoridades de competencia en operaciones ejecutadas en mercados concentrados. En este caso, la autoridad analizó las potenciales restricciones a la competencia derivadas de un acuerdo de producción (*joint venture* para desarrollar y vender un nuevo motor para la próxima aeronave grande de Airbus "A3XX") entre dos de los tres participantes de dicho mercado. Al respecto, la autoridad de competencia aprobó la operación estableciendo condiciones dirigidas a limitar los alcances de la cooperación, dada la concentración del mercado.

Así, la autoridad de competencia señaló que, si bien el proyecto conllevaba un ahorro de costos, las partes contaban con capacidad tecnológica y económica para desarrollar varios aspectos de manera independiente, por lo que el proyecto debía restringirse solo a los aspectos específicos en los que el desarrollo conjunto generaba una ventaja tecnológica para alcanzar objetivos de rendimiento estrictos. De otro lado, para la aprobación tomó en consideración el hecho de que el tercer competidor podía hacer frente al producto (con su motor "Trent"), por lo que podía subsistir la dinámica competitiva en el mercado de fabricación de motores (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, 2000, pp. 135-136).

No obstante, en aquellos casos en los que no ha sido posible reducir el espectro del acuerdo –es decir, donde la restricción a la competencia era necesaria y la vía menos gravosa para alcanzar fines superiores–, las autoridades de competencia han visto por conveniente la imposición de remedios que permitan neutralizar los eventuales riesgos del abuso de una posición de dominio. Así, por ejemplo, en el caso Solvay e INEOS, la Comisión Europea autorizó el *joint venture* propuesto sujeto a la enajenación de algunas de las plantas de cloruro de polivinilo en suspensión ("S-PVC") y activos conexos de las empresas. Al respecto, la autoridad de competencia explicó que las cuotas de participación de las solicitantes en Europa noroccidental (con el

"S-PVC") y Benelux (con el hipoclorito de sodio) generaban riesgos de incremento de precios en tales mercados. No obstante, no impuso condiciones relacionadas a los mercados en los que no contaban con una posición similar (cloro, soda cáustica, entre otros) (Comisión Europea, 2015).

Asimismo, el mercado de transporte aéreo de pasajeros ofrece ejemplos interesantes de compromisos y remedios impuestos para evitar la exclusión de competidores. Así, como reseña la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OECD), en la aprobación del *joint venture* entre KLM y Alitalia para operar las rutas Ámsterdam-Milán o Ámsterdam-Roma, la autoridad de competencia dispuso, entre otros, los siguientes compromisos: (i) colocar *slots* a disposición de los competidores existentes y de los nuevos participantes; (ii) reducir las frecuencias de las partes en las rutas cuando una aerolínea del nuevo participante inicie sus operaciones; (iii) arribar acuerdos de interlínea con el nuevo participante y permitirle acceder al Programa de Viajero Frecuente de las partes; y, (iv) abstenerse de vincular a las agencias de viajes y clientes corporativos de Italia y los Países Bajos, respectivamente, con programas de fidelización u otros planes de reembolso similares (2000, p. 136).

En la misma línea, varios años después, la Comisión Europea aceptó los compromisos ofrecidos por la alianza SkyTeam conformada por Air France/KLM, Alitalia y Delta respecto de tres rutas trasatlánticas (Ámsterdam-Nueva York y Roma-Nueva York, y para los pasajeros de primera clase de la ruta París-Nueva York). Así, para garantizar la entrada de competidores se dispuso, entre otros aspectos, lo siguiente: (i) se ponga a disposición *slots* de aterrizaje y despegue en los aeropuertos de Ámsterdam, Roma o Nueva York en las rutas Ámsterdam-Nueva York y Roma-Nueva York; (ii) se celebren acuerdos que permitan a los competidores el acceso al tráfico de conexión y combinaciones de tarifas en las tres rutas; (iii) se permita a los pasajeros de los competidores la acumulación de puntos de fidelidad con las partes; y, (iv) se entregue información a fin de evaluar impactos a largo plazo (Comisión Europea, 2015).

Sin embargo, recientes pronunciamientos en la región no han seguido la misma tendencia de la Comisión Europea. Así, por ejemplo, la Corte Suprema Chilena rechazó el *Joint Business Agreement* (JBA) celebrado por LATAM y American Airlines para los vuelos entre América del Sur y Estados Unidos de América y Canadá, y LATAM e IAG (Iberia Líneas Aéreas de España y British Airways) para los vuelos entre América del Sur y Europa. Al respecto, la Fiscalía Nacional Económica (en adelante, FNE) presentó un recurso de reclamación en el que puso sobre relieve, entre otros aspectos, los riesgos de alza de precios y exclusión de competidores del mercado vía la eliminación de la competencia en las rutas Santiago-Madrid y Santiago-Miami (respecto de las cuales los solicitantes eran los únicos competidores que operaban tales tramos mediante vuelos sin escala) y la reducción de competencia en otras rutas con alta concentración. Como consecuencia de esta causa no contenciosa, se revocó la autorización con condiciones previamente otorgada por el TDLC (Fiscalía Nacional Económica, 2018).

Ahora bien, al evaluar los potenciales efectos unilaterales, merece una mención especial las operaciones de adquisición catalogadas como *killer acquisitions*. Las *killer acquisitions* son muchas veces perseguidas por empresas líderes en sectores intensivos en innovación, tales como el sector tecnológico o farmacéutico, que tienen incentivos para adquirir pequeños emprendimientos tecnológicos conocidos como *startups*[15]. Si bien en estos casos la posición de dominio podría constituir una condición preexistente a la operación, más que una consecuencia de ella, lo cierto es que la transacción tiene la capacidad de reforzar esta situación de mercado. En efecto, en estos casos la compra realizada por la empresa incumbente tiene por objetivo eliminar la competencia potencial antes de que esta siquiera aparezca; así, la operación puede permitir acentuar el riesgo de abuso de posición de dominio.

La adquisición de Double Click, una nueva empresa que se desarrollaba como intermediaria en el mercado de publicidad online por parte de Google (la plataforma líder en el mercado de publicidad online en motores de búsqueda) ejemplifica este escenario. En el 2007, la Federal Trade Commission (en adelante, FTC) aprobó la compra de Double Click por parte de Google, una transacción que, a simple vista, no presentaba ninguna amenaza poten-

[15] Un ejemplo de esto se puede observar en la adquisición de los derechos de desarrollo de Synachten por parte de Questcor en el 2013. Questcor tenía el monopolio de los fármacos con hormonas adrenocorticotrópicas con los que producía el medicamento Achtar, enfocado en tratar espasmos infantiles. No obstante, un tratamiento sintético para los mismos problemas se empezó a desarrollar bajo el nombre de Synachten. Debido a la amenaza que esto presentaba para el monopolio de Questcor, esta firma decidió comprar los derechos de desarrollo de Synachten y descontinuar la investigación. En otras palabras, Questcor adquirió y eliminó la competencia antes de que esta siquiera existiera (Cunningham, Ederer & Ma, 2020).

cial para el entorno competitivo en el cual ambas se desarrollaban, en parte debido a la complejidad que implicaba predecir los cambios en el futuro del mercado tecnológico. No obstante, un análisis retrospectivo ha generado debate en las autoridades de competencia de diferentes jurisdicciones sobre la verdadera finalidad de la adquisición y sobre si esta debió haber sido aprobada o no. En los últimos años, se ha planteado que esta transacción no solo tuvo como resultado la expansión de Google en el mercado en el que Double Click competía; sino que, paralelamente, resultó también en la eliminación de potenciales competidores en el mercado que Google lidera y lideraba en ese momento (Grime & Poddar, 2020, p. 3).

Así pues, la evaluación de las *killer acquisitions* es particularmente compleja. Por un lado, las autoridades de competencia deben tener especial cuidado en relación con el horizonte de tiempo sobre el que evalúa el impacto potencial de la transacción: la presión competitiva que se genera en el escenario contrafactual, sin fusión, podría no darse hasta varios años después del inicio de la evaluación. De otro lado, existe mucha incertidumbre sobre el desarrollo del producto, si llegará a ser popular, o alcanzará efectos de red o economías de escala, por ejemplo, teniendo en cuenta la resiliencia del producto adquirido a la estrategia del adquirente para eliminarlo del mercado (OECD, 2020, pp. 16-23). Todo esto pone mayor presión en las autoridades de competencia por definir la magnitud de la intensidad competitiva que servirá de base para el escenario contrafactual, y se dificulta aún más si se considera que la información sobre la cual se construye el análisis podría basarse en planes de expansión extremadamente optimistas o pesimistas.

Ahora bien, la sola existencia de un riesgo potencial de consolidación de poder de mercado y un eventual abuso de posición de dominio no debería justificar el bloqueo de operaciones de concentración horizontal, en tanto las autoridades de competencia cuentan con diversas herramientas para neutralizar tales efectos. Así, en el caso de las operaciones sometidas a aprobación previa por la autoridad, siempre es posible imponer remedios que garanticen la posibilidad de ingreso de competidores al mercado, como sucedió, por ejemplo, en los casos de alianzas entre aerolíneas. Lógicamente, estas medidas deben ajustarse a lo estrictamente necesario y deben ser susceptibles de ser eliminadas o modificadas ante un cambio de circunstancias. De otro lado, la aprobación de la operación no impide el ejercicio de facultades de fiscalización *ex post* a través de las cuales pueda sancionarse eventuales abusos de posición de dominio.

Lo expuesto hasta aquí permite concluir que las operaciones de concentración horizontal, ya sean acuerdos de colaboración, fusiones o adquisiciones, traen consigo potenciales riesgos de coordinación y de incremento del poder de mercado (que podría generar eventualmente un abuso de posición de dominio), sobre todo si el mercado en cuestión tiene altos índices de concentración y barreras de entrada. Por tanto, la viabilidad de la operación (que sea aprobada o que no se impongan sanciones vía fiscalización *ex post*) dependerá de la capacidad de las partes para diseñarla de modo tal que se reduzcan los espacios de riesgos y se maximicen las eficiencias generadas por la transacción.

Para mitigar estos riesgos, por ejemplo, en el caso de los acuerdos de colaboración, resulta indispensable reducir el objeto del acuerdo a lo estrictamente necesario dejando fuera aquellos aspectos que podrían ser alcanzados fácilmente (sin incurrir en costos adicionales materiales) por las partes de manera independiente. En los aspectos que se mantengan como parte del proyecto conjunto, será importante aplicar medidas que permitan garantizar la independencia, tales como protocolos de intercambio de información, creación de *clean teams*, entre otros. Por su parte, en el caso de las fusiones o adquisiciones, resulta primordial analizar otras opciones de crecimiento a fin de poder identificar si la transacción es el mecanismo menos gravoso (para el mercado) que permite alcanzar los objetivos perseguidos.

En ese sentido, de ser necesaria la operación, se deberá evaluar la pertinencia de diseñar compromisos dirigidos a contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos de la operación. El grado de intromisión de estos ofrecimientos (remedios conductuales o estructurales) dependerá de la naturaleza de la operación, así como de la estructura del mercado involucrado, por ejemplo, si existen barreras para la entrada como un número limitado de licencias.

De otro lado, al analizar las eficiencias de la transacción, resultará importante ir más allá del mero ahorro de costos (eficiencia productiva) buscando materializar tales ganancias en beneficio de los consumidores, por ejemplo, a través de la reducción concreta de precios, mejoras en calidad o ampliación de la cobertura de los productos o servicios. Al respecto, deberá tomarse en cuenta que, para el caso de las operaciones sometidas a control previo, la LCC hace hincapié en que las eficiencias deban estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia y ser susceptibles de ser transferidas a los consumidores (Ley 31112, 2021, art. 7.5).

## IV. "ACUERDOS DE COLABORACIÓN" Y "FUSIONES Y ADQUISICIONES" EN TIEMPOS DE CRISIS

En el contexto de la crisis producida por el COVID-19, la disrupción en los mercados ha sido tal que se han afectado las cadenas de suministro, la dinámica operativa de los negocios, el balance de recursos (mano de obra versus capital), y la atención al consumidor final, entre muchos otros efectos que pueden haber estimulado una mayor necesidad de colaboración entre empresas parte de un mismo mercado.

En el mismo sentido, se anticipa que los efectos de la crisis sean tan severos que coloquen a muchas empresas en una situación de insolvencia y que las haga recurrir a operaciones de fusión o adquisición como medida de reestructuración. En las siguientes secciones se abordan las posturas y decisiones que vienen tomando las autoridades de competencia a nivel mundial para los acuerdos de colaboración y fusiones y adquisiciones en un contexto de crisis como el que se vive producto del COVID-19.

### A. Acuerdos de colaboración en tiempos de crisis

Las reglas de competencia se mantienen vigentes y son igual de necesarias en tiempos de salud y en tiempos de pandemia. Una crisis económica no legitima a los competidores a constituir los **cárteles de crisis**. Sin embargo, ello no impide que en este contexto surjan necesidades de colaboración entre competidores que no afecten la competencia, ni que las autoridades analicen las eficiencias de estos acuerdos en un sentido más amplio, priorizando la atención de la demanda (en menores plazos y costos) en sectores sensibles por encima de un potencial riesgo de coordinación anticompetitiva.

Así, por ejemplo, la Comisión Europea –en conjunto con las autoridades de competencia de los países que la conforman– ha señalado que no intervendrá activamente contra las medidas temporales y necesarias establecidas para evitar la escasez de la oferta en el marco del COVID-19. Agregó que este tipo de acuerdos difícilmente generarán una restricción a la competencia, pero que, de ser el caso, las eficiencias muy probablemente superarían el daño (European Competition Network, 2020, p. 1).

Por su parte, la CMA emitió lineamientos en los que reconoce la necesidad de acuerdos de colaboración para enfrentar el desabastecimiento de productos. Indicó que no iniciará acciones siempre que tales acuerdos cumplan con diversos requisitos: (i) sean apropiados y necesarios para evitar la escasez o garantizar la seguridad del suministro; (ii) sean de interés público; (iii) contribuyan al beneficio o bienestar de los consumidores; (iv) se ocupen de cuestiones críticas que surgen como resultado de la pandemia de COVID-19; y, (v) no duren más de lo necesario para hacer frente a esas cuestiones críticas (Competition and Markets Authority, 2020, p. 6).

En paralelo, a nivel regulatorio, el Secretario de Estado del Reino Unido emitió el Decreto 2020 número 369, por el que exceptuó de las normas de competencia ciertos acuerdos entre las cadenas de supermercados y proveedores de servicios logísticos que buscan enfrentar los efectos del COVID-19 en el suministro de alimentos. De tal forma, de acuerdo con los artículos 3 y 4 de dicho Decreto, algunas de las actividades permitidas son la coordinación para (i) limitar las compras de determinados productos por parte de los consumidores; (ii) determinar la variedad de productos disponibles; (iii) el cierre temporal o los horarios de apertura de las tiendas; (iv) mantener el suministro a los consumidores que viven en zonas vulnerables; y, (v) prestar asistencia a los consumidores y trabajadores vulnerables durante el período de crisis (Decreto 369, 2020).

Asimismo, la citada norma permite la compartición de mano de obra o instalaciones, así como el intercambio de información sobre (i) la situación diaria de las existencias; (ii) la escasez de productos alimenticios; y, (iii) la capacidad de los vehículos de reparto, su tamaño, tipo o destino durante el período de interrupción del suministro de alimentos. Reglas similares se han establecido para otros mercados tales como el de productos lácteos y servicios de salud. En todos estos casos, las empresas deben remitir una notificación al Secretario de Estado para calificar dentro de estas exclusiones (Department for Business, Energy and Industrial Strategy, UK Government, 2020).

De otro lado, la autoridad de competencia australiana ha otorgado una autorización condicional temporal a Medicines Australia, Generic and Biosimilar Medicines Association y a sus miembros para trabajar conjuntamente en el suministro de medicamentos durante la pandemia de COVID-19. El comunicado indica que este acuerdo puede involucrar (i) la coordinación y priorización de pedidos de medicamentos; (ii) la colaboración en licitaciones; y, (iii) el intercambio de información sobre las existencias de medicamentos y los canales de suministro y las oportunidades de incrementar la fabricación de medicamentos en Australia (Australian Competiton and Consumer Commission, 2020).

En la misma línea, la autoridad italiana ha manifestado que coordinaciones en relación con la producción, gestión de las existencias y distribución de los medicamentos podrían ser contrarias a las normas de competencia en condiciones regulares; sin embargo, durante la crisis del COVID-19, este tipo de medidas podrían evitar que la producción de ciertas medicinas se mantenga por debajo del nivel óptimo (OECD, 2020).

En el plano latinoamericano, la autoridad de competencia brasilera ha emitido lineamientos para la colaboración entre competidores para enfrentar la crisis del COVID-19. En la nota informativa, el Conselho Administrativo de Defensa Económica (en adelante, CADE) precisa que el objeto y duración de este tipo de acuerdos deben ser específicos y estar directamente relacionados con la pandemia o sus efectos (Conselho Administrativo de Defensa Económica, 2020). Asimismo, la autoridad prevé la posibilidad de emitirse aprobaciones provisionales sujetas a revisión posterior por su parte.

Por su lado, la FNE en Chile ha emitido un comunicado en el que recuerda que la licitud de los acuerdos de colaboración se evalúa, entre otros factores, en función a las eficiencias que generan, agregando que en el contexto de pandemia este tipo de colaboración podría permitir el abastecimiento de productos o la prestación de servicios a nivel nacional (Fiscalía Nacional Económica, 2020). En igual línea se ha pronunciado la autoridad de competencia peruana (Indecopi, 2020).

Todas estas declaraciones reflejan una visión más comprehensiva y protagónica para las eficiencias que pueden generarse de los acuerdos colaborativos. Dado el contexto de crisis, las autoridades de competencia no solo toman en consideración las sinergias generadas para las empresas, sino también factores exógenos, tales como el mejor funcionamiento de los mercados.

### B. Fusiones en tiempos de crisis

Existen contextos, como los de la crisis económica actual, que pueden afectar la sostenibilidad operativa de las empresas, al punto que podrían tener que recurrir a procesos de fusión como opción de reestructuración. Así, es probable que la autoridad apruebe operaciones de fusión o adquisición que, en circunstancias habituales, podrían generar riesgos para la competencia, pero cabe cuestionarse lo siguiente: ¿por qué se aprobaría una operación que resulte en un mercado menos competitivo?

La experiencia internacional señala que esta decisión de la autoridad responde en gran parte a lo que sucedería si la fusión no ocurre: en el escenario contrafactual, en el que no se produce la operación, la salida del mercado de la firma y sus activos generan un daño más grave a la competencia que el que se origina de la operación en sí misma. Este análisis va de la mano con lo que se conoce como la defensa de la empresa fallida, o, en inglés, *failing firm defense* (en adelante, FFD). Esta materia no solo es muy discutida cada vez que enfrentamos una crisis económica (como la producida en el año 2008, por ejemplo); sino que, en el Perú, fue abordada precisamente en el contexto del COVID-19, con la inclusión de "la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas" como factor de evaluación de la operación (Decreto Legislativo 1510, art. 7). Si bien este factor no fue incorporado expresamente en la Ley 31112, su análisis aún podría tomar lugar en el marco de otros elementos previstos en la norma[16], por lo que resulta pertinente abordar los alcances de esta figura, sobre todo, mientras la crisis se prolongue.

En la práctica, la defensa de la firma fallida es claramente una defensa de excepción, que requiere de una muy alta carga probatoria. Tal es la carga que, desde 1989 a la fecha, de las 9,800 fusiones que han sido aprobadas por la Comisión Europea solo cuatro han considerado esta defensa (Ward, Valdés Schliephake & Rivas Santiago, 2020)[17].

En Latinoamérica, la FFD no suele ser contemplada explícitamente en la normativa (salvo en el caso de Argentina), aunque existen casos en cuales esta defensa jugó un papel importante en la decisión de la autoridad de competencia, como se detalla en esta sección (Bawlitza & Benejam, 2020).

En el entorno actual, hay mucho debate acerca de la necesidad de flexibilizar las exigencias probatorias para las FFD y sus variantes. Por un lado, existen quienes argumentan que una mayor flexibilidad minimizaría las consecuencias negativas de la salida de activos productivos del mercado. Por otro lado, existen quienes consideran que estos aparentes beneficios de corto plazo pueden eventualmente terminar perjudicando la economía en el mediano y largo plazo, ya que el cambio en la estructura del mercado que se genera a partir de la

[16] Sobre el particular, el artículo 7 de la Ley 31112 contempla, entre otros factores de evaluación, a la estructura del mercado involucrado, y el poder económico y financiero de las empresas involucradas (2021).

[17] Los cuatro casos que han sido aceptados a la fecha son: Caso IV/M.308 – Kali + Salz/MDK/Treuhand, Caso COMP/M.6360 – Nynas/Shell/Harburg Refinery; Caso COMP/M.2314 – BASF/Eurodiol/Pantochim; Caso COMP/M.6796 – Aegean/Olympic II.

fusión sería permanente, y que además flexibilizar estas medidas podría desvirtuar el espíritu excepcional del mecanismo.

Durante la crisis financiera del 2008, por ejemplo, la Comisión Europea sostuvo que relajar los requisitos para la argumentación de una empresa fallida no era prudente, ya que se podría generar una alta probabilidad de errores tipo II o falsos negativos (OECD, 2009). La FTC, por su parte, ha resaltado que la presente crisis no debería de afectar las decisiones de libre competencia que se estén tomando debido a los posibles efectos negativos que estas posiciones podrían tener sobre el desarrollo del mercado y su posible recuperación futura.

En contraposición, la CMA del Reino Unido pareciera haber tomado una postura que aboga por cierta flexibilidad. Así, en abril de 2020, la autoridad aprobó provisionalmente la adquisición de Deliveroo por parte de Amazon. El caso ha suscitado amplio debate por la supuesta flexibilización en el uso de los criterios que esta aprobación implicaría, puesto que la operación fue aceptada bajo el sustento de quiebra inminente por parte del vendedor, Deliveroo, como consecuencia del cierre de restaurantes por la crisis del COVID-19. A julio 2020, la CMA fue la primera y única autoridad de competencia en el contexto de la crisis actual en aceptar una defensa del tipo FFD.

En efecto, las crisis económicas, como la actual, pueden convertirse en catalizadores de decisiones para las autoridades de libre competencia. Por ello, existen casos en los que, si bien la crisis no era el factor determinante para aceptar una defensa del tipo FFD, ésta agravó la situación financiera de una empresa a tal punto que facilitó que la autoridad competente tome una decisión más contundente en favor del uso de este mecanismo.

Este es el caso de la compra de CGL por parte de COPEC en Chile. Previo al inicio de la crisis sanitaria actual, las partes ya habían acreditado el cumplimiento de los tres criterios necesarios: (i) CGL mostraba resultados negativos desde el 2018 que la hacían financieramente insolvente; (ii) la firma había buscado otros compradores sin encontrar alguno que pueda conducir al mercado a una mejor situación de competencia que la propuesta; y, (iii) se había argumentado que si la fusión no se concretaba, los consumidores cercanos al puesto de actividades de esta empresa sufrirían un desabastecimiento eventual de gasolina. Así, la FNE admitió la defensa de la firma fallida en dicho caso, pero señaló que, si bien la crisis social chilena del 2019 y la crisis sanitaria fueron factores agravantes, la decisión se centró principalmente en el análisis de las finanzas de la empresa (Adquisición de GGL Limitada por parte de COPEC S.A., 2020).

Así, la FFD es una defensa que requiere de una muy alta carga probatoria, lo que hace que sus probabilidades de ser acogida sean bajas. Para estos efectos, se deben cumplir tres exigentes requisitos: (i) la empresa debe enfrentar restricciones materiales para cumplir con obligaciones financieras de corto y largo plazo; (ii) no deben existir otras opciones para preservar los activos en el mercado que perjudiquen en menor medida la competencia; y, (iii) la salida de la empresa del mercado debe conllevar la respectiva salida de sus activos tangibles e intangibles de la industria. A continuación, se analizan los retos que impone la acreditación de cada requisito para la aprobación de una FFD por parte de la autoridad de competencia.

1. ¿La empresa enfrenta restricciones materiales para cumplir con sus obligaciones financieras de corto y largo plazo?

Para la aprobación de una operación bajo la defensa FFD, se evalúa en primer lugar la capacidad financiera que una empresa tiene para seguir operando en un futuro próximo. Para consolidarse este requisito la quiebra inminente de la empresa debe de ser un hecho y no solo una posibilidad. Además, las partes deben probar que todas las vías alternativas de financiamiento han sido agotadas y deben acreditar los intentos para acceder a dichos mecanismos[18].

Existen casos, como el de la adquisición de Freedom Innovations (en adelante, Freedom) por parte de Otto Bock HealthCare NorthAmerica (en adelante, Otto Bock), en los que el cumplimiento del criterio de restricción financiera parecía evidente. Sin embargo, el análisis de la autoridad de competencia concluyó en una disolución de la operación (Federal Trade Commission, 2019). Freedom (productor y comercializador de rodillas prostéticas) venía atravesando pérdidas operativas sostenidas en el tiempo. Asimismo, sus esfuerzos para remediar estas dificultades –incluyendo un cambio gerencial, el refinanciamiento de sus obligaciones en el corto plazo, y el levantamiento de capital de parte de sus accionistas e incluso inversionistas alternativos– no lograron reestablecer una estabili-

[18] En primer lugar, se analizan las ratios financieras de liquidez, solvencia y rentabilidad; luego, la empresa deberá de mostrar pruebas fehacientes de un intento de reestructuración financiera y; por último, se deberá de probar que hubo intentos de buena fe para la reorganización operativa de la empresa sin llegar a ningún acuerdo.

dad financiera, con lo cual los dueños de Freedom tomaron la decisión de vender la empresa a Otto Bock, su principal competidor.

Luego de concretarse la operación, la FTC inició una investigación debido a los potenciales efectos negativos que esta tendría sobre el mercado[19]. Como respuesta, Freedom y Otto Bock invocaron la defensa de empresa fallida. Si bien las complicaciones financieras de Freedom parecían obvias, la FTC declaró que una empresa no puede sustentar un FFD solo por no tener suficiente flujo de caja para cumplir con sus obligaciones de corto plazo. En la resolución final del caso, la FTC señaló que, para poder cumplir con los criterios establecidos, una empresa debe tener "los recursos financieros tan desabastecidos y el prospecto de rehabilitación tan remoto que se enfrenta con una grave probabilidad de fallar como negocio" (*International Shoe Co. c. FTC*, 1930). En ese sentido, la FTC no valoró los argumentos presentados por la empresa sobre la inviabilidad de reestructurar sus deudas y la eventual salida de sus activos del mercado, y en noviembre 2019 ordenó la venta de Freedom por parte de Otto Bock.

Este aspecto también se ve reflejado en el único caso brasilero en el cual la defensa FFD llevó a una aprobación por el CADE. En el 2007 (en el marco de la anterior ley) el CADE aprobó una fusión entre Mineração Areiense S/A y Votorantim Metais Zinco S.A. basado en evidencia que demostraba que, en caso la fusión no proceda, Mineração Areiense no lograría recuperarse de sus dificultades financieras (Canabrava, Spadano, Augustin & Perassa, 2020). Si bien a 13 años desde este caso la defensa FFD no ha jugado un rol central en la evaluaciones de fusiones por el CADE, una reciente declaración de dicha autoridad de competencia deja implícita su disposición a incorporar las dificultades de las empresas en su evaluación de casos en el contexto de la crisis COVID-19: "estamos atentos a las dificultades por las que atraviesan todos los sectores y que CADE será razonable y comprensible en el análisis de demandas concretas que lleguen aquí" (CADE, 2020).

Ello refleja que la defensa de empresa fallida requiere de un elaborado sustento financiero de un deterioro severo, estructural y de largo plazo, junto con documentos que acrediten que se ha recurrido a otras opciones de financiamiento. Si bien durante la crisis COVID-19 se espera que una alta cantidad de empresas sufran presiones financieras, no será suficiente con demostrar un deterioro de algunos meses para acceder a esta línea de defensa.

2. ¿Existen otras opciones para preservar los activos en el mercado que perjudiquen en menor medida la competencia?

La empresa en quiebra deberá probar ante la autoridad de competencia que se ha intentado, de buena fe, pero ha sido imposible conseguir un comprador alternativo que compita en el mismo mercado y cuya compra genere un menor riesgo relativo para la competencia de dicho mercado. El objetivo de este segundo criterio es asegurar que la fusión específica es la única vía posible para que los activos de la empresa se mantengan en el mercado.

La aprobación de la adquisición en los Estados Unidos por parte de Scott & White Heathcare (en adelante, SWH) de King's Daughters Hospital (en adelante, KDH) en el año 2009, por ejemplo, fue puesta en tela de juicio en tanto la FTC observó que la compra implicaba la eliminación de la única competencia de SWH, y que podría existir un comprador alternativo cuyo efecto sobre la competencia sería menos perjudicial (Fina & Mehta, 2011).

SWH y KDH eran los únicos competidores en el mercado de servicios de cuidados intensivos en Bell County, Texas. Debido a ello, la FTC inició una investigación para determinar si la fusión tendría efectos negativos sobre la competencia del mercado. Luego de iniciar la investigación, la FTC determinó que KDH se encontraba en una situación financiera muy grave y que, de no ser comprada, hubiera terminado saliendo del mercado, con lo cual cumplía con el primer criterio para argumentarse una defensa de empresa fallida.

Sin embargo, al analizar el segundo criterio, la FTC encontró que, durante las negociaciones de compra pasadas, había existido otro potencial comprador, Seton Family of Hospitals (en adelante, Seton) que también habría estado interesado en adquirir a KDH. Como se desprende del caso, solo debido a que no existían más competidores en esa zona geográfica, la adquisición de KDH por cualquier otro comprador hubiera sido mejor para la competencia. No obstante, Seton no había logrado terminar el análisis prospectivo de la empresa debido a la rapidez con la que se pactó el acuerdo de compra entre KDH y SWH. Debido a ello, la FTC requirió que SWH ofrezca el negocio de KDH a Seton para



[19] Según los lineamientos del *HRS Act* o *Hart-Scott-Rodino Antitrust Act* (la ley que establece las condiciones que se deben de cumplir para que una fusión se encuentre sujeta a notificación previa y obligatoria), la fusión no estaba sujeta a los requerimientos de notificación previa.

utilizarlo como proxy del sustento de comprador alternativo.

Luego de realizar un análisis a detalle, Seton rechazó la compra debido a que el negocio no le parecía lo suficientemente atractivo para incluirlo dentro de su portafolio. Solo luego de esto, la FTC concluyó su investigación y aprobó la fusión por el mecanismo de FFD en este mercado. De esta manera se aprecia que, una autoridad de competencia que no tiene como prueba fehaciente que se ha intentado vender la empresa a compradores alternativos sin éxito, podría inclusive requerir pruebas *ad hoc* que demuestren que no existen compradores alternativos para la empresa en quiebra.

3. ¿La salida de la empresa del mercado resultaría en que los activos tangibles e intangibles de la empresa salgan de la industria?

El último requisito para que se consolide la FFD parte de la premisa de que el mercado analizado estaría en una mejor posición si los activos de la empresa en quiebra se mantienen dentro de la industria. Para estos efectos, la autoridad de competencia debe determinar si es que, de no concretarse la fusión planteada, los activos se retirarían de la industria o si es posible concretar una eventual venta individual de activos más beneficiosa. Asimismo, este criterio se sostiene bajo el argumento de que la competencia en el mercado se encontrará en una situación similar independientemente de si se realiza o no dicha transacción[20].

Un caso que enfatiza el alcance de este criterio es el de la primera decisión de la Comisión Europea con respecto a la fusión entre Olympic con Aegean, dos aerolíneas de Grecia. La aerolínea Olympic había sufrido pérdidas operativas prolongadas desde la crisis financiera, lo que la había llevado a la decisión de liquidar su sociedad en favor de Aegean. No obstante, debido a que la transacción requería de aprobación por parte de la autoridad de competencia y que las probabilidades de que esta levantara preocupaciones eran altas, las empresas solicitaron a la Comisión ser analizadas bajo la FFD (Komninos, Jeram, & Iakovos, 2020).

El análisis de la Comisión Europea concluyó que ninguno de los tres criterios se cumplía en este caso. Con respecto a los primeros dos criterios, la Comisión señaló que los resultados operativos de los últimos años no suponían evidencia suficiente para inferir una posible salida de mercado y que no había pruebas fehacientes de la búsqueda de otro postor. En lo referido al tercer criterio, la Comisión Europea consideró que tampoco se cumplía pues el Estado griego heredaría los activos de Olympic y los administraría manteniéndolos dentro del mercado.

Finalmente, este tercer criterio también ha sido evaluado en el contexto Latinoamericano. Por ejemplo, en el caso de Aviacom y Terpel (dos empresas colombianas de distribución de combustibles líquidos de aviación), la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) cambió su postura y aprobó la fusión tras encontrar evidencia suficiente que probaba la excepción de empresa fallida o "empresa en crisis" (Superintendencia de Industria y de Turismo, 2015). Al evaluar el tercer requisito, la SIC concluyó que "dada la situación financiera que enfrenta Aviacom, se vería obligada a salir del mercado en un futuro cercano, razón por la cual, de no aprobarse la operación proyectada, los niveles de concentración en los mercados relevantes definidos con anterioridad aumentarían" (Superintendencia de Industria y Turismo, 2015).

Las experiencias repasadas permiten concluir que los escenarios de crisis no afectan la vigencia de las normas de competencia ni necesariamente cambian los estándares de evaluación de las operaciones. No obstante, es evidente que el impacto que una coyuntura de crisis puede generar en la operatividad de las empresas y el bienestar de los mercados, hace que sea más sencillo alcanzar tales parámetros de medición.

Así, por ejemplo, el hecho de que se permita un acuerdo de colaboración que en un contexto precrisis no hubiese sido admitido no significa que ahora la autoridad de competencia tolere coordinaciones anticompetitivas, sino que tales riesgos tienen un menor peso frente a las eficiencias (por ejemplo, ampliar la red de distribución de productos alimenticios) que hoy en día puede generar la operación en beneficio de los consumidores, dadas las restricciones que enfrentan. De igual modo, que hoy en día exista una mayor tendencia a aceptar una defensa de firma fallida no significa que las autoridades de competencia hayan dejado de lado los criterios de evaluación, sino que, por ejemplo, la recesión que está generando la crisis económica dificulta el pago de obligaciones para todas las empresas lo que, a su vez, hace poco viable que más de un competidor esté dispuesto a invertir en la compra de activos de otro.

[20] La empresa en quiebra deberá de probar que ha intentado reestructurarse mediante la ley de reorganización operativa vigente en su jurisdicción. De no poder realizar esta reestructuración de manera efectiva, la empresa estará obligada a salir del mercado en conjunto con sus activos.

## V. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Las estrategias de crecimiento horizontal como los acuerdos de colaboración o las fusiones y adquisiciones generan múltiples eficiencias, tales como reducir costos de transacción, lograr economías de escala, ganar acceso a nuevas tecnologías, áreas geográficas, entre otros. Sin embargo, cualquiera de estas figuras puede ser utilizada para fines contrarios e ilícitos: (i) colaboraciones para coludirse; (ii) fusiones para abusar de un mayor poder de mercado; o, (iii) adquisiciones para eliminar presiones competitivas. Es este "riesgo de contagio" el que motiva que las autoridades de competencia las evalúen con mucha rigurosidad y en algunos casos hasta las prohíban. Este articulo refleja, a través de experiencia nacional, regional y comparada, que este tipo de operaciones demanda una evaluación fina del balance entre las eficiencias de la colaboración y sus riesgos anticompetitivos, tanto en tiempos "normales" como durante una crisis como la inducida por el COVID-19.

Es cierto que la naturaleza de determinadas operaciones puede generar más suspicacia sobre sus potenciales riesgos que otras (por ejemplo, una fusión entre los dos principales competidores de un mercado altamente concentrado versus un acuerdo de compra conjunta entre dos actores poco relevantes en un mercado desconcentrado). Sin embargo, ello no significa que se deba omitir un análisis de competencia en aquellos casos de "menor perfil". Ciertamente, no solo el poder de mercado resultante de una operación genera potenciales perjuicios para la competencia, sino también la posibilidad de materializar un riesgo de coordinación y para esto último, en escenarios de acuerdos de colaboración, resultan irrelevantes las cuotas de participación de mercado de las partes.

Un contexto de crisis no libera a las partes de la realización de este análisis, y mucho menos del cumplimiento de las normas de competencia. Es cierto que las autoridades de competencia han realizado declaraciones que reflejan una visión más comprehensiva y protagónica de las eficiencias por encima de los riesgos: no solo se toman en cuenta las sinergias generadas, sino también otros factores exógenos relativos al bienestar social o el fortalecimiento de sistemas. Sin embargo, ello no significa que la autoridad en tiempos de crisis dejará de fiscalizar que la implementación de la operación respete la libre competencia; por el contrario, es esperable que el escrutinio posterior sea riguroso para corregir cualquier eventual conducta que, para ese entonces, ya no se encuentre justificada por las circunstancias.

Siendo ello así, la ausencia de un análisis de competencia idóneo por las partes de un acuerdo colaborativo, fusión o adquisición pone en riesgo la viabilidad de la operación y, en algunos casos, genera la imposición de cuantiosas multas que hacen que "la lavada salga más cara que la camisa". Para reducir los posibles efectos negativos de una operación sobre la dinámica en un mercado, además de reducir los costos relacionados a una eventual investigación o proceso de oficio por la autoridad de competencia, los autores proponen tres recomendaciones.

Primero, **sincerar** los potenciales riesgos y eficiencias derivados de la transacción y, sobre la base de ello, evaluar otras medidas menos restrictivas a la competencia para alcanzar el objetivo deseado, o, de no ser ello posible, prever medidas complementarias para neutralizar los riesgos de coordinación y/o abuso de posición de dominio. Las conclusiones –así como las premisas de las que se parte para el análisis– deben encontrarse debidamente justificadas y documentadas a fin de garantizar su objetividad.

Segundo, **respetar** el diseño de la operación durante su implementación. El análisis de riesgos y eficiencias no debiera ser un mero "trámite" para obtener la aprobación o aparentar que se hizo un análisis de competencia. Este documento sirve para evaluar la viabilidad de una operación y debiera ser el norte de su implementación. Si bien existen aspectos que pueden variar en el tiempo, como, por ejemplo, el nivel de concentración del mercado, ello no invalida esta "hoja de ruta" sino más bien permite reevaluar la necesidad de agregar o eliminar, según sea el caso, las medidas de neutralización de riesgos diseñadas originalmente.

Tercero, **implementar** buenas prácticas en materia de competencia. Dependiendo de la naturaleza de la operación, las partes pueden estar más expuestas a ciertos riesgos de coordinación o de abuso del poder de mercado adquirido (efectos unilaterales), por lo que se debe cuidar que su implementación vaya acompañada de medidas idóneas para la mitigación de riesgos. Así, por ejemplo, un acuerdo de colaboración puede requerir de la implementación de protocolos de intercambio de información, mientras que una fusión que fortalece la posición de un agente dominante puede requerir de una revisión de cláusulas contractuales que eviten efectos exclusorios en el mercado (por ejemplo, contratos de exclusividad con distribuidores).

Finalmente, es comprensible que las autoridades de competencia miren con cautela las operaciones

de concentración horizontal; no obstante, es vital que evalúen el impacto de sus intervenciones para maximizar las ventajas que las estrategias de crecimiento inorgánico pueden ofrecer a los mercados, sobre todo en tiempos de crisis que afectan la sostenibilidad operativa de las empresas. Ciertamente, el asilamiento o distanciamiento empresarial no eliminará por completo el "riesgo de contagio", y sobre todo puede terminar afectando más a la competencia con la salida de muchos actores que no pudieron beneficiarse de estas estrategias de crecimiento.

De esta forma, es deseable que la autoridad de competencia opte por las medidas menos gravosas para proteger a la competencia (por ejemplo, en lugar de denegar una operación, podrá condicionarla a remedios, o, en lugar de imponer remedios, podrá fiscalizar atentamente que en su implementación no se vulnere la competencia) y siga priorizando su importante labor en la apertura del mercado y educación en reglas de competencia, como lo ha venido haciendo Indecopi en el Perú sostenidamente a través de diversas abogacías de la competencia, guías y lineamientos en la materia.

**REFERENCIAS**


Australian Competition and Consumer Commission (3 de abril de 2020). Medicine manufactures to coordinate on COVID-19 response. https://www.accc.gov.au/media-release/medicine-manufacturers-to-coordinate-on-covid-19-response

Autorité de la Concurrence (1 de abril de 2015). Joint purchasing agreements. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiques-de-presse/1-april-2015-joint-purchasing-agreements-food-retail-sector

(16 de julio de 2018). Joint purchasing agreements in the food retail market sector. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/en/communiques-de-presse/16-july-2018-joint-purchasing-agreements-food-retail-market-sector

(17 de diciembre de 2020). Centrales d'achat: Carrefour et Tesco réduisent le périmètre de leur coopération. https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/article/centrales-dachat-carrefour-et-tesco-reduisent-le-perimetre-de-leur-cooperation

Bawlitza, C., & Benejam, J. (19 de mayo de 2020). Merger control: distressed M&A in the time of COVID-19. https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=1dbd1600-519b-4af1-99c7-f33e361c6955

Canabrava, L., Spadano, L., Augustin, B., & Perassa, D. (01 de enero de 2020). Merger control in Brazil: overview. https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/4-501-1911?__lrTS=20180530214031634&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true

Competition and Markets Authority [CMA] (15 de febrero de 2018). Cleanroom laundry services and products: anti-competitive arrangement(s). https://www.gov.uk/cma-cases/cleaning-services-sector-suspected-anti-competitive-arrangement-s

(25 de marzo de 2020). *CMA Approach to business cooperation in response to COVID-19.* https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/875468/COVID-19_guidance_-.pdf

Conselho Administrativo de Defensa Económica (23 de marzo de 2020). Mensagem do Cade à comunidade antitruste e à sociedade em geral. http://www.cade.gov.br/noticias/mensagem-do-cade-a-comunidade-antitruste-e-a-sociedade-em-geral

Conselho Administrativo de Defensa Económica. (2020). *Provisional Informative Note on the Collaboration Among Companies to Face the COVID-19 Crisis.*

Cunningham, C., Ederer, F., & Ma, S. (2020). *Killer Acquisitions*.

Delegation of the United States (2009). *Roundtable on Failing Firm Defense.*

Department for Business, Energy and Industrial Strategy, UK Government (21 de mayo de 2020). *Competition law exclusion orders relating to coronavirus (COVID-19).* https://www.gov.uk/guidance/competition-law-exclusion-orders-relating-to-coronavirus-covid-19

European Commission (12 de mayo de 2015). Antitrust: Commission accepts commitments by SkyTeam members Air France/KLM, Alitalia and Delta on three transatlantic routes. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_4966

European Commission (9 de junio de 2015). Mergers: Commission clears acquisition of certain INEOS chlorovinyls businesses by ICIG and approves ICIG as buyer of divested assets linked to approval of INEOS / Solvay joint venture. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_15_5147

European Competition Network (2020). *European Competition Network Joint Statement on application of competition law during the Corona crisis.*

Ewing, K., & Ewing, K. P. (2003). *Competition Rules for the 21st Century: Principles from America's Experience.* Kluwer Law International.

Fabra, N., & Motta, M. (2013). *Coordinated Effects on Mergers.*

Fina, T. D., & Mehta, V. (5 de Agosto de 2011). Baker Botts. https://www.bakerbotts.com/news/2011/08/antitrust-source-the-failing-firm-defense--alive__

Fiscalía Nacional Económica [FNE] (3 de abril de 2020). Declaración Pública. https://www.fne.gob.cl/declaracion-publica/

Grime, M., & Poddar, D. (2020). *The Jury is Out: An Assessment of Proposed Reforms to Australia's Merger Control Regime for Addressing Competitive Harm in the (Digital) Economy.* https://www.cliffordchance.com/content/dam/cliffordchance/briefings/2020/06/CPI_killer_acquisitions_Poddar_and_Grime.pdf

Hoffman, W., & Schaper-Rinker, W. (2001). Acquire or Ally? - A Strategy Framework for Deciding Between Acquisition and Cooperation. *Management International Review*, 41*(2),* 131-159.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (22 de abril de 2020). El Indecopi precisa que acuerdos de colaboración para asegurar abastecimiento de productos durante la emergencia son lícitos de acuerdo a la Ley de Libre Competencia. https://www.indecopi.gob.pe/en/-/el-indecopi-precisa-que-los-acuerdos-de-colaboracion-para-asegurar-el-abastecimiento-de-productos-y-enfrentar-la-emergencia-del-covid-19-son-licitos-d

INEOS (8 de mayo de 2014). European Commission clears proposed Solvay/INEOS Joint Ventures. https://www.ineos.com/news/ineos-group/european-commission-clears-proposed-solvay-ineos-joint-venture-/

Komninos, A., Jeram, J. & Iakovos, S. (2020). *A Re-Awakening of the Failing Firm Defense in the EU in the Aftermath of COVID-19?* Competition Policy International.

Motta, M. (2004). *Competition Policy: Theory and Practice.* Cambridge.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (26 de mayo de 2020). *Tackling Coronavirus (COVID-19): Contributing to a global effort.* http://www.oecd.org/competition/Co-operation-between-competitors-in-the-time-of-COVID-19.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (2000). *Policy Roundtables Competition Issues in Joint Ventures.*

(2000). *Roundtable on joint ventures.* http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAFFE/CLP/WD(2000)54&docLanguage=En

(2009). *Policy Roundtables.*

(2020). *Start-ups, Killer Acquisitions and Merger Control - Background Note.*

Röller, L.-H., Stennek, J., & Verboven, F. (2006). *Efficiency Gains from Mergers.*

Sawler, J. (2005). Horizontal Alliances and the Merger Paradox. *Managerial and Decision Economics*, *26*(4), 243-248. http://www.jstor.org/stable/25151372

Ward, A., Valdés Schliephake, C., & Rivas Santiago, V. (8 de mayo de 2020). Amazon/Deliverloo: ¿una vuelta de la failing firm defence?. *Blog Cuatrecasas.* [Entrada de blog]. https://blog.cuatrecasas.com/competencia/amazon-deliveroo-vuelta-failing-firm-defence/

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Comisión Europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, 14 de enero de 2011.

Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano,* 24 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1510, Decreto Legislativo modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 11 de mayo de 2020 (Perú).

Federal Trade Commission (2010). *Horizontal Merger Guidelines.*

(2019). *Opinion of the Commission in the Matter of Otto Bock HealthCare North America.* https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/d09378commissionfinalopinion.pdf

Federal Trade Commission (2020). *Guide to Antitrust Laws: Entry and Efficiencies*. https://www.ftc.gov/tips-advice/competition-guidance/guide-antitrust-laws

Federal Trade Commission & the U.S. Department of Justice (2000). *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors.* https://www.ftc.gov/sites/default/files/documents/public_events/joint-venture-hearings-antitrust-guidelines-collaboration-among-competitors/ftcdojguidelines-2.pdf

Fiscalía Nacional Económica [FNE] (2018). Recurso de reclamación: Consulta de la Asociación Chilena de Empresas de Turismo A.G. sobre operación de concentración de LATAM Airlines Group, American Airlines Inc. y otras (Chile).

(2020). Adquisición de CGL Limitada por parte de COPEC SA., FNE F215-2019 (Chile).

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2019). *Guía de Asociaciones Gremiales y Libre Competencia.*

International Shoe Co. c. FTC, 42 [U.S. Supreme Court], 6 Ene.,1930.

Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano,* 06 de enero de 2021 (Perú).

Sala de la Competencia de la CNMC, Resolución S/DC/0570/15 DIA/EROSKI, 29 de septiembre de 2016.

Superintendencia de Industria y Turismo, Resolución 90622 de 2015, 23 de noviembre de 2015 (Col).

The Competition Act 1998 (Groceries) (Coronavirus) (Public Policy Exclusion). Order 2020 No. 369.

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución 37/2011, 21 de septiembre de 2011 (Chile).

United States c. General Dynamics Corp., 72-402 [U.S. Supreme Court], 19 Mar., 1974.

10.18800/themis.202002.019

# ESCOGIENDO EL MAL MENOR: LA RACIONALIDAD Y LÍMITES DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS (FAILING FIRM DEFENSE)

## *CHOOSING THE LESSER EVIL: THE RATIONALITY AND LIMITS OF THE FAILING FIRM DEFENSE*

**Enzo Pierino Segovia Trocones***
**BBGS Abogados**

*On May 11, 2020, during the health and economic crisis caused by COVID-19, Legislative Decree 1510 was issued, which made a few amendments to various rules on free and fair competition. One of the amendments provided that the Law on Merger Control added, as a criterion to be considered for the procedures for assessing a merger, the financial crisis of one of the companies concerned and the need to carry out the merger duly accredited by the notifying parties.*

*In this paper, the author observes that the fact that one of the companies is undergoing financial difficulties is not sufficient to allow for flexibility in the merger control. To demonstrate this, he presents a brief description of the failing firm defense from a historical perspective, the most relevant precedents in the United States and the European Union, and the current requirements for its accreditation in those jurisdictions and in Latin American countries. Finally, he presents the economic, industrial and social rationality underlying this exception and the possibilities of being applied in Peruvian practice.*

*Keywords: financial crisis; merger procedure; fair competition; competition authority; failing firm defense.*

*El 11 de mayo de 2020, en medio de la crisis sanitaria y económica provocada por el COVID-19, se emitió el Decreto Legislativo 1510, que realizó una serie de modificaciones a diversas normas en materia de libre y leal competencia. Una de las modificaciones dispuso que la Ley de control previo de operaciones de concentración empresarial agrega, como criterio a considerar para los procedimientos de evaluación de una operación de concentración, la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración debidamente acreditada por las partes notificantes.*

*En el presente artículo, el autor señala que el solo hecho de estar frente a una empresa con dificultades financieras no es suficiente para admitir la flexibilización en el control de las operaciones de concentración. Para demostrarlo, presenta una breve descripción de la* failing firm defense *desde una perspectiva histórica, sus precedentes jurisprudenciales más importantes en los Estados Unidos y la Unión Europea, y los requisitos actuales para acreditarla en dichas jurisdicciones y en países de Latinoamérica. Por último, presenta la racionalidad económica, industrial y social que subyace a esta excepción y la posibilidad de ser aplicada en la práctica peruana.*

*Palabras clave: crisis financiera; operación de concentración; libre competencia; autoridad de competencia;* failing firm defense.

* Abogado. Candidato a Magíster por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado del área de Competencia y Protección al Consumidor en BBGS Abogados (Lima, Perú). Contacto: enzo.segovia@pucp.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 19 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 29 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

En tiempos de prosperidad, denegar la autorización de un proyecto de fusión empresarial, la compra de acciones de una compañía o cualquier otra operación de concentración entre empresas resulta relativamente sencillo si es claro que tales operaciones producen una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados y los beneficios en eficiencias no son lo suficientemente contundentes como para compensar el daño. Sin embargo, en los tiempos de crisis, esa decisión puede ser más complicada si consideramos que la empresa objeto de la operación se encuentra en una situación económica crítica que la coloca al borde de la salida del mercado y, por ende, la única solución que se avizora es su adquisición por parte de su competidor. En este último supuesto, no solo está en juego la libre competencia, sino también todos aquellos bienes jurídicos que se encuentran relacionados con la existencia de una empresa como unidad productora en el mercado y como fuente de generación de riqueza para la sociedad.

El 11 de mayo de 2020 el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 1510, el cual realizó una serie de modificaciones a diversas normas en materia de libre y leal competencia, entre las que resalta la incorporación de una disposición a la Ley de control previo de operaciones de concentración empresarial aprobada por Decreto de Urgencia 013-2019 (en adelante, Ley de control de fusiones). Así, dicha norma agregaba como un criterio a tomar en cuenta para los procedimientos de evaluación de una operación de concentración "la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración debidamente acreditada por las partes notificantes" (2020)[1].

Este literal hace una tímida referencia al supuesto denominado **la excepción de la empresa en crisis**. Pese a que en la ley de control de fusiones peruana se consigne como un factor más a considerar para determinar si produce una restricción significativa de la competencia, entre otros, como la estructura del mercado involucrado, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios o las barreras de acceso al mercado, en la práctica comparada esta figura se presenta como una excepción a la aplicación estricta de la ley que puede ser alegada por las empresas notificantes.

A raíz de la crisis sanitaria y económica provocada por la enfermedad del COVID-19, se comenzó a esbozar eventuales posturas a favor de admitir la defensa de la empresa en crisis a fin de que las autoridades de competencia flexibilicen su control de las operaciones de concentración en aras de salvar a las empresas golpeadas de sectores como la industria turística o el entretenimiento. Sin embargo, como veremos más adelante, el solo hecho de estar frente a una empresa con dificultades financieras no es suficiente para admitir esta figura, siendo necesario acreditar una serie de presupuestos adicionales que permitan a la autoridad de competencia realizar un balance entre la libre competencia y otros bienes jurídicos de igual relevancia como el empleo, la protección del crédito, la satisfacción de los intereses de los consumidores, entre otros.

Este artículo, presenta sucintamente una breve descripción de la *failing firm defense* en su perspectiva histórica, sus precedentes jurisprudenciales más importantes en Estados Unidos y la Unión Europea, los requisitos actuales para acreditarla en dichas jurisdicciones y en países de Latinoamérica; de la misma manera, se presenta la racionalidad económica, industrial y social que subyace a esta excepción y la posibilidad de ser aplicada en la práctica peruana.

## II. LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS: NOCIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

También denominada como *Failing Company* –o Defensa de la Empresa en Crisis–, la excepción de la empresa en crisis es una figura empleada en los procesos/procedimientos de aprobación de operaciones de concentración empresarial cuando la firma objeto de adquisición o absorción se encuentra atravesando una crisis financiera aguda que hace inminente su salida del mercado si no es rescatada por la firma adquiriente. Por dicha razón, muchas autoridades de competencia prefieren "consentir la ejecución de una operación de concentración para prevenir cualquier riesgo de salida de dicha

[1] La redacción completa de dicho fragmento es como sigue:

> Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial
>
> [...]
>
> 7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:
>
> [...]
>
> i. La grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, debidamente acreditadas por las partes notificantes.

empresa, por cuanto que ello puede conllevar una disminución considerable del suministro de los productos en cuestión, y conducir a un ulterior incremento de precios" (Pérez Molina, 2016, p. 100).

Esta doctrina jurisprudencial de origen norteamericano constituye una excepción a la regla de evaluación de las operaciones de concentración empresarial en la medida en que, pese a que la fusión o adquisición analizada pueda conllevar a una reducción de la competencia en el mercado –ya sea mediante el incremento de la participación de la firma resultante o porque, tras la operación, el mercado se convertirá en un monopolio–, luego de una evaluación integral se llega a la conclusión de que es preferible autorizarla a fin de evitar mayores efectos negativos en la competencia, así como consecuencias de índole extraconcurrencial.

Veamos a continuación algunos precedentes judiciales tanto en los Estados Unidos como en la Unión Europea que constituyen hitos clave en el desarrollo de esta doctrina.

### A. Precedentes en Estados Unidos

Esta doctrina, como muchas figuras en materia de libre competencia, tiene raíces en la práctica *antitrust* estadounidense registrándose por primera vez en el caso *International Shoe Co. v. Federal Trade Comision* de 1930. En dicha ocasión, la agencia de competencia estadounidense se opuso a la adquisición de acciones entre dos empresas de la industria zapatera al considerar que la operación violaba la sección 7 de la ley de control de fusiones americana (en adelante, Clayton Act) toda vez que mermaba sustancialmente la competencia en el mercado y restringía el comercio interestatal. Sin embargo, la Corte Suprema sostuvo que la sección 7 no era aplicable al caso cuando la firma adquirida se encuentra en una situación de insolvencia:

> In the light of the case thus disclosed of a corporation with resources so depleted and the prospect of rehabilitation so remote that it faced the grave probability of a business failure with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants were operated, we hold that the purchase of its capital stock by a competitor (there being no other prospective purchaser), not with a purpose to lessen competition, but to facilitate the accumulated business of the purchaser and with the effect of mitigating seriously injurious consequences otherwise probable, is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or re- strain trade within the intent of the Clayton Act (*International Shoe Co. v. FTC*, 1930, p. 303)[2].

Los aportes de este precedente a la doctrina de la empresa en crisis fueron básicamente el establecimiento de dos requisitos para su configuración: (i) que los recursos de la empresa objeto de la adquisición se encuentren agotados, lo que en otros términos se podría entender como aquella situación en la que una empresa se encuentra imposibilitada de pagar sus deudas debido a la falta de liquidez; y, (ii) que no existan otros posibles compradores. Para este segundo requisito, la empresa en crisis debe haber hecho esfuerzos de buena fe para conseguir ofertas de otras firmas que le permitan mantenerse en el mercado, al mismo tiempo que amenazan menos la competencia (Kokkoris, 2007). Por otro lado, un componente importante que influyó en la decisión de la Corte fueron las circunstancias ajenas a la competencia como la pérdida de empleos que afectaría a las comunidades en las que operaban las plantas de la empresa adquirida o la pérdida del capital de los accionistas.

Casi 40 años más tarde al precedente *International Shoe*, la Corte Suprema de los Estados Unidos volvió a fallar en un caso en el que la excepción de la empresa en crisis fue alegada y cuyo pronunciamiento permitió esbozar con mayor claridad los límites y condiciones de la doctrina. En el caso *Citizen Publishing Co. v. United States*, la Corte evaluó un acuerdo de 1940 entre los dos únicos diarios de la ciudad de Tucson en Arizona, **Citizen** y **Star**, el que implicaba la integración de los negocios a nivel comercial mediante la creación de una nueva empresa en la que participarían los accionistas de ambas compañías que controlaría la política de precios de los periódicos, aunque respetando la independencia editorial y corporativa de cada uno. En 1953 estas empresas renovaron el acuerdo por 25 años más y en 1965, las acciones de Star fueron adquiridas por los accionistas de Citizen, por lo que el Gobierno levantó cargos por restricción de la competencia y monopolización del mercado en

[2] A la luz del caso que revela que una **corporación con recursos agotados y con un pronóstico remoto de recuperación** que enfrenta la grave probabilidad de quebrar con consecuencias de pérdidas para sus accionistas y daños a las comunidades donde sus plantas estaban operando, **sostenemos que la adquisición de su acciones por un competidor (no habiendo otro posible comprador)**, sin el propósito de restringir la competencia, pero facilitando la acumulación del negocio del adquiriente y con el efecto de mitigar seriamente las consecuencias dañinas que tendría, no es perjudicial al público, de acuerdo con la ley, ni restringe sustancialmente la competencia o el comercio de acuerdo con el espíritu de la Clayton Act [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

presunta violación de las secciones 1 y 2 de la ley de competencia americana (en adelante, Sherman Act), así como una presunta violación a la sección 7 de la *Clayton Act*.

La Corte confirmó la ilegalidad del acuerdo y la adquisición de las acciones argumentando que "el acuerdo de operación conjunta expuso las restricciones [a la competencia] tan clara y sin ambigüedad como para justificar el uso bastante infrecuente del juzgamiento sumario en el campo de la libre competencia" (*Citizen Publishing Co. v. United States,* 1969, p. 136). Asimismo, señaló que la única defensa que tenían los recurrentes era la defensa de la empresa en crisis; sin embargo, esta no era aplicable al caso, toda vez que no se había demostrado que el adquiriente era el único comprador disponible:

> The failing company doctrine plainly cannot be applied in a merger or in any other case unless it is established that the company that acquires the failing company or brings it under dominion is the only available purchaser. For if another person or group could be interested, a unit in the competitive system would be preserved and not lost to monopoly power. So even if we assume, arguendo, that, in 1940, the then owners of the Citizen could not long keep the enterprise afloat, no effort was made to sell the Citizen; its properties and franchise were not put in the hands of a broker, and the record is silent on what the market, if any, for the Citizen might have been (*Citizen Publishing Co. v. United States,* 1969, p. 138)[3].

Asimismo, la Corte añadió una referencia al requisito ya establecido en el precedente *International Shoe* sobre la situación crítica de la empresa. Al respecto, sostuvo que el pronóstico de reorganización de la compañía en crisis, de acuerdo con el capítulo X y XI de la ley de bancarrota (Bankruptcy Act), tendría que ser nimia o inexistente a fin de que la doctrina sea aplicable.

Finalmente, en el caso *United States v. General Dynamics Corp.* de 1974 se da un paso más en la evolución de la excepción de la defensa de la empresa en crisis. En dicha ocasión, la empresa General Dynamics adquirió Material Service Corporation que a su vez había adquirido a United Electric Coal Company, con lo que ganaría una posición clara de dominio en el mercado del carbón. Aunque la autoridad no acepto la defensa de la empresa en crisis, permitió la fusión tomándose en cuenta las dificultades económicas de una empresa objeto de absorción a fin de determinar el grado del daño a la competencia que la operación podría conllevar, que en el caso no era relevante en la medida que la situación crítica de United Electric permitía concluir que esta no podía mantenerse en competencia; sin embargo, esta consideración sería evaluada entre muchas otras que la autoridad realiza ordinariamente a fin de dar luz verde a la transacción. Este caso sirvió para terminar de delimitar la doctrina de la empresa en crisis diferenciándola de otra figura que posteriormente se conocería como la ***flailing firm, quasi-failing, weak competitor defense*** o defensa de la empresa en dificultades. Asimismo, el caso permitió reconocer los bienes que se ponen en balance en la *failing company*, las que se encuentran más alejados de cuestiones sustanciales de competencia y más acercados a intereses no vinculados estrictamente con la competencia en el mercado como la seguridad social, la recuperación del crédito o la satisfacción de los consumidores.

### B. Precedentes en la Unión Europea

En el año 1991, la Comisión de las Comunidades Europeas decidió el Asunto IV/M.053 en el que se analizó la operación de concentración en que participaban dos empresas de la industria aeroespacial (Aérospatiale y Alenia) a fin de adquirir el control de una división canadiense de la empresa Boeing (en adelante, De Havilland). Estas compañías alegaron la defensa de la empresa en crisis sosteniendo que, de no autorizarse la operación, De Havilland sería eliminada de la competencia en el mediano o largo plazo. Sin embargo, la Comisión sostuvo que dicho escenario no era probable toda vez que dicha firma fabricaba productos de gran calidad que gozaban de fama y reconocido prestigio y cuyos precios de venta se incrementaron, pese a que su productividad era relativamente baja. Asimismo, en relación con la posibilidad de compradores alternativos la Comisión sostuvo lo siguiente:

> Por consiguiente, de acuerdo con la documentación de que dispone la Comisión, nada permite pensar que, de no existir la propuesta de con-

[3] La doctrina de la empresa en crisis claramente no puede ser aplicada en una fusión o en cualquier otro caso a menos que quede establecido que la compañía que adquiere la empresa en crisis o la trae a su dominio es la única compradora disponible. Porque si otra persona o grupo pudiera estar interesada, una unidad en el sistema competitivo seria preservada y no perdida a un poder monopólico. Así que, aun cuando asumamos que, en 1940, los entonces propietarios de *Citizen* no podían seguir manteniendo a la empresa a flote, **ningún esfuerzo fue hecho para vender *Citizen*; sus propiedades y franquicias no fueron puestas en manos de un corredor y el registro no dice nada, si los hubiere, sobre lo que el mercado pudo haber sido para *Citizen*** [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

> centración, De Havilland sería progresivamente eliminado. Boeing ha señalado que preferiría vender De Havilland a seguir con la compañía. Esto puede ser posible, ya que las partes no son los únicos compradores potenciales; British Aerospace, por ejemplo, ha expresado su interés por comprar De Havilland (1991, p. 51).

Por dichas razones, la Comisión rechazó la defensa de la empresa en crisis y declaró incompatible la operación de concentración con el mercado común, toda vez que esta tenía como efecto potencial la creación de una posición de dominio en los mercados mundiales de la industria aeroespacial.

Dos años más tarde, la Comisión aplicó la excepción de la empresa en crisis por primera vez en el asunto *Kali+Salz/MdK/Treuhand*. En esta ocasión, se evaluó el proyecto de fusión de las compañías productoras de potasa y sal gema Kali und Salz (en adelante, K+S) y Mitteldeutschen Kali (en adelante, MdK) en una empresa en participación entre K+S y la empresa estatal alemana de reestructuración Treuhandanstalt, la que tendría como resultado la creación de un monopolio en el mercado de potasa (98%).

A fin de evaluar la defensa de la empresa en crisis alegada por las partes, la Comisión determinó que esta figura se podía admitir al amparo del artículo 2 del Reglamento de concentraciones; sin embargo, para ello se debía cumplir con tres requisitos (1994, fundamento 71):

i. De no ser por su adquisición, la empresa adquirida se vería obligada a abandonar el mercado a corto plazo.

ii. La cuota de mercado de la empresa adquirida acrecería a la empresa adquiriente en caso de que la primera abandonara el mercado.

iii. No existe otra alternativa de adquisición menos restrictiva de la competencia.

La Comisión tomó en cuenta la crítica situación económica que atravesaba MdK, la cual obedecía fundamentalmente a una crisis de ventas debido al colapso de los mercados en Europa oriental. Asimismo, pese a que esta empresa, como subsidiaria de la Treuhand, podía seguir percibiendo financiamiento estatal, la Comisión declaró que Mdk era una empresa inviable toda vez que tampoco se podía admitir, de acuerdo con la norma sobre ayudas públicas, que dicha empresa siga recibiendo financiamiento de rescate de fondos del estado alemán. Así, determinó que la única manera de sanear a MdK era mediante su adquisición por un socio industrial privado que aportara la experiencia de dirección necesaria y logre un efecto de sinergia. De esta manera, la Comisión tuvo por probado el primer requisito de la excepción sosteniendo lo siguiente:

> Por consiguiente, la Comisión considera suficientemente probado que, **de no ser por su adquisición por parte de una empresa privada, MdK se vería obligada a abandonar el mercado**. Aunque esta situación no se produzca inmediatamente por una serie de razones sociales, regionales o de carácter político, es altamente probable que MdK se vea obligada a cerrar en un futuro próximo. En vista de las circunstancias excepcionales que concurren en este caso, al tratarse de la privatización de una empresa estatal que no resulta viable conforme a los criterios habituales, existen argumentos suficientes, en opinión de la Comisión, para considerar que se cumple el primer requisito de la excepción de falta de causalidad, tal y como se ha expuesto con anterioridad (1994, p. 50) [el énfasis es nuestro].

Sobre el segundo requisito, la Comisión señaló que en caso de que MdK desapareciera del mercado, su cuota pasaría a K+S debido a las barreras estructurales presentes en el mercado alemán. No obstante ello, no sucedería lo mismo en el mercado comunitario en el que la participación de MdK se daba solo respecto de un producto específico.

Siguiendo con el análisis, la Comisión revisó diversas alternativas de compra de MdK, lo que se acreditó con las diversas negociaciones que se venían realizando con la ayuda de un banco de inversión; sin embargo, todas las muestras de interés y procesos de negociación fracasaron incluso durante el desarrollo del propio procedimiento de control de la operación, por lo que la Comisión consideró probado que no existían alternativas de adquisición de la totalidad o una parte sustancial de MdK, siendo que la probabilidad mínima de que aparezca una empresa interesada resultaba desproporcionada en comparación a los daños que podría causar las perdidas comunitarias de la empresa objeto de la operación.

Finalmente, la Comisión decidió aprobar la operación de concentración con condiciones, prestando atención –aunque no de forma medular– a otros factores de índole extraconcurrencial que implicarían la denegación de la operación de concentración. Por ejemplo, los beneficios que obtendrían los trabajadores de las plantas de MdK en comparación con una alternativa de compra parcial de otro productor con alcances más limitados.

Esta decisión fue apelada ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el que sostuvo en su

sentencia del 31 de marzo de 1998 que la operación de concentración no era la causa de la creación o el reforzamiento de una posición de dominio que restringiera la competencia en el mercado europeo, por lo que debía ser declarada una operación compatible. Sin embargo, discrepó del criterio de la Comisión al señalar que no era necesario demostrar que la empresa adquiriente asumiría las cuotas de mercado que dejaría MdK en el escenario en que esta se retirara de la competencia. De esta manera, a juicio del tribunal, "los criterios decisivos que permitían activar la excepción se reducían solo a dos: 1) que la empresa adquirida fuera forzada a dejar el mercado a corto plazo; y, 2) que no existiera otra alternativa que lesionara menos la competencia" (Pérez Molina, 2016, p. 105).

Por último, en el asunto *BASF/Eurodiol/Pantochim* la Comisión redefinió el criterio señalado en el caso anterior y declaró que la operación de concentración consistente en la toma de control de las empresas Eurodiol y Pantochim por parte de la compañía química BASF no creaba ni consolidaba una posición de dominio que obstaculizara la competencia en el mercado común (Kokkoris, 2006). En este caso, la Comisión empleó como base el concepto de **concentración de rescate** ya empleado en el asunto *Kali+Salz/MdK/Treuhand* y afinado por el Tribunal; sin embargo, añadió una condición más relativa a los activos de la empresa objeto de adquisición o control dejando los requisitos de la siguiente manera:

i. la empresa adquirida se vería forzada en un futuro próximo a abandonar el mercado si no fuese adquirida por otra empresa;

ii. no existe ninguna compra alternativa que afecte menos a la competencia; y,

ii. los activos objeto de la adquisición saldrían inevitablemente al mercado si no fueran asumidos por otra empresa (2002, fundamento 142).

Con respecto a la primera condición, la Comisión la tuvo por probada en tanto el Tribunal de Comercio de Charleroi en Bélgica, responsable de los procedimientos de quiebra de Eurodiol y Pantochim, confirmó que era necesario declarar a las empresas en quiebra si no se encontraba un comprador antes del plazo legalmente previsto, por lo que sin la ayuda financiera de BASF ambas compañías habrían abandonado el mercado.

Con relación a la falta de alternativa menos anticompetitiva a la compra por BASF, además de la búsqueda infructuosa de compradores que realizaron las mismas empresas en dificultades antes del procedimiento de quiebra, la Comisión realizó sus propias indagaciones en el mercado internacional. Así, encontró que, si bien había una compañía sudafricana interesada inicialmente, esta empresa retiró posteriormente su interés debido a la gran inversión que requería dicha transacción y que superaba los límites de su estrategia internacional. Por lo tanto, concluyó que, dentro del plazo fijado por la normativa belga de quiebras, BASF era la opción menos dañina para la competencia.

Finalmente, sobre el tercer requisito referido a la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis, la Comisión señaló que era pertinente su evaluación en la medida en que no es obvio en todos los casos que un competidor determinado (el adquiriente) termine obteniendo parte de la cuota de mercado de la empresa saliente, ya que esta también podría repartirse entre otros competidores o simplemente desmembrarse para ser liquidada en el mercado de segunda mano.

En tal sentido, la Comisión encontró que la probabilidad de que un tercero haga funcionar ambas plantas después de la quiebra era sumamente baja, debido a que sus operaciones implicaban altos costos de producción y riesgos ambientales propios de la industria química. Asimismo, se encontró que no era probable que un tercero adquiera activos específicos aislados de las empresas, en la medida que las plantas de Eurodiol y Pantochim utilizaban un proceso de producción altamente integrado.

Luego del análisis de estos requisitos, la Comisión concluyó que la aprobación de la operación de concentración sería más beneficiosa para el mercado, pues, pese a la inevitable reducción de la competencia, la supervivencia de las unidades productivas en el mercado traería beneficios a los clientes en términos de precios, por lo que el deterioro de la estructura competitiva sería menos significativo que la inexistencia de la concentración.

## III. CRITERIOS ACTUALES PARA ACREDITAR LA DEFENSA DE LA EMPRESA EN CRISIS

### A. Unión Europea

En el informe de la Unión Europea para la mesa redonda de políticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OECD), este organismo supranacional estableció los siguientes criterios para la aceptación de la defensa de la empresa en crisis (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD], 2009, p. 183). Estos se encuentran en concordancia con las Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Regla-

mento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

i. **Dificultades Financieras**: esta primera condición implica demostrar que la empresa objeto de la operación de concentración se encuentre en una situación en la que sea poco probable que vaya a cumplir con sus obligaciones financieras en un futuro cercano, por lo que se encuentra condenada a abandonar el mercado. Dicha situación incluye la nula posibilidad de que algún accionista o nuevo inversionista pueda reinyectar el capital necesario para que la empresa vuelva a mantenerse a flote. Asimismo, no es necesario que se haya iniciado un procedimiento de bancarrota o que se haya declarado oficialmente su insolvencia para cumplir este requisito; sin embargo, sí debe acreditarse que, en el corto plazo, de no ser por la operación de concentración, la empresa entraría inminentemente a este procedimiento.

ii. **Que no haya una alternativa menos anticompetitiva**: es, sin duda, la condición más difícil de acreditar dado que se debe realizar un análisis contrafactual para demostrar la inexistencia de alguna alternativa de adquisición menos restrictiva para la competencia. Para ello, la Comisión analiza la estructura del mercado en caso haya compradores alternativos tomando en cuenta las eficiencias que se puedan obtener si la operación de concentración se realizara con otra firma. Por ejemplo, empresas pequeñas o entrantes no tienen la misma capacidad para lograr eficiencias que una empresa grande que ya se encuentra activa en el mercado.

En este punto, lo más complicado es determinar si los compradores alternativos están realmente dispuestos a adquirir la empresa en crisis, así como los esfuerzos que se hayan podido lograr para llegar a un acuerdo con estos inversores, todo ello en un tiempo razonable a fin de evitar el colapso de la empresa objeto de rescate. Un ejemplo de este requisito sucedió en el caso *BASF/Eurodiol/Pantochim* en el que la Comisión no solo se limitó a la búsqueda realizada por las partes, sino también realizó indagaciones de oficio para agotar búsqueda de posibilidades de compras por otras empresas, dando por concluida esta búsqueda en atención al plazo establecido por la autoridad concursal belga.

iii. **Salida del mercado de los activos**: el último requisito implica acreditar que los activos productivos de la empresa en crisis desaparecerán del mercado si la operación de concentración notificada no se llega a aprobar. En este requisito se analizan las posibilidades de que los competidores eventualmente puedan adquirir dichos activos en un proceso de liquidación asignándolos, probablemente, a usos más eficientes sin necesidad de adquirir o tomar el control de toda la empresa. Para esto, la autoridad evalúa el grado de integración que tienen de los activos para la producción del bien o servicio en cuestión y su posibilidad de ser vendidos de manera aislada a otros competidores. La inevitabilidad de que los activos de la empresa en crisis desaparezcan del mercado en cuestión puede dar pie a la conclusión de que la cuota de mercado de la empresa en crisis, según la estructura de esta antes de la ejecutar la operación de concentración, pase a la empresa adquiriente (2004, sección VIII).

**B. Estados Unidos**

Los lineamientos de fusiones horizontales elaborado por el Departamento de Justicia y la Comisión Federal del Comercio de los Estados Unidos establecen como condiciones para aceptar la defensa de la empresa en crisis los siguientes requisitos:

i. que la empresa en crisis se encuentre incapacitada para cumplir con sus obligaciones financieras en el corto plazo,

ii. que no sea posible reorganizar exitosamente la empresa en crisis de acuerdo con el capítulo 11 de la Ley de Bancarrota; y,

iii. se hayan hecho, de buena fe y sin éxito, los esfuerzos para encontrar alternativas razonables que mantengan en el mercado relevante los activos tangibles o intangibles y que representen un daño menos severo para la competencia que la operación propuesta (2010, p. 32).

Estos requisitos son similares a los establecidos por la Comisión Europea, la cual agrupa en diferente orden sus componentes esenciales. Estos se grafican en el cuadro de la página siguiente.

**C. Brasil**

La norma brasileña sobre control de fusiones no contempla expresamente el supuesto de la defensa de la empresa en crisis; sin embargo, la Guía de Actos de Concentración Horizontal emitida por el Consejo Administrativo de Defensa Económica (en adelante, CADE) prevé una sección sobre la "teoría de la empresa insolvente" (2016, p. 54) en la

| Componente | Unión Europea | EE. UU. |
|---|---|---|
| Insolvencia | No es necesario que sea declarada en un procedimiento concursal. (i) | Tiene que acreditarse la insolvencia de acuerdo con el capítulo 11 de la Ley de Bancarrota. (i) y (ii) |
| Alternativas de compra | Se debe hacer una búsqueda exhaustiva de acuerdo con un plazo razonable. (ii) | Los esfuerzos de búsqueda deben hacerse de buena fe. (iii) |
| Daño a la competencia | Las alternativas de compra de la empresa en crisis deben ser menos lesivas a la competencia que la propuesta. (ii) | Se debe agotar la búsqueda de alternativas de mantenimiento de los activos en el mercado menos lesivas a la competencia. (iii) |
| Salida de los activos del mercado | Activos productivos de la empresa. (iii) | Activos tangibles o intangibles. (iii) |

Fuente: elaboración propia

que se establecen tres condiciones para que esta excepción pueda ser admitida, las que están en la misma línea que en los casos vistos anteriormente:

i. En caso sea desaprobada la operación, la empresa saldría del mercado o no podría cumplir con sus obligaciones financieras por sus dificultades económicas.

ii. En caso sea desaprobada la operación, los activos de la empresa no podrían permanecer en el mercado, lo que podría significar una reducción de la oferta, un mayor nivel de concentración del mercado y una disminución del bienestar económico.

iii. Que no exista otra alternativa de solución menos dañina para la competencia, pese a los esfuerzos realizados como la búsqueda de compradores alternativos o mediante una demanda de recuperación judicial.

Es importante resaltar el segundo requisito, que deja entrever la posibilidad de que el CADE pueda tomar en cuenta factores distintos a los que estrictamente se encuentran vinculados a la competencia, como por ejemplo el bienestar económico, concepto muy amplio que podría ser interpretado desde la satisfacción de la demanda de los consumidores hasta la protección de las empresas como unidades productivas o generadoras de trabajo.

### D. Colombia

En este país la excepción de la empresa en crisis no se encuentra prevista en la legislación ni en la Guía de Análisis de Integraciones Empresariales o algún otro documento de *soft law* que establezca predeterminadamente los requisitos o condiciones para su aplicación. Sin embargo, en la casuística de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, SIC) se ha desarrollado esta figura a partir de decisiones específicas en las que las partes alegaron este argumento.

i. Caso *Editorial Televisa Colombia, Editora Cinco Cultural y Editora Cinco Recreativa*: en esta operación de concentración, se alegó que Editora Cinco se encontraba en una complicada situación económica que lo ponía al borde del cierre de sus operaciones, y con ello, la salida del mercado de 81 publicaciones. Ante ello, la SIC respondió lo siguiente:

> Aunque esta Entidad no desconoce la situación financiera de EDITORA CINCO, cabe señalar que la misma requiere de un análisis exhaustivo a partir del cual se determine que la operación proyecta [*sic*] se constituye como el único medio posible para evitar la salida del mercado de la empresa en problemas. Sin embargo, esta situación no fue demostrada por las intervinientes. En tal sentido, no debe olvidarse que la carga de la prueba, como lo ha sostenido reiteradamente la Superintendencia, le corresponde a los que alegan una determinada conducta, es decir, en el caso en cuestión, a las intervinientes (2005).

En este primer precedente se esbozan algunas condiciones para la admisión de esta figura: (i) que la operación de concentración sea el único medio posible para evitar la salida del mercado de la empresa en crisis; y, (ii) que la carga de probar dicha situación les corresponde a las empresas intervinientes.

ii. Caso *Grupo Argos de Cementos Andino y Concrecem*: en este caso la SIC abordó de forma más completa la excepción de la empresa en crisis señalando lo siguiente:

> Ahora bien, es necesario puntualizar las condiciones que deben acreditarse para que el argumento de la empresa en crisis, pueda ser evaluada por la autoridad de competencia:
>
> **1) La empresa supuestamente en crisis debe estar condenada, a causa de sus problemas económicos, a abandonar el mercado en un futuro próximo**: esta condición hace relación, específicamente, a la

demostración que la salida de la compañía del mercado es inminente en un periodo breve de tiempo, generalmente inferior a un año. La salida del mercado puede ser demostrada, entre otras razones, por la ausencia de capital de trabajo, la mínima posibilidad de generar ganancias, los planes para cerrar plantes, deudas en exceso y el no servicio de la deuda.

**2) No existe otra alternativa o proyecto real o alcanzable menos anticompetitivo**: dentro de esta condición se incluye la inexistencia de alguna otra posibilidad de compra por parte de un tercero que sean menos perjudicial para la competencia que la operación de integración informada.

**3) El daño a la competencia generado por la operación es comparable con aquel que provocaría la salida del mercado de los activos de la empresa en crisis**: bajo este aspecto se analiza, entre otros elementos, la competencia en el mercado en un escenario de salida de los activos del mercado de la empresa en crisis y comparándola con la que sucedería en caso de llevarse a cabo la operación proyectada, de tal forma que se concluya que el perjuicio para la competencia resulte menor de llevarse a cabo la operación, que si la misma es objetada" (Superintendencia de Industria y Comercio [SIC], 2006, fundamento jurídico 6).

Como se puede ver, los criterios empleados para aceptar la excepción de la empresa en crisis en el caso colombiano son una combinación de los criterios estadounidenses y europeos con un matiz en la tercera condición. Es interesante cómo la SIC desarrolla el tercer requisito señalando que el balance de los dos escenarios debe arrojar un resultado positivo en caso de que se apruebe la operación. En esencia, se trata del componente sobre el daño a la competencia desarrollado líneas arriba, pero formulado de forma negativa y en el que la autoridad puede evaluar los diversos factores, al parecer, solo estrictamente concurrenciales, no dejando un atisbo interpretativo para evaluar otro tipo de factores como ocurre en el caso brasileño, aunque, en opinión de Arboleda Suárez (2019, p. 128), al parecer la SIC ha tomado una posición en que la salida de los activos del mercado es, *per se*, más perjudicial que permitir la transacción aunque las razones para sostener ello no sean del todo claras.

### E. Chile

En este país, la *failing firm defense* se encuentra regulada por la Guía para el Análisis de Operaciones de Concentración elaborado por la Fiscalía Nacional Económica (2012, p. 26) en el que se establecen como condiciones para su aceptación tres requisitos que se asemejan bastante a los del caso europeo:

i. La empresa presuntamente en crisis, a causa de sus problemas económicos, abandonará el mercado en un futuro próximo si no es absorbida por otra empresa;

ii. Dicha salida hará inevitable la desaparición del mercado de los activos tangibles e intangibles de esa empresa;

iii. Que no existe otra opción para preservar los activos de la empresa en el mercado, y que sea menos gravosa para la competencia, habiéndose realizado esfuerzos por encontrar opciones alternativas.

## IV. RACIONALIDAD DE LA *FAILING FIRM DEFENSE*

En ocasiones defender la competencia por defender la competencia puede resultar contraproducente para la sociedad y los intereses del propio mercado incluso si la autoridad competente para resolver en dichos casos ha sido creada específicamente con ese propósito. Si bien la mayoría de las leyes de competencia en el mundo tienen la consigna de vigilar este bien jurídico, el órgano decisor no puede aplicar esta regla de forma absoluta. Por dicha razón, más que una defensa afirmativa alegada por las partes, la *failing company* se constituye en una excepción que permite sopesar la afectación a la competencia con los beneficios en otros bienes jurídicos de igual importancia como la seguridad social, la protección del crédito, la defensa de los intereses económicos de los consumidores, entre otros que puedan surgir en los casos particulares.

Ahora bien, no es la primera vez que se prevé una excepción de esta naturaleza en la normativa de control de operaciones de concentración empresarial. Muchas legislaciones en el mundo, incluida la peruana, poseen una excepción particular para el caso de operaciones de rescate en el sector bancario y financiero. La justificación de dicha excepción es mucho más clara que en la *failing company* debido al papel crucial que desempeña la industria bancaria y financiera en toda la economía, por lo que, incluso, la evaluación del proyecto de concentración es realizado únicamente por el regulador bancario tomando en cuenta únicamente

el desempeño financiero de las entidades involucradas y sin incluir variables de competencia en su análisis. En cambio, en los casos analizados líneas arriba, para evaluar una defensa de una empresa en crisis, la autoridad *antitrust* primero analiza si la operación de concentración es la causa del detrimento de la estructura competitiva y luego sopesa los efectos negativos de la transacción en el mercado con los beneficios extraconcurrenciales que podría conllevar una eventual aprobación. De esta manera, podemos agrupar la justificación de la *failing company* en dos clases: las razones de competencia y las de naturaleza extraconcurrencial.

### A. Razones de competencia

De acuerdo con Roger Kaplan

> [l]a racionalidad económica de la doctrina de la empresa en crisis, como se formuló por primera vez, se basó en la incapacidad de la empresa para competir en el corto plazo, por lo que su venta a un competidor no podría resultar en una restricción sustancial de la competencia (1976, p. 669).

En la mesa redonda de discusión de la OCDE sobre el desarrollo de esta doctrina, varios países concordaron en que la racionalidad económica de la *failing firm defense* se fundamenta en que la adquisición de la empresa objeto de la operación no restringirá la competencia tanto como si esta fuera una empresa saludable capaz de competir por sí sola en el mercado. Este argumento de falta de causalidad ha sido alegado en la doctrina de los Estados Unidos, la Unión Europea, Corea e Israel (OECD, 2009).

Por esta razón, en todas las jurisdicciones examinadas en el presente trabajo, el común denominador para admitir la defensa de la empresa en crisis es que la operación de concentración objeto de análisis sea la menos lesiva para la competencia. Ello pues si la empresa en crisis puede ser adquirida por otra menos dominante o sus activos productivos aún pueden ser rescatados por otras empresas competidoras, no tiene sentido aprobar dicha operación en la medida en que el principal objetivo del instrumento de control de fusiones es preservar, en mayor magnitud, el nivel de competencia en el mercado.

Ahora bien, otro factor importante a examinar es el conjunto de razones por las que la empresa entró en la situación crítica a fin de determinar si la aprobación de la operación de concentración puede o no distorsionar la competencia. Por ejemplo, una empresa puede haber entrado en insolvencia como consecuencia de una recesión económica que haya afectado la demanda o la producción en el sector industrial en el que se ubica, siendo que la salida del mercado de esta empresa puede estar sucediendo con justa razón, por lo que, aun cuando sea salvada por la adquiriente, su presencia competitiva podría resultar completamente prescindible. En un escenario como este, la aprobación de la operación de concentración podría otorgarle a la empresa adquiriente una ventaja desmesurada sobre activos productivos estratégicos de la industria que la hagan más propensa a abusar de su posición dominante en la nueva configuración de la estructura del mercado. En esta línea, la Comisión Europea señaló que no es aceptable que el test de evaluación de la *failing firm defense* se relaje en tiempos de crisis, así como no es aceptable que se endurezca en tiempos de prosperidad.

Ahora bien, pese a que la aprobación de una operación de concentración para rescatar a una empresa en crisis representa menores consecuencias restrictivas de la competencia[4] en comparación con una fusión entre empresas saludables, no deja de ser cierto que, en estricto cumplimiento de la normativa de control de fusiones, aceptar la razón de competencia como suficiente para admitir la defensa de la empresa en crisis sería una decisión simplista e inconsistente en cierto grado con la política de competencia (Kaplan, 1976, p. 671).

Por ello, la doctrina *failing firm defense* también se sustenta en otras razones de índole extraconcurrencial que giran en torno al rol que cumplen los activos productivos de la empresa en la industria y

[4] Roger Kaplan (1976, p. 671) cita una serie de efectos anticompetitivos que podrían surgir de la adquisición de una empresa en crisis:
- i) Permite a la empresa adquiriente moverse rápido en un nuevo mercado.
- ii) Incrementa la capacidad de la firma para atender demanda que de otra forma no lo hubiera podido atender.
- iii) Permite a la empresa adquiriente retirar del mercado instalaciones, previniendo la entrada de nuevos competidores si el costo de construir nuevas instalaciones resulta prohibitivo.
- iv) Permite a la firma adquiriente obtener más del negocio de la empresa en crisis de lo que habría sido posible obtener si la empresa colapsada habría vendido sus activos de buena voluntad.
- v) Permite a la firma adquiriente integrarse totalmente y, por ende, le otorga la posibilidad de eliminar a un cliente o proveedor de sus competidores.
- vi) Le otorga la capacidad de eliminar un componente del mercado relevante que, por ende, permite al adquiriente obtener o adquirir un incremento del porcentaje del mercado y dominio de este sin la necesidad del crecimiento propio.

en la sociedad y que –aunque los textos normativos, lineamientos o precedentes jurisprudenciales no lo evocan de forma expresa- en la práctica las autoridades o juzgadores en materia *antitrust* terminan considerándolas para su decisión final. De esta manera, esta defensa, en realidad, vendría a constituir una excepción a la aplicación estricta de la Ley de control de fusiones justificada en otros bienes jurídicos de igual valor que la libre competencia aun cuando nuestra norma solo contemple dentro de sus fines y objeto **la promoción de la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores** (este último como una finalidad ulterior o indirecta).

**B. Razones extraconcurrenciales**

Aun cuando una operación de concentración represente un potencial detrimento de la competencia, la autoridad *antitrust* no puede denegar dicha solicitud a las empresas involucradas sin sopesar la libre competencia con otros bienes jurídicos que se encuentran en juego. A modo meramente enunciativo, podemos señalar los siguientes intereses fundamentados en razones distintas a la competencia en el mercado:

– **La conservación de la producción industrial:** una operación de concentración trae beneficios económicos o sinergias que emanan de las concentraciones, por lo que la fusión es un medio idóneo para la preservación de los activos productivos (Pérez Molina, 2016, p. 118), razón por la cual su mantenimiento es importante para que el desarrollo alcanzado no se pierda en una eventual canibalización de los bienes de la empresa en crisis en un potencial proceso de liquidación. Ahora bien, en industrias especializadas o con altas barreras económicas de entrada, este interés cobra mayor relevancia, en la medida en que la eventual desaparición de los activos productivos de la empresa en crisis podría conllevar a una reducción de la capacidad de la oferta en el mercado para atender la demanda, lo que podría prolongarse por un buen tiempo hasta que un nuevo inversionista decida abrir una nueva planta, construir nuevamente la infraestructura esencial, desarrollar una patente o comenzar cualquier otro proyecto *greenfield* (desde cero) para reanudar la producción del bien o la prestación del servicio afectado en los niveles anteriores.

– **La política social**: una empresa no solo es una unidad productiva en el mercado, sino que también se constituye como una institución clave del sistema económico de una sociedad, razón por la cual la Constitución la ampara y promueve a través del reconocimiento de la libre iniciativa privada, el derecho de propiedad, la libertad de contratación y la libertad de empresa. Sin embargo, la Constitución también protege otros bienes jurídicos de igual importancia que se derivan de la actividad empresarial como el empleo, la seguridad social, la protección del crédito, entre otros.

De esta manera, al momento de decidir la aprobación de una operación de concentración empresarial, la autoridad *antitrust* debe tomar en cuenta que su denegación puede conllevar a la pérdida de puestos de trabajo que generaban ingresos para las comunidades que se beneficiaban con la presencia de los activos productivos de la empresa (una planta, una mina, una central hidroeléctrica, entre otros). Asimismo, la quiebra de una empresa puede significar que muchos acreedores ya no puedan cobrar sus créditos y, entre los que se podría encontrar el propio Estado, como acreedor tributario, perdiéndose así una fuente de ingresos públicos que beneficiaba indirectamente a los habitantes de las comunidades influenciadas por la empresa. Finalmente, los accionistas e inversionistas en general sufrirán pérdidas irrecuperables en los mercados financieros lo que podría alimentar la desconfianza de los demás inversionistas que aún se encuentran arriesgando su patrimonio en las demás empresas del sector.

– **El bienestar del consumidor:** aunque este fundamento se encuentra más vinculado con las cuestiones de mercado, no puede considerarse en estricto como una razón de competencia, pues no se considera un efecto directo que persiga la política de defensa de la competencia. No obstante, este fundamento es esgrimido a menudo por las autoridades de competencia para aprobar una fusión bajo la defensa de la empresa en crisis. El impacto que la quiebra de la empresa y su consiguiente retiro de los activos productivos del mercado podría provocar una merma en el bienestar de los consumidores quienes venían satisfaciendo su demanda con dicho competidor en condiciones bastante aceptables. Así, por ejemplo, en el caso *BASF/Eurodiol/Pantochim* la Comisión consideró que la supervivencia de las unidades productivas en el mercado traería beneficios a los clientes en términos de precios, por lo que el deterioro de la estructura competitiva sería menos significativo que la inexistencia de la concentración.

Los fundamentos extraconcurrenciales para aprobar una operación de concentración bajo la defensa de la empresa en crisis no son taxativos y dependerán de las circunstancias de cada caso concreto; no obstante, **estas no pueden extenderse a factores totalmente ajenos a los fines que persigue la política de competencia ya sea directa o indirectamente**. Así, quedan categóricamente fuera del análisis factores políticos, de moral social o religiosa, intereses particulares o de grupos específicos de empresas que puedan distorsionar la correcta aplicación de la excepción.

La situación de crisis por las que atraviesan algunas empresas en la actualidad como las aerolíneas, hoteles y algunas de la industria del entretenimiento pueden generar casos de empresas en dificultades; sin embargo, ello no significa *per se* que la figura estudiada vaya a ser aceptada de plano. Por el contrario, esto implica que la autoridad *antitrust* debe realizar un análisis más pormenorizado de las circunstancias que dieron lugar a la situación crítica de la empresa y si estas influyen en algo en la estructura competitiva del mercado. Precisamente, en el informe de la OCDE de 2009, la Comisión Europea tuvo a bien precisar que los criterios fijados en esta materia por las Directrices son relevantes para determinar si una de las partes es realmente una empresa en crisis, pero no pueden considerarse exclusivos ni exhaustivos. En su opinión, en dicho examen también son pertinentes otros elementos como la crisis económica y los mercados decrecientes –*declining markets*– (OCDE, 2009, p. 183).

## V. APLICACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE LA EMPRESA EN CRISIS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

Ahora bien, cabe preguntarnos si esta figura, tal como ha sido estudiada en la experiencia comparada, puede ser admitida en el ordenamiento jurídico peruano. Recordemos que la *failing firm defense* surge en la práctica *antitrust* estadounidense, cuyo sistema de derecho es de carácter esencialmente jurisprudencial, propio del sistema jurídico del *common law*, a diferencia del ordenamiento peruano que proviene del sistema de derecho continental basado principalmente en normas generales y abstractas.

El literal i) del artículo 7 del Decreto de Urgencia 013-2019 señala que la autoridad tomará en cuenta la grave situación de crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración, las que deben ser acreditadas por las partes notificantes.

Por su parte, el proyecto de Reglamento del Decreto de Urgencia 013-2019 propone que, entre los requisitos de la solicitud de aprobación de la operación de concentración se incluya, a fin de identificar a los agentes económicos participantes, la acreditación de la grave situación en crisis de alguna de las empresas involucradas y la necesidad de realizar la operación de concentración tal como lo realizan otras agencias de competencia del mundo (Unión Europea, Reino Unido, Alemania, España y Chile).

Bajo una interpretación literal, podemos señalar que estas normas no establecen los elementos suficientes para sostener que este factor pueda dar lugar a la excepción de la empresa en crisis. En primer lugar, porque ha sido incluido como un factor más a considerar en el procedimiento de análisis de la operación de concentración, con lo que no parece haber sido incorporada por el legislador con el propósito de establecer una excepción a la regla de análisis regular, como sí ocurre con el caso de la excepción para las empresas que captan depósitos del público y que forman parte del sistema financiero.

Sin embargo, estas disposiciones normativas sí brindan –aunque de forma muy primitiva– un sustento legal a los órganos resolutivos para que, a través de la casuística, puedan elaborar esta doctrina mediante precedentes jurisprudenciales –los que no son ajenos a la práctica resolutiva usual del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) en materia de Libre Competencia– y su posterior fijación en lineamientos. Esto en la medida en que, entre los factores a tener en cuenta, la grave crisis económica por la que atraviesa la empresa objeto de la operación de concentración empresarial puede justificar su aprobación siempre que concurran adicionalmente los otros requisitos que el órgano resolutivo pueda identificar como condiciones *sine qua non* para admitir la figura y que deberían contener los cuatro componentes identificados en la tendencia internacional sobre la materia.

Al cierre de la redacción de este artículo, el Congreso de la República aprobó el proyecto de ley 5913-2020-CR, que propone derogar al Decreto de Urgencia 013-2019 y su modificatoria, aprobando un texto sustitutorio que eliminaría el literal i) del artículo 7, con lo que, la grave situación de crisis de algunas de las empresas participantes de la operación de concentración ya no sería un factor que se pueda incluir en el análisis del procedimiento de control previo, lo que le resta fundamento legal a esta figura para que pueda ser recogida en un precedente vinculante. No obstante, bajo una interpretación muy extensiva, todavía se podría buscar un sustento legal a la excepción en el literal f) de la norma que aún se mantendría si se llegase

a promulgar la nueva ley, el cual hace referencia al poder económico y financiero de las empresas involucradas.

## VI. CONCLUSIONES

i. La defensa de la empresa en crisis es una doctrina de origen jurisprudencial norteamericano que consiste en la alegación de la situación económica crítica de la empresa objeto de la operación de concentración a fin de que esta se apruebe como una excepción a la regla de evaluación en tanto no constituye la causa del detrimento de la competencia.

ii. La doctrina ha tenido una evolución dispar en los Estados Unidos y la Unión Europea, aunque han llegado a consolidar los requisitos para su admisión con los mismos componentes; esto es, la (i) insolvencia de la empresa; (ii) las alternativas de compra; (iii) el daño a la competencia; y, (iv) salida de los activos del mercado.

iii. La racionalidad de la defensa de la empresa en crisis descansa en fundamentos de índole concurrencial y extraconcurrencial, los que son sopesados a fin de determinar si la restricción de la competencia causada por la operación de concentración puede ser compensada con los beneficios de los que puedan seguir gozando la industria, la sociedad o los consumidores.

iv. El solo hecho de que una empresa haya caído en crisis en el contexto de una crisis económica generalizada no es suficiente para aceptar la defensa y aprobar la operación de concentración. En estos casos, la autoridad *antitrust* debe evaluar con mayor detalle los efectos que la operación propuesta vaya a tener en un mercado en crisis o en contracción a fin de sopesar correctamente los bienes jurídicos involucrados en la decisión.

v. La defensa de la empresa en crisis es susceptible de ser aplicada en el ordenamiento jurídico peruano ya que cuenta con un sustento legal, aunque primitivo, suficiente como para construir en la jurisprudencia del Indecopi las bases que permitan esbozar la figura y sus requisitos para su aplicación.

## REFERENCIAS

Arboleda Suárez, C. I. (2019). La excepción de la empresa en crisis. Revista de derecho de la Competencia, XVIII(*1 Extra)*, 109-130. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7463339

Consejo Administrativo de Defensa Económica [CADE] (2016). Guía An**álise** de Atos de Concentraçao Horizontal. http://www.cade.gov.br/upload/Guia Compliance - Versão Oficial.pdf

Department of Justice, & Federal Trade Commission. (2010). *Horizontal Merger Guidelines*. https://doi.org/10.1007/BF01034180

Fiscalía Nacional Económica (2012). *Guía para el análisis de operaciones de concentración empresarial*. https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2012/10/Guia-Fusiones.pdf

Kaplan, R. B. (1976). All the King ' s Horses and All the King ' s Men : The Failing Company Doctrine as a Conditional Defense to Section 7 of the Clayton Act. *Hofstra Law Revi*ew, *4*(3), 643-684. https://scholarlycommons.law.hofstra.edu/hlr/vol4/iss3/3

Kokkoris, I. (2006). Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers? *European Competition Law Review*, *27*(9), 494-509. https://ssrn.com/abstract=2897127

(2007). Failing Firm Defence Under the Clayton Act. *European Competition Law Review*, *28*(3), 158-166.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (2009). Roundtable on Failing Firm Defence. *Bulletin of Economic Research*, (October). http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1467-8586.2009.00334.x/full

Pérez Molina, M. A. (2016). La excepción de la empresa en crisis (failing firm defence): La evaluación de las concentraciones de recuperación o saneamiento económico en la Unión Europea. *Revista de Derecho*, (20), 99–124. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i20.2790

## LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Asunto IV/M.053, Aérospatiale-Alenia/De Havilland**,** O.J. (L 334) 42 (1991).

Asunto IV/M.308, Kali + Salz/MDK/Treuhand, O.J. (L 186) 38 (1994).

Asunto Comp/M.2314, BASF/Eurodiol/Pantochim, O.J. (L132) 45 (2002).

Citizen Publishing Co. v. United States, 394 U.S. 131 (1969).

Decreto de Urgencia 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de noviembre de 2019 (Perú).

Decreto Legislativo 1510, Decreto Legislativo que modifica e incorpora modificaciones al Decreto de Urgencia Nº 013-2019, Decreto de Urgencia que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial, Diario Oficial *El Peruano*, 20 de julio de 2020 (Perú).

Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, 2004, O.J. (C 31) 5-18.

International Shoe Co. v. FTC, 280 U.S. 291 (1930).

Ley de bancarrota, 11 U.S.C. §§ 101-1532 (EE.UU).

Ley Clayton Antitrust, 15 U.S.C. §§ 12-27 (EE.UU).

Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C. §§ 1-7 (EE.UU).

Superintendencia de Industria y Comercio, 26 de mayo de 2006, Resolución de Integración 13544 de 2006 (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 14 de diciembre de 2005, Resolución de Integración 33268 de 2005 (Colom.).

United States v. Gen. Dynamics Corp, 415 U.S. 486 (1974).

10.18800/themis.202002.020

# LA COHERENCIA DE LA DISCIPLINA DEL *DUMPING* CON LA DISCIPLINA DE LA LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ: EL CASO DE *DUMPING* DE LA REPÚBLICA POPULAR DE CHINA

## *THE COHERENCE OF THE DUMPING AND FREE MARKET POLICIES IN PERU: THE DUMPING CASE OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA*

**Geoffrey Cannock***
**APOYO Consultoría**

**Rodrigo Ezcurra****
**APOYO Consultoría**

*The Peruvian competition authority Indecopi simultaneously upholds the duties of ensuring a free market as well as protecting it from distortions caused by dumping practices. Such incoherence is evident, since both disciplines are based upon opposite principles: one favors free trade, while the other tends toward protectionism.*

*In this article, the authors explore Indecopi's dumping policy and how it can collide with the maintenance of a free market. To achieve this, they analyze the legal basis of the WTO's Antidumping Agreement in Peru, they explain the theories and effects of dumping practices and, at last, they critically analyze the antidumping measures taken by Indecopi against Chinese footwear. The authors close the article by recommending ways in which Indecopi can improve its performance in these types of matters.*

*Keywords: Indecopi; dumping; World Trade Organization; free market.*

*En el Perú, la autoridad de competencia, el Indecopi, mantiene al mismo tiempo la función de velar por la libre competencia y la de proteger a los mercados de las supuestas distorsiones de las prácticas del dumping. Ello es incoherente ya que ambas disciplinas se inspiran en principios opuestos: una favorece el libre intercambio mientras que la otra tiende al proteccionismo.*

*En el presente artículo, los autores abordan las políticas de* dumping *del Indecopi y cómo estas pueden colisionar con el respeto a la libre competencia. Para ello, analizan la base legal del Acuerdo Antidumping de la OMC en el Perú, exponen el sustento teórico y los efectos de la práctica del* dumping *y, finalmente, desarrollan un análisis crítico de las medidas* antidumping *que el Indecopi ha impuesto sobre el calzado chino. Este marco permite a los autores elaborar una serie de recomendaciones para mejorar el funcionamiento del Indecopi en esta materia.*

*Palabras clave: Indecopi; dumping; Organización Mundial del Comercio; libre competencia.*

* Economista. Doctor en Economía Agraria por la Oklahoma State University. Ex Vicepresidente de la Comisión de Libre Competencia del Indecopi y ex Gerente General de Osiptel. Socio-Gerente del área de Consultoría Económica en APOYO Consultoría (Lima, Perú). Contacto: gcannock@apoyoconsultoria.com.

** Economista. Consultor del área de Consultoría Económica en APOYO Consultoriía (Lima, Perú). Contacto: rezcurra@apoyoconsultoria.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 1 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 2 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN Y MOTIVACIÓN

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), como autoridad de protección de la libre competencia y de la propiedad intelectual tiene bajo su ámbito varias competencias funcionales como la represión de conductas anticompetitivas, la protección de derechos de propiedad intelectual, la protección al consumidor, la disminución de barreras burocráticas, la protección ante conductas de competencia desleal, la conducción del sistema concursal de las empresas, la corrección de distorsiones por prácticas de *dumping* y subvenciones.

Una apreciación general de dichas competencias permitiría concluir que están alineadas a la promoción del mercado y a corregir fallas de mercado como posiciones de dominio, información asimétrica, tratamiento de externalidades positivas como la innovación en lo propiedad intelectual, barreras a la entrada y de salida al mercado. Sin embargo, habría en nuestra opinión una excepción: la función relacionada a la eliminación de las supuestas distorsiones del *dumping*, la cual no es necesariamente consistente con la promoción o protección de la libre competencia.

Así, los objetivos de estos dos tipos de intervenciones son distintos, incluso opuestos. Mientras que el de *dumping* resuelve con la imposición de medidas *antidumping* dirigidas a corregir supuestas distorsiones que en última instancia constituyen una protección a los productores de la "rama de producción nacional" en perjuicio de las industrias demandantes o de los consumidores nacionales; por otro lado, las intervenciones de libre competencia están dirigidas a preservar el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

Las metodologías de análisis para determinar si las conductas denunciadas han sido incurridas también difieren significativamente. En los casos de libre competencia se definen mercados relevantes de producto, geográficos, y de comercialización. Así, se analizan los efectos sustitución entre los productos para la determinación del mercado relevante, así como el grado de sustitución por el lado de la oferta para luego evaluar si el denunciado posee posición de dominio en dichos mercados relevantes, y finalmente si la práctica denunciada fue efectivamente incurrida y tuvo un efecto causal negativo sobre el proceso de la competencia en el mercado. La atribución del efecto causal generalmente se plantea y estima con la especificación de un escenario contrafactual, es decir, qué hubiera pasado en el mercado relevante si no hubiera ocurrido la práctica denunciada. Las empresas infractoras de la libre competencia deben cesar dichas conductas y son sujetas a sanciones monetarias.

Por otro lado, en los casos de *dumping* –las que serían parte de la familia de prácticas de conductas predatorias– se basan en un procedimiento y una metodología acordadas en el Acuerdo de Antidumping de la Organización Mundial del Comercio (1994) (en adelante, Acuerdo Antidumping y OMC, respectivamente), en los cuales, para el caso de *dumping*, se requiere probar que el precio de exportación de la empresa exportadora denunciada está por debajo del precio vendido en el mercado doméstico de origen, y que ello ha originado un daño a la industria nacional. No se requiere demostrar que existe posición de dominio, ni tampoco si existe una motivación de afectar la competencia para excluir a competidores mediante el *dumping* o las subvenciones. La causalidad se muestra relacionando los cambios en las tendencias de los niveles de importación agregados, de los precios de importación, y de la participación en el mercado de importaciones en las empresas de origen extranjero denunciado con los cambios en la producción, ventas, y utilidades.

De hallarse que se ha incurrido en prácticas de *dumping*, se imponen derechos *antidumping*, que afectan a las importaciones de todo el mercado de las partidas arancelarias del país de origen por un plazo de hasta de cinco años. Estos pueden ser prorrogados si se mantienen las condiciones de *dumping* y de daño a la industria nacional supuestamente afectada.

Esta investigación sostiene que no es consistente que la autoridad de competencia nacional mantenga al mismo tiempo la disciplina de libre competencia con la de *dumping* sin realizar modificaciones a esta última. Ello es relevante en la medida que a la propia Comisión de Libre Competencia del Indecopi se le ha facultado en el 2015 mediante el Decreto Legislativo 1205, que recomiende a entidades del Estado medidas que reestablezcan o promuevan la libre competencia.

Esta eventual inconsistencia ha sido señalada también por Sykes y Cooper (1998) para el caso de los Estados Unidos de América, quienes realizaron un análisis histórico de la evolución de la legislación y de la política económica sobre libre competencia y *antidumping*. Concluyen que, si bien ambas tuvieron raíces comunes en su origen, han evolucionado de manera muy distinta, estando las decisiones de las autoridades en la primera basada en sólidos principios económicos mientras que la segunda ha girado hacia un objetivo pro-

teccionista y basada menos en una lógica de eficiencia económica. Pierce (2000) refiere también a varias investigaciones sobre las inconsistencias de las políticas sobre el *dumping* con las de la libre competencia.

Desafortunadamente, la revisión que realizó la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) en el 2018 sobre la política de competencia, si bien resalta la multiplicidad de funciones del Indecopi –aspecto criticado desde sus orígenes– no analiza la coherencia entre estas funciones. Recientemente el caso de la publicidad de octógonos ha sido un ejemplo de que funciones como la de eliminación de barreras burocráticas y la de protección al consumidor pueden colisionar. Pero este caso parece ser más de naturaleza anecdótica que un caso de colisión estructural como lo es el tratamiento del *dumping* y de la libre competencia.

Los casos sobre *dumping* y subvenciones son los que más han originado diferencias entre los países miembros de la OMC. Aproximadamente el 50% de los casos que conoce el panel de solución de diferencias de la OMC trata de estos temas. Los procesos de liberalización que implicaron una reducción en los aranceles y los tratados bilaterales de libre comercio también coincidieron con un mayor empleo de medidas *antidumping* en los países[1].

## II. EL ENTORNO DEL ACUERDO ANTIDUMPING DE LA OMC Y SU BASE LEGAL EN EL PERÚ

### A. Antecedentes

La aplicación de la evaluación de las prácticas de *dumping* y subvenciones se origina en el Acuerdo General de Tarifas y Aranceles (en adelante, GATT por su acrónimo en inglés). El GATT constituyó un conjunto de acuerdos relacionados al comercio internacional que fueron realizados en varias largas rondas de negociación luego de la segunda guerra mundial entre 1947 y 1994 para minimizar las reacciones proteccionistas de los países.

En la ronda de negociaciones finales del GATT se acordó también la creación del Organismo Mundial del Comercio para que básicamente aplicara dicho acuerdo y condujera nuevas negociaciones para promover el comercio de bienes y servicios bajo un enfoque de acuerdos multilaterales entre los países miembro.

En el título VI del GATT de 1994 se desarrolla el acuerdo sobre *dumping*. Para determinar que es necesario imponer un derecho *antidumping*, se debe estimar el margen del *dumping*, y el daño a la Rama de Producción Nacional (en adelante, RPN). Respecto al *dumping*, el acuerdo tiene un detalle sobre su definición y las maneras de estimar el denominado margen de *dumping* según la información disponible. Así, el *dumping* es la diferencia del precio de exportación a un país miembro menos un valor considerado como "normal" de un precio de un producto similar destinado al mercado interno del país exportador (Acuerdo general sobre aranceles aduaneros [GATT], 1994, artículo VI). Si no se vende el producto en el mercado interno del país exportador o dicho mercado es muy pequeño, el acuerdo permite emplear los precios de exportación a terceros países, el precio de la primera reventa del producto en terceros países, o a la estimación del costo de producción promedio de las empresas exportadoras que consideren costos variables y costos fijos, incluyendo los gastos administrativos e indirectos, y utilidades; siempre que se apliquen principios de contabilidad generalmente aceptados. La comparación del precio de exportación con el valor normal se debe hacer en el mismo nivel comercial (por ejemplo, ex fábrica).

Respecto a la determinación del daño a la RPN, el criterio empleado se desdobla en mostrar el volumen de importaciones bajo el supuesto *dumping*, y su efecto sobre los precios del producto vendido por la RPN. Sobre las importaciones, el indicador se basa en el volumen importado, ya sea en términos absolutos o con relación a la producción o consumo del país importador; y con respecto al precio, se analiza si el precio de las importaciones con el supuesto *dumping* se encuentra por debajo al de los productores nacionales, o si tuviese el efecto de disminuirlos o que impida que suban los precios. La repercusión del *dumping* sobre el desempeño de la RPN se puede reportar a través de un conjunto de indicadores como ventas, producción, utilidades, participación de mercado, uso de la capacidad instalada, empleo, salarios, los flujos de caja, entre otros.

Es relevante notar que el acuerdo explícitamente menciona que se debe examinar otras razones distintas al *dumping* que hayan podido impactar sobre el desempeño de la RPN, como por ejemplo los precios y volúmenes no sujetos a *dumping*, los cambios en la demanda, la tecnología, y la productividad de la RPN.

Otros puntos del acuerdo que son relevantes destacar son los siguientes:



[1] Véase Voon (2007).

i) el proceso de investigación se inicia a solicitud de la RPN, quienes deben acreditar que representan al menos el 25% de la RPN respectiva;

ii) es posible establecer medidas provisionales como derechos o una garantía que no exceda el margen de *dumping*; y,

iii) el acuerdo contempla también un proceso por **cambios de circunstancias** en el caso que se identifique una situación de un daño importante e inminente. Para ello, la autoridad competente debe revisar si existe un fuerte aumento de las importaciones sujetas a *dumping*; una alta capacidad de exportación disponible de las empresas del país exportador; y que las importaciones tengan como efecto bajar los precios internos y provoque a su vez mayores importaciones (GATT, 1994).

Con respecto al marco normativo peruano, es interesante notar que desde el año 1991, previo al GATT de 1994, se aprobó el Decreto Supremo 133-91-EF en el cual se introdujeron la evaluación de *dumping* y la determinación de los derechos *antidumping* en el país. En los considerandos de la norma, se justificó la necesidad de la norma sobre la base de que la Constitución Política del Perú de 1979 –vigente en ese momento– estableció que en una economía social de mercado el Estado no puede permitir actos que distorsionan la competencia como el *dumping* y las subvenciones. Esta norma definió el *dumping* y la manera de estimarlo de manera similar a la que se aprobó luego en el GATT de 1994; y creó la Comisión de Dumping y Subsidios (en adelante, CDS). La CDS dependía del Ministerio de Economía y Finanzas. La norma otorgó la discreción a la CDS de determinar en última instancia el margen de *dumping* en el caso de que no fuesen aplicables los diversos métodos para calcular el valor normal y el margen de *dumping*.

En diciembre de 1994, mediante la Resolución Legislativa 26407, el Congreso Constituyente aprobó el acuerdo para crear la OMC, y los acuerdos comerciales multilaterales del GATT de 1994 aprobados en el acta de negociación de Uruguay, que incluyen el acuerdo sobre *dumping*. El acuerdo fue reglamentado y modificado sucesivamente por el Decreto Supremo 043-97EF, el Decreto Supremo 144-2000-EF, y el Decreto Supremo 225-2001-EF.

En 1992, se creó el Indecopi. Si bien en sus funciones se le otorgó el mandato de proteger a los mercados de prácticas que generen competencia desleal y de aquellas otras que afecten a consumidores y a otros agentes del mercado, no se especificó expresamente el deber de proteger a los mercados de distorsiones de las prácticas de *dumping* y subsidios. Sin embargo, su norma de creación estableció como una de sus áreas funcionales la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios. A dicha comisión se le encargó la aplicación del Decreto Supremo 133-91-EF y sus modificatorias[2].

El aún vigente Decreto Supremo 006-2003-PCM (2003) ha ordenado en una sola norma la reglamentación nacional sobre el *dumping*. Sobre los aspectos a resaltar de dicha norma, se tiene que reiterar que los *dumping* y subsidios pueden ser prácticas anticompetitivas según lo establecido por la Constitución Política del Perú[3]. Introduce el concepto de **situación especial de mercado**, que ocurre cuando la autoridad nacional considera que los costos, precios, y las condiciones de mercado en el país de origen, es decir el país exportador, están distorsionados. Establece que la investigación sobre la existencia de *dumping* puede ser de oficio si los productores no están organizados o por razón de interés nacional. También, recoge la opción de que las empresas exportadoras ofrezcan un compromiso sobre el precio de exportación en un nivel tal que evite la imposición de un derecho *antidumping* por la autoridad nacional. La norma precisa que los derechos *antidumping* tienen condición de multa. Asimismo, dispone que la vigencia de los derechos de *antidumping* no puede ser mayor a cinco años salvo que se siga previamente un procedimiento de *sunset review* o de examen de expiración, en el cual se analiza si es probable que el *dumping* continúe luego de la expiración, así como si es probable que el daño a la industria nacional persista de eliminarse los derechos *antidumping* (Decreto Supremo 006-2003-PCM, 2003).

Debido a que un alto número de casos investigados de *dumping* en el mundo han involucrado a las exportaciones de la República Popular China (en adelante, RPC), de los cuales detallamos uno más adelante, es conveniente resumir el marco aplicable para ese país. Antes del 2001, año en el cual la RPC accedió a la OMC, se trataba a este país como una economía que no era de mercado. En ese sentido, el Estado peruano definió varios cri-

[2] La precisión se hizo recién en 1996 mediante el Decreto Legislativo 807.

[3] Regía la nueva Constitución Política aprobada en 1993.

terios de evaluación, como por ejemplo, si los precios se formaban en libre competencia con base en la oferta y demanda, si había interferencia del Estado en la determinación de costos y precios, la existencia de normas de acceso y salida del mercado, entre otros[4]. La implicancia para estos fines fue que la autoridad nacional podía determinar el valor normal no sobre la base de la información de los productores de la RPC, sino de un tercer país, no necesariamente es comparable[5], a efectos de estimar el margen de *dumping*.

Con el acuerdo de adhesión a la OMC (2001), la RPC se comprometió, entre otros puntos, a:

i) no establecer precios diferenciados según el destino de venta de los productos, sea al mercado interno o al de exportación;

ii) no emplear controles de precios para proteger a los productores nacionales, y que los precios de bienes transables se determinen por las fuerzas del mercado;

iii) que en las zonas económicas especiales se cobraría los mismos derechos y políticas para bienes importados que se apliquen en el resto del país;

iv) que las empresas estatales chinas no intervengan de manera tal que afecten la cantidad, valor u origen del comercio;

v) notificar de cualquier subsidio que establezca definido según el acuerdo de subvenciones de la OMC; y,

vi) se acordó un mecanismo de salvaguardia de transición que los países importadores miembros podrían invocar que regiría doce años desde la fecha de acceso para ciertos productos de exportación de la RPC (Organización Mundial del Comercio, 2001).

Por otro lado, las medidas de los países importadores contra la RPC que sean inconsistentes con los acuerdos de la OMC, deberían ser dejadas sin efecto. Finalmente, con respecto a la determinación del valor normal para el cálculo de *dumping* se acordó que si los productores chinos demuestran que las condiciones de mercado prevalecen en la industria del producto similar bajo investigación, la autoridad del país importador emplearía los precios y costos internos de la RPC; de lo contrario la autoridad del país importador puede emplear otra metodología para comparar los precios.

## III. SUSTENTO TEÓRICO Y EFECTOS DE LA PRÁCTICA DEL *DUMPING*

### A. Monopolio en país exportador

Una primera cuestión para evaluar sobre el *dumping* es si es en realidad una práctica anticompetitiva. La teoría microeconómica básica[6] brinda el fundamento más común y estándar para explicarlo. Lo que se conoce como *dumping* constituye un caso de discriminación de precios de una empresa que es monopolista en su mercado local, la cual, aprovechando que los mercados de destino están separados, que los costos son los mismos y que no hay arbitraje, le permite cobrar un precio monopólico en su mercado doméstico y un precio menor en el mercado de exportación dependiendo de las diferencias en las elasticidades de la demanda.

En ese sentido, el monopolista prefiere restringir la venta en su mercado doméstico y elevar el precio interno por encima de su costo marginal; mientras que vende en el mercado de exportación una mayor cantidad, pero a un menor precio. Asumiendo razonablemente que el mercado global es competitivo, es relevante notar que el precio de exportación de la empresa es igual al precio internacional, lo que es el costo de oportunidad tanto para el exportador como para el importador en el país de destino.

En ese sentido, el precio para el país importador no es mayor que el internacional. Por lo tanto, no se genera un daño a los importadores, y por extensión tampoco a los productores nacionales por la supuesta práctica del *dumping*. El escenario contrafactual, es decir, sin *dumping*, implicaría que el precio doméstico en el país exportador bajaría al mismo nivel que el precio internacional, pero el precio de exportación en el mercado de destino sería el mismo respecto a la situación con *dumping*. Por tanto, si el *dumping* se considera como una práctica de competencia desleal, ello se debería a que la participación de la producción nacional en el país importador disminuye. No obstante, aquello no es una práctica anticompetitiva; dado que el *dumping* no excluye a los productores de la RPN vía una práctica de precios



[4] Véase el Decreto Supremo 225-2001-E.

[5] Mai (2002) identifica varios casos donde los terceros países no son comparables y que han tendido a elevar la estimación del margen de *dumping.*

[6] Para mayor información véase a Kaf.

predatorios. El precio internacional tendría que estar por debajo del costo marginal del producto o de algún indicador similar, lo que es sumamente improbable debido a que cualquier exportación sería insostenible.

En su defecto, para que ocurra un impacto sobre el mercado doméstico del país importador, el país exportador tendría que expandir su oferta exportable en una magnitud tal que influya a generar una reducción en los precios internacionales. Esta expansión de la participación de mercado de las empresas exportadoras sería consistente con la libre competencia si se logra aprovechando mayores economías de escala o adopción de innovaciones que les permita alcanzar un menor costo marginal.

### B. *Dumping* estratégico y *dumping* predatorio

Willig (1998) profundiza en el conjunto de las posibles razones que podrían dar lugar al *dumping*. Su mensaje central es que algunas de ellas podrían ser coherentes con la libre competencia, mientras que otras no. Amplía primero el análisis estándar al incluir no solo al monopolio en el país exportador, sino también al evaluar si dicho resultado puede darse bajo colusión o de competencia oligopólica. Además, propone una tipología de *dumping* de cinco categorías según su motivación:

i) la expansiva, mediante la cual los exportadores pretenden crecer en mercados de exportación cobrando por debajo de los costos de transporte;

ii) la cíclica, en la cual por razones estacionales o cíclicas los exportadores enfrentan un exceso de capacidad instalada y la emplean para elevar su producción y cubrir sus costos fijos;

iii) la del Estado, que corresponde a empresas estatales que exportan a menor precio con el fin de acceder a divisas y con ello levantar la restricción que pudieran tener con la tasa de cambio;

iv) la estratégica, mediante la cual el mercado interno del país exportador está cerrado a terceros países; y que, además, la industria del país exportador se caracteriza por contar con importantes economías de escala, de aprendizaje e innovación con respecto a su tamaño de mercado –ello permitiría que los exportadores puedan penetrar en los mercados de importación a menores precios, y que los productores de los países importadores no tengan la posibilidad de alcanzar las economías de escala por no tener acceso al mercado del país exportador–; y,

v) la predatoria, mediante la cual las empresas exportadoras pretenden excluir irreversiblemente a los productores del país importador (Willig, 1998).

Para Willig, los tres primeros tipos de *dumping* no se basan en una monopolización o exclusión del mercado y son consistentes con la libre competencia, dado que en el país importador habrá competencia generada por las opciones en el mercado internacional y por los productores nacionales (1998). Estos *dumpings*, a pesar de que reducen la renta de los productores, si se comportan como lo harían en un mercado en competencia, producen una pérdida menor a la ganancia que obtienen los consumidores de adquirir los bienes a menores precios.

El *dumping* estratégico en cambio puede ser anticompetitivo debido a que:

i) los productores del país importador no pueden acceder al mercado del país exportador;

ii) producen en su mercado con mayores costos;

iii) no pueden competir en iguales condiciones con las empresas exportadoras en su mercado interno; y,

iv) los consumidores del país importador pueden quedar sujetos al poder de mercado de las empresas del país exportador si las empresas nacionales no pueden competir efectivamente.

Con respecto al *dumping* predatorio, Willig recuerda las condiciones estructurales que tendrían que existir en el mercado del país importador para que este tipo de *dumping* sea efectivo:

i) que el mercado esté concentrado para que la empresa predadora pueda tener poder de mercado una vez excluidos a los productores nacionales;

ii) que existan barreras a la entrada en la producción nacional;

iii) que existan barreras para la reentrada de los productores que tuvieron que salir por el *dumping*; y,

iv) el *dumping* debe estar acompañado por otras estrategias de exclusión dado que solo

usando la variable precio no necesariamente se excluye en el largo plazo a los productores

### C. Comportamiento mercantilista

Uno de los potenciales efectos indeseados de las aplicaciones de *antidumping* es la oportunidad que genera para comportamientos mercantilistas. Es decir, en lugar de que la motivación del productor sea competir en el mercado, estos buscan rentas brindadas por los gobiernos. Este comportamiento fue identificado y teorizado inicialmente por Tullock (1967) y Krueger (1974), los cuales toman temas de comercio internacional como ejemplo.

Para el caso específico de *dumping*, Anderson (1994) demuestra el caso del 'lobby en dominó'. En este, los lobbies tanto en el país importador como en el exportador actúan estratégicamente a través de sus gobiernos para generar normas y para hacerlas cumplir a través del *antidumping* y las restricciones voluntarias a la exportación, siendo esta última figura planteada como una política de sustitución al derecho *antidumping*.

Evidentemente, la posibilidad de que se establezca un derecho *antidumping* que eleve el costo de importación a la competencia de los productores nacionales constituye un fuerte incentivo para realizar esfuerzos con la intención de que ello efectivamente ocurra. Estos esfuerzos pueden llegar a ser equivalentes a la renta esperada (o evitada según el punto de vista) de la imposición del derecho *antidumping*.

El reciente sustento que realizó el mismo Indecopi[7] para modificar el capítulo económico de la Constitución, con el fin de mejorar su autonomía, sugiere que el mercantilismo es un riesgo evidente. Así, cita a un estudio que reporta la falta de autonomía del Indecopi en dos casos sobre *dumping* y subsidios, uno que involucró a un gremio empresarial que pudo obtener una medida proteccionista, y otro involucró a una entidad del Poder Ejecutivo que buscó reponer la reducción arancelaria que se realizó en el programa de liberación comercial con la imposición de derechos compensatorios (Indecopi, 2020).

### D. Acuerdos colusorios y *dumping*

Vinculado al punto anterior, otra incoherencia de la política sobre *dumping* es que tiende a elevar el riesgo de acuerdos colusorios. Pierce (2000) analiza cómo la política de *dumping* puede ser empleada para crear una colusión en un mercado. Refiere el caso del ferro-silicón en los Estados Unidos, en el cual los productores nacionales ante la presencia de competencia vía importaciones de cinco países acordaron formar un cartel entre ellos y elevaron los precios.

Cuando subieron las importaciones a menores precios que el precio acordado, el cártel interpuso una demanda de dumping ante la agencia federal competente. La agencia estableció derechos *antidumping* que tuvo el efecto de excluir a las importaciones de esos países. Más adelante, cuando Brasil inició sus exportaciones, el cartel invitó a los exportadores del Brasil que se unieran, o en caso contrario iniciarían una denuncia por *dumping*. Los exportadores brasileños se negaron, y el cartel hizo efectiva su denuncia, y las autoridades le dieron la razón al cartel, imponiendo derechos *antidumping* a las empresas brasileñas. Finalmente, posteriormente las autoridades de competencia y las judiciales identificaron el acuerdo e iniciaron acciones administrativas y penales contra el cartel.

Pierce sostiene que las normas sobre *dumping* tienden a favorecer la formación de carteles debido a varias razones:

i) las acciones son interpuestas contra productos que son homogéneos –es más fácil formar carteles en productos homogéneos, y las investigaciones de *dumping* definen los productos similares de manera muy específica según partida arancelarias–;

ii) al excluir a las empresas importadoras del mercado relevante, reducen el número de empresas, lo cual tiende o también a facilitar la formación del cartel;

iii) los gobiernos se inclinan a proteger a las empresas locales;

iv) la sola amenaza de que se impongan derechos *antidumping* puede excluir a nuevos competidores que no son parte del cartel; y,

v) estas amenazas de *dumping* pueden constituirse en instrumentos de monitoreo y supervisión del cartel (2000).

De la revisión del acuerdo de la OMC y del marco legal, es posible identificar algunos puntos específicos que podrían implicar ciertos riesgos adicionales:

i) que sean los productores organizados y formalmente legales de la RPN los que puedan

[7] Véase la Resolución de Presidencia 038-2020-INDECOPI/COD y Documento de Trabajo Institucional 003-2020.

presentar una solicitud de investigación de *dumping*;

ii) que estos puedan compartir información sobre el desempeño de su mercado para poder sustentar los supuestos daños a su industria;

iii) debido al hecho que algunos procedimientos como el *sunset review* se deben iniciar con cierta anticipación, lo cual implica un monitoreo del mercado por parte de los denunciantes;

iv) que las empresas del país exportador pueden presentar una oferta de precios o de restricción voluntaria de exportaciones para que sea eliminado el derecho *antidumping*; y,

v) que puedan tener un acuerdo de precio o de distribución en el mercado interno una vez establecido el derecho *antidumping* a la competencia.

### E. El valor normal y libre competencia

El concepto de **valor normal** empleado en las investigaciones de *dumping* para calcular el precio interno del país exportador denunciado –en muchos casos no existe disponibilidad de información de precios del producto denunciado en el mercado doméstico– resulta extraño en el análisis de mercados y de la competencia si se le interpreta como un valor intrínseco. En un mercado competitivo, implicaría que no se altera ningún factor que influye sobre la oferta o la demanda de un mercado. Es decir, por un lado, que se mantienen inalterables el comportamiento y preferencias de los consumidores al igual que sus niveles de ingresos; y, por el otro, que la estructura de la oferta se mantiene con los mismos factores de producción, número de empresas y sin cambio técnico. Cualquier cambio sobre alguna de esas variables influiría sobre el valor normal. También podría ocurrir un valor inalterable en algunas situaciones muy extremas cuando el precio es completamente determinado, ya sea por la oferta o la demanda. Ello sucedería en un mercado con muchos bienes sustitutos o con una industria con costos marginales y economías de escala constantes, situaciones que difícilmente ocurren en casos reales.

Por otra parte, si el valor 'normal' se volviese un valor inmutable, este perdería su rol como señal de información para que los agentes participantes en el mercado tomen decisiones, lo cual es central para los mercados como mecanismos de coordinación eficientes.

Otra interpretación es que se considere un valor normal aquel que resulte de la libre concurrencia e interacción de los agentes del mercado. No obstante, ello nos daría como resultado simplemente el precio como equilibrio determinado en el mercado relevante. Habría tantos precios y valores normales como mercados relevantes de cada producto. No tendría sentido calificar a alguno como normal salvo que sea una decisión arbitraria.

Por ello, las metodologías sugeridas en la normativa del *dumping* son esencialmente arbitrarias y no están alineadas a los conceptos empleados en libre competencia. Postular que el valor normal de un producto es el costo de producción, incluyendo costos fijos, administrativos e indirectos, más un estimado de utilidad para determinar un comparador de precio, ignora que los precios en competencia se fijan según sus costos marginales, incluyendo los costos de oportunidad. Además, la valoración no está únicamente en función de los costos, sino de la disposición a pagar de los consumidores. En la medida en que los costos marginales no son directamente observables, y que son cambiantes según las condiciones del mercado, es un ejercicio fútil tratar de estimarlos para contar con estimados del valor normal.

Por otro lado, no es posible identificar si los cambios en los precios de exportación se deben a una consecuencia de ventajas comparativas estáticas y dinámicas del país exportador o de un supuesto *dumping*. La estimación de valores normales y de sus correspondientes márgenes de *dumping* y eventualmente de derechos *antidumping*, están sujetos a altos márgenes de error.

## IV. EL CASO DE DUMPING DE CALZADO DE LA RPC

En esta sección presentaremos los antecedentes del caso, y luego un análisis crítico focalizado en tres temas.

### A. Antecedentes, procesos, y resoluciones

En el siguiente cuadro se muestra las principales resoluciones de la CDS y de la Sala de Competencia relacionadas con el caso de *dumping* de calzado de la RPC.

Lo más resaltante del caso, sin duda, es que se evidencia más de veinte años con derechos *antidumping* impuestos a calzado de chalas y sandalias de la RPC, a pesar de que el acuerdo de la OMC estipula que, en principio, no deben mantenerse por más de 5 años. Si bien ha habido algunas variaciones en las subpartidas arancelarias –excluyéndose a las de material superior de cuero y a las originarias de Taiwán– esencialmente, por su naturaleza, ha sido el mismo caso.

**Cuadro 1**

**Resoluciones sobre el caso de *dumping* en calzado de la RPC 1997-2019**

| Producto | Tipo de Procedimiento y Decisión | Resolución de CDS o sala del Indecopi | Año |
|---|---|---|---|
| Prendas de vestir y calzado. (31 subpartidas arancelarias) | Imposición de DA provisionales | 002-96/CDS-INDECOPI | 1996 |
| Calzado de deporte, zapatos, zapatos de seguridad, zapatillas, botas de *hiking,* chimpunes, chalas, sandalias, botas, botines y mocasines. (15 subpartidas arancelarias) | Imposición de DA definitivos | 005-97/CDS-INDECOPI | 1997 |
| Chalas y sandalias con la parte superior de cuero, caucho o plástico, y suelas de distintos materiales. (8 subpartidas arancelarias) | *Sunset review*: Elimina los DA para los productos con tope de cuero natural; pero los mantiene para el resto con tope de caucho o plástico por 3 años más. | 001-2000/CDS-INDECOPI | 2000 |
| Chalas y sandalias con la parte superior de cuero, caucho o plástico, y suelas de distintos materiales. (8 subpartidas arancelarias) | Aclara que aquellos DA impuestos por la resolución 001-2000/CDS-INDECOPI en el 2000 se mantienen vigentes. | 122-2005/CDS-INDECOPI | 2005 |
| Chalas y sandalias con la parte superior de cuero, caucho o plástico, y suelas de distintos materiales. (8 subpartidas arancelarias) | Cambio de circunstancias: Mantiene los ocho DA para RPC, pero los elimina para Taiwán. | Resolución 181-2009/CFD-INDECOPI | 2009 |
| Chalas y sandalias con la parte superior de caucho o plástico, y suelas de distintos materiales. (4 subpartidas arancelarias) | Mantiene vigentes DA para cinco subpartidas y agrega DA para tres subpartidas más. | 047-2016/CDB-INDECOPI<br>Informe 062-2016/CDB-INDECOPI | 2016 |
| Chalas y sandalias con la parte superior de caucho o plástico, y suelas de distintos materiales. (4 subpartidas arancelarias) | *Sunset review:* Ratificación de la resolución 047-2016/CDB-INDECOPI | Resolución sala 0281-2018/SDC-INDECOPI | 2019 |
| Chalas y sandalias con la parte superior de caucho o plástico, y suelas de distintos materiales. (4 subpartidas arancelarias) | Suprimir la aplicación de los DA impuestos previamente. | 046-2019/CDB-INDECOPI | 2019 |

Fuente: Elaboración propia a partir de la información del Indecopi.

En adición, el caso muestra que se han aplicado el conjunto de procedimientos contemplados en el acuerdo de la OMC: imposición de derechos provisionales, el establecimiento de derechos definitivos, procedimiento por cambios de circunstancias, y por expiración de medidas. Ello contribuyó a extender la vigencia de los derechos *antidumping*.

En 1996, la CDS del Indecopi inició una investigación de oficio para analizar partidas arancelarias de prendas de vestir y calzados provenientes de la RPC que podían estar incurriendo en prácticas de *dumping* (Resolución 001-96-INDECOPI/CDS). La investigación de oficio se justificó aduciendo tres premisas:

i) que el volumen de prendas y calzados provenientes de la RPC había ido en aumento;

ii) que la economía de la RPC mostraba una serie de distorsiones que impedían considerarla una economía de libre mercado; y,

iii) que al comparar los precios *Free on Board* (en adelante, FOB) de exportación al Perú de diversas prendas y calzado con el precio de referencia calculado en base a los precios de importación de otros países de la región, se observó que los primeros eran menores y que, por lo tanto, constituían un indicio de la existencia de *dumping* (Resolución 001-96-INDECOPI/CDS, 1996).

Así, como medida inicial, resolvió que 31 subpartidas arancelarias (en adelante, SPA) fueran sujetas a derechos *antidumping* provisionales.

El siguiente año, el Indecopi dio por concluida la investigación y declaró que quince de estas subpartidas, que incluían distintos tipos de calzado proveniente de la RPC, debían de estar sujetas al pago de derechos *antidumping* definitivos[8]. La metodología empleada para calcular el valor a pagar del derecho *antidumping* fue el cálculo de márgenes de *dumping*. Estos márgenes se obtuvieron como resultado de la división de la diferencia entre el precio normal y el valor de importación, entre el valor de importación. El valor normal de los productos analizados fue calculado sobre la base de los resultados de un trabajo realizado por el Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico; mientras que el precio de importación se obtuvo de las bases de datos provistas por Aduanas. No obstante, debido a la alta dispersión de los precios FOB encontrado en las distintas partidas arancelarias, los derechos *antidumping* fueron fijados en base a rangos que utilizaban como criterio el valor de los márgenes de *dumping* calculados.

En el 2000, la Corporación del Cuero, Calzado y Afines, —en representación de la asociación de pequeños y medianos fabricantes de calzado— solicitó a la CDS iniciar una investigación por prácticas de *dumping* en las importaciones de productos de esta categoría por parte de la RPC, Taiwán y Hong Kong (Resolución 001-2000/CDS-INDECOPI). Asimismo, la petición también contemplaba la revisión del examen de los derechos *antidumping* vigentes y su cuantía[9].

La Secretaría Técnica concluyó que existía *dumping* en los productos importados por Taiwán y que los derechos *antidumping* vigentes para las importaciones chinas no contemplaban la diferencia real entre el precio del calzado en el país originario y el precio en el país importador. Además, la participación en el total de importaciones tanto de la RPC como de Taiwán, se incrementó considerablemente desde 1997, mientras que la producción de la RPN de calzado disminuyó en 19.91%. Como consecuencia, la CDS resolvió la aplicación de derechos *antidumping* para aquellos productos de calzado provenientes de Taiwán y la modificación al alza del monto recaudado en los derechos *antidumping* del calzado proveniente de la RPC (Resolución 001-2000/CDS-INDECOPI, 2000).

La Resolución 122-2005/CDS-INDECOPI del 2005 resolvió que los derechos *antidumping* impuestos en la última revisión se mantengan para el caso de Taiwán y la RPC. Esta resolución tuvo un carácter aclaratorio más que un análisis técnico, dado que tuvo como objetivo ratificar la continuidad de las conclusiones del 2000. El sustento detrás de esta acción se basó en que los productos seguían presentando características de *dumping* y, por lo tanto, afectando la RPN de esta industria. Cuatro años después la Resolución 181-2009/CFD-INDECOPI resolvió la solicitud presentada por la Asociación Nacional de Pequeños Importadores de Sandalias y Chalas (en adelante, ANPISCH) sobre un examen de cambio de circunstancias con el fin de mantener o modificar los derechos acordados previamente.

En lugar de investigar la existencia de la práctica, el daño sobre la RPN y la relación causal existente entre las importaciones y la producción nacional; en este tipo de examen, el Indecopi debe determinar si es necesario o no mantener las medidas implementadas. Con respecto a Taiwán, la CDS concluyó que resultaba improbable que el *dumping* y el daño a la RPN vuelvan a aparecer en caso se eliminen los derechos *antidumping* relacionados (Resolución 181-2009/CFD-INDECOPI, 2009). Por otro lado, una decisión diferente fue tomada con respecto a la RPC. En este segundo caso, la CDS resolvió por seguir aplicando derechos *antidumping* debido a que concluyeron en su análisis prospectivo que la RPC seguía teniendo incentivos para practicar y seguir practicando en un futuro el *dumping* (Resolución 181-2009/CFD-INDECOPI, 2009).

El procedimiento del 2009 estableció que los derechos *antidumping* impuestos a productos de la RPC tengan una vigencia máxima de cinco años, tras los cuales debían de ser sujetos a revisión. De esta forma, la siguiente investigación sobre las características de mercado del caso se dio en el 2014, como parte del *sunset review* solicitado por representantes de la RPN. No obstante, la resolución del Indecopi no tomaría una decisión hasta el 2016. La Resolución 047-2016/CDB-INDECOPI se centró en la capacidad que podían tener los productos provenientes de la RPC de dañar la RPN y cómo, efectivamente, los precios estaban distorsionando el mercado peruano. Bajo argumentos similares a los usados previamente, la CDS concluyó que los productos considerados bajo la categoría de chalas y sandalias con la parte superior de caucho o plástico seguirían estando sujetos a los derechos *antidumping*, eliminándose para chalas y sandalias con la parte superior de cuero. Asimismo, la CDS tomó la decisión de fijar la fecha de re-

8 Los derechos *antidumping* provisionales para todas las SPA fueron suprimidos.

9 Cabe resaltar que Taiwán y China todavía no formaban parte de la OMC en este momento por lo que el plazo máximo de cinco años de vigencia para los derechos *antidumping* no aplicaba para ninguno.

visión de los derechos cada tres años (Resolución 047-2016/CDB-INDECOPI, 2016).

Finalmente, en el 2019 se dio la última revisión del caso de calzado en *dumping*. Así, el *sunset review* del 2016 fue revisado por la CDS, la cual resolvió que las condiciones en las cuales se encontraba la RPN y las acciones por parte de los importadores chinos mantenían la supuesta causalidad sobre los efectos en la producción nacional de calzado. Luego del análisis, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia mediante Resolución 0282-2017/SDC-INDECOPI decidió ratificar los alcances de la resolución del 2016, manteniendo de esta forma los derechos *antidumping* para las sandalias y chalas importadas de la RPC vigentes.

No obstante, pocos meses después, la vigencia de estos derechos *antidumping* llegaría a su fin. Como se describió, los derechos *antidumping* tienen un plazo máximo de vigencia tras el cual, si es que no se concluye en una investigación que existe probabilidad de continuidad del *dumping*, estos deben cesar de existir. De esta manera, si bien hubo solicitudes por parte de empresas pertenecientes a la RPN para abrir un nuevo procedimiento de *sunset review*, la CDS decidió no considerarlos debido a temas de fondo y forma en los pedidos. Por parte de la forma, los requisitos exigidos por el Indecopi para abrir un procedimiento de esta naturaleza no fueron cumplidos por las empresas solicitantes; mientras que, por el lado de fondo, la entidad concluyó que la información económica disponible no era suficiente para evaluar la posible continuidad de estas prácticas.

Finalmente, es relevante mencionar que las empresas exportadoras de la RPC en diversos otros rubros como el textil y neumáticos han sido investigadas y se les han impuesto derechos antidumping en los últimos veinte años. Alrededor del 50% de los procedimientos de *dumping* en el país han involucrado a la RPC.

**B. Análisis crítico**

Los informes que sustentan las resoluciones contienen varios puntos que podrían ser comentados críticamente. Sin embargo, el análisis a continuación se centrará en la aplicación de algunos puntos señalados en las secciones anteriores: el margen de *dumping*, la informalidad en la RPN, y los impactos de la Zona Franca de Tacna (en adelante, Zofratacna).

1. El margen de *dumping*

Dentro del análisis realizado para determinar la existencia de *dumping* e imponer un derecho *antidumping* a una partida arancelaria, calcular el margen de *dumping* es un requisito indispensable. Este se puede entender como la **diferencia** entre el **valor normal** de un producto y el **precio de importación** de este, dividida entre el precio de importación mencionado. De esta forma, si el valor normal es mayor que el precio de importación registrado, estaríamos frente a un margen de *dumping* positivo que implica una práctica de *dumping*.

De acuerdo con los lineamientos de la OMC, el derecho *antidumping* no deberá ser mayor al margen de *dumping* generado por la práctica (GATT, 1994). Esto debido a que, de lo contrario, se estaría generando una barrera al comercio, lo cual iría en contra de lo que la entidad internacional busca promover. De este modo, se vuelve relevante repasar cuáles metodologías ha utilizado la autoridad para calcular el margen *antidumping* en las últimas dos décadas que tiene vigente el caso.

La primera metodología utilizada para analizar el caso de *dumping* de calzado fue contemplada en 1997. En el Informe 005-97-INDECOPI/CDS, para calcular el margen de *dumping*, se calculó el precio de importación y el valor normal de los productos. El precio de importación de los productos fue obtenido de la información de Aduanas y otros actores en el mercado. Luego, debido al estatus de la RPC como economía que no era de mercado para la OMC, se utilizó como base razonable para calcular el valor normal del producto un informe del Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (1997) y también, información referente a diversas cotizaciones de precios de dichos productos en Italia, Brasil, India y Corea del Sur. Sobre la base de estos datos, la CDS consideró que existía una diferencia considerable entre el valor normal y el precio de importación para once partidas arancelarias correspondientes a calzado proveniente de la RPC, determinando así la existencia de un margen de *dumping*. Asimismo, luego de investigar la existencia de un daño a la RPN, el Indecopi decidió imponer derechos *antidumping* a las partidas arancelarias mencionadas. No obstante, debido a la alta dispersión de los precios FOB reportados, los derechos *antidumping* definitivos impuestos fueron calculados en base a rangos de estos derechos.

La siguiente revisión de derechos *antidumping* en la que se consideró calcular los márgenes de *dumping* nuevamente ocurrió en el 2009, durante el procedimiento de cambio de circunstancias solicitado por ANPISCH. Este proceso requirió que la autoridad revisará si estos derechos debieran de seguir siendo aplicados. Si bien estos derechos fueron actualizados mediante la apli-

cación de la regla del menor derecho o *lesser duty rule*[10], el margen de *dumping* no fue calculado. Esto debido a que la CDS determinó que no existía información en el mercado para poder realizar este cálculo tras solicitar información a las empresas productoras chinas y no recibir respuesta de ellas. Asimismo, la CDS resaltó que, si bien calcular los márgenes de *dumping* podría contribuir al análisis, el Acuerdo *Antidumping* no establece que sea necesario calcularlo (1994). Esta misma línea argumentativa fue utilizada en la siguiente revisión en 2016, en el que la CDS optó nuevamente por obviar el cálculo del margen de *dumping* basándose en que no existía información suficiente.

De esta forma, la discusión para poder determinar la prevalencia del supuesto *dumping* se basó en la evolución de otros indicadores que la CDS consideró suficientes como carga probatoria. En este contexto, es importante cuestionar dos puntos: (i) si el cálculo de los márgenes de *dumping* es prescindible en estos casos o no y; (ii) si en realidad era inviable el cálculo de dichos márgenes en la última actualización del caso. La necesidad de calcular los márgenes de *dumping* nace de la directa relación existente entre el derecho *antidumping* y estos márgenes. Como se explicó, el derecho *antidumping* deberá ser igual al margen de *dumping* que está generando la empresa exportadora. Esto debido a que, de lo contrario, podría generarse una barrera al comercio. El problema nace de una revisión de derechos *antidumping* que no contempla el cálculo de estos márgenes. Como consecuencia, se desprende que una autoridad debería hacer lo posible por calcular estos márgenes.

Por otro lado, con respecto a la viabilidad del cálculo de estos márgenes, sí era posible calcularlos en base a información pública y empleando las pautas metodológicas del acuerdo de la OMC. Así, el precio de exportación de la RPC al Perú se puede recabar de información de aduanas, mientras que el valor normal se podía calcular empleando los precios de exportación o de venta de otros países tomados como países de referencia, o de los precios de importación de terceros países. Ambas metodologías son similares a la utilizada por la CDS en 1997, que es el cálculo del margen de *dumping* como el resultado de la división de la diferencia del valor normal y el precio de importación, entre dicho precio de importación. Cabe resaltar que ambas prácticas son referidas en el Acuerdo de Antidumping como alternativas adecuadas para el cálculo del valor normal. Para asegurar la robustez del análisis, se consideraron varios países al momento de realizar los cálculos. Un ejercicio en esta línea mostraría que en la mayoría de los casos el margen de *dumping* era negativo, lo que sugiere la posibilidad de que el supuesto *dumping* se haya diluido o eliminado por completo en los últimos años[11].

En el análisis de la penúltima resolución de la CDS, se asume que los aumentos en las importaciones o las reducciones en los precios de la RPC de deben al margen del *dumping*, en la medida que se interpreta como prueba de una continuación del *dumping*. No se profundiza si ello se debe a las mejores ventajas comparativas del país de origen u a otras razones.

Es relevante mencionar que desde que la RPC accedió a la OMC como economía de mercado, ha habido revisiones periódicas bianuales sobre su grado de adopción de una economía de mercado[12]. En su última revisión, no se reporta que la RPC tenga empresas estatales en la industria de calzado (Organización Mundial del Comercio, 2018). En términos de política industrial planean promocionar industrias intensivas en tecnología como robótica, vehículos con energía no convencional, circuitos, entre otros; mientras tratan de que se reduzca el exceso de capacidad instalada en industrias como la del acero. China está obligada a notificar sus subsidios internos a nivel provincial. De la revisión de estos, no hay ninguno explícito para la industria del calzado, salvo uno sobre industrias livianas en la provincia de Shanghái que expiró en el 2012. El arancel promedio para los calzados es de 11.4%, con una desviación estándar de 6. No han establecido *antidumping* o derechos compensatorios a productos de calzado. Las exportaciones de calzado de RPC han sido US$ 1000 millones anuales en promedio en los últimos años, mientras que sus importaciones alcanzaron US$ 434 millones[13].

Por tanto, no pareciera que existan indicios de *dumping* estratégico ni del estándar por parte de la industria de la RPC.

---

10 El *lesser duty rule* o regla del menor derecho, hace referencia a la imposición de derechos *antidumping* menores al valor del margen de *dumping* siempre que este valor sea suficiente para remover el daño.

11 De la misma forma, si el valor normal está por debajo del precio de importación, se tendrá un margen de *dumping* negativo que implicará la inexistencia de la práctica del dumping (APOYO Consultoría, 2016).

12 La más reciente es la de la Organización Mundial del Comercio (2018).

13 Datos extraídos de la Organización Mundial del Comercio y Veritrade.

2. Informalidad en mercado

La relevancia de la informalidad en los mercados en el país se ha tornado recientemente más evidente a raíz de la pandemia del COVID-19. Varias investigaciones, como la de Loayza (2007), han estimado que la informalidad en los mercados de bienes es relativamente alta, en promedio en un 60%.

Si bien no se ha identificado un análisis formal o lineamiento del Indecopi hacia sus órganos resolutivos sobre la informalidad, sí ha habido pronunciamientos institucionales como el siguiente:

> Finally, it is important to appoint that we could not deny the importance of informal sector inside the market economy in Peru. In that sense, when a specific anticompetitive conduct is analysed, **the authority of competition** should not leave out the presence of informal agents, first, when it determines the relevant market and, consequently, the market power that let them cause a major injury for the general economic interest (Organization for Economic Co-operation and Development [OECD], 2009, p. 166) [el énfasis es nuestro][14].

La informalidad es relevante en las evaluaciones sobre *dumping* debido a que afecta la representatividad de la RPN al excluirlos, y porque puede constituir una relevante explicación alternativa al supuesto perjuicio que la RPN ha tenido en los últimos años.

Sin embargo, en el último *sunset review* de *dumping* de calzado, la CDS sostuvo que en una revisión de derechos *antidumping* no era necesario demostrar el nexo causal entre el *dumping* y el deterioro de la RPN. Ello debido a que la causalidad ya había sido probada previamente por las resoluciones que habían implementado los derechos vigentes.

Asimismo, la CDS resaltó que la informalidad no debería de ser tomada en cuenta en el análisis debido a su carácter ilegal y a la ausencia de información existente de la misma. No obstante, al no considerar estos dos puntos, el análisis económico resulta superficial y no permite delimitar los derechos *antidumping* efectivamente aplicables ni responder a la cuestión principal del *sunset review* sobre si las partidas arancelarias analizadas deberían de seguir sujetas a los derechos *antidumping*. A continuación, se desarrollan ambos puntos y la necesidad de revisarlos a profundidad.

El nexo causal entre las importaciones de un producto específico y su efecto sobre la industria nacional es un punto central dentro del análisis económico. Al momento de implementar derechos *antidumping*, la autoridad está restringiendo la competencia internacional, como ya se mencionó. Sin perjuicio de lo anterior, estos derechos tienen el objetivo de desincentivar una práctica, mas no de desincentivar la libre competencia entre las partes. No obstante, al evitar el análisis de causalidad, la CDS podría impactar negativamente en el mercado mediante dos canales:

i) que se pasen por alto otros factores que podrían ser la causa del daño o que simplemente ya no exista daño a la RPN debido al supuesto *dumping*[15]; y,

ii) generar barreras que obstaculizan la libre competencia.

De esta forma, para evitar la persistencia de un problema no observado y para fomentar los beneficios que trae consigo la libre competencia, el análisis de causalidad debería ser un requisito para las revisiones de derechos *antidumping*. Los efectos negativos que pueden resultar de evitar el mencionado análisis son evidentes. No obstante, por criterio de la CDS, se pasó por alto la necesidad de incluir a la informalidad en el mercado como una de las causas por las cuales una industria nacional se puede deteriorar en el tiempo.

En este contexto, es pertinente preguntarse si la informalidad debería ser descartada del análisis solo por ser una práctica ilícita, y si, en efecto, no existe data disponible para poder analizarla. Con respecto al primer punto, es importante señalar que la informalidad tal como se mencionó es un factor relevante en buena parte de los mercados de bienes peruano. Esto se puede observar también al analizar la tasa de informalidad del empleo a nivel agregado que, en el 2018, representaba el 72.4%

[14] Por último, es importante señalar que no es posible ignorar la relevancia del sector informal en la economía de mercado peruana. En ese sentido, cuando se analiza una conducta anticompetitiva específica, la **autoridad de la competencia** no debe dejar de lado la presencia de agentes informales, en primer lugar, cuando se determina el mercado de referencia y, en consecuencia, el poder de mercado que les permite causar una lesión grave para el interés económico general [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

[15] Otros factores que podrían estar afectando a la supuesta continuación del daño incluyen también la dinámica de empleo y salarios del mercado laboral, la capacidad empleada, el valor de las importaciones de los insumos y bienes de capital de la industria, y las exportaciones de la RPN.

de todos los trabajadores a nivel nacional (Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI], 2019). Como consecuencia, el análisis de los mercados relevantes debería de tomar en consideración la efectiva competencia que las empresas formales tienen por parte de su contraparte informal.

En segundo lugar, los criterios en análisis de *dumping* no son limitativos. Dentro del propio acuerdo de Antidumping de la OMC, se estipula que la autoridad competente de analizar y tomar decisiones en casos de *dumping* tiene la facultad para utilizar otros elementos externos si es que ellos permiten un análisis integral del caso. Como se ha descrito, la informalidad en el Perú calza dentro de este marco. Por último, encuestas oficiales como la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHO) y el trabajo conjunto de diversas entidades del Estado, permiten poder estimar la cantidad de individuos que se desenvuelven en el sector formal e informal de distintas industrias.

3. El efecto renta por la Zofratacna

La Zona Franca de Tacna o Zofratacna, es un espacio geográfico dentro del Perú que goza de beneficios y excepciones tributarias y arancelarias que permiten la importación de bienes a un menor costo. En esta línea, y como señala la CDS en el Documento de Hechos Esenciales (DHE) reportado en el 2016, los bienes importados hacia la Zofratacna no pagan derechos *antidumping*.

Ello permitiría un arbitraje regulatorio causado por la exoneración de los derechos *antidumping* para los productos que son importados hacia y desde la Zofratacna. Es decir, una empresa pueda importar productos del extranjero a la Zofratacna y, luego, **exportarlos** hacia el Perú. De este modo, una empresa podría vender productos que no incorporan este costo obteniendo un mayor margen de ganancia u ofreciendo menores precios que la competencia.

Es relevante destacar que Zofratacna, pasó a constituir el principal o segundo exportador de los bienes sujetos a *antidumping* en el periodo 2011-2014, alcanzando el 27% del mercado del producto investigado (Resolución 0281-2018/SDC-INDECOPI, 2018).

Ello implica que las empresas operando en Zofratacna gocen de una protección efectiva sumamente alta, debido a que están desgravados en las importaciones de los insumos para calzado, y a que sus **exportaciones** de calzado hacia el país no paga derechos compensatorios. Ello muestra un fuerte incentivo a incurrir en mercantilismo.

En términos sencillos, ese nivel de protección efectiva implica que la RPN puede aumentar hasta el doble de su valor agregado solo debido a la protección comercial. El valor agregado es la suma del retorno al capital (utilidades, depreciación más intereses), más el retorno al factor trabajo (remuneraciones) y el impuesto a la renta de la producción nacional. Potencialmente, la RPN puede casi duplicar sus rentas gracias a la protección comercial. Otra manera de interpretarlo es que la RPN de la Zofratacna podría tener el doble de mayores costos y aún poder competir.

La posición de la CDS en las pasadas resoluciones ha sido que este efecto no es de su competencia funcional; no obstante, desde la perspectiva de libre competencia, claramente es relevante.

## V. RECOMENDACIONES

Se sugieren las siguientes recomendaciones para la mejor aplicación de las políticas de *dumping* y de libre competencia.

1. En aplicación de la función que tiene el propio Indecopi para mejorar la competencia mediante recomendaciones a entidades públicas, es posible identificar tres grandes opciones:

   i) denunciar al Acuerdo Antidumping de la OMC;

   ii) traspasar las competencias sobre *dumping* y subvenciones a otra entidad del Estado como el Ministerio de Economía y Finanzas o el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo; y,

   iii) aplicar la metodología de análisis de libre competencia a los casos de *dumping*.

   La primera no es viable al no justificar las consecuencias negativas que tendría en otros ámbitos. La segunda no resolvería el problema de fondo. Por ello, lo recomendable es la tercera opción[16]. Una ventaja de ello es precisamente que ambas funciones están bajo la competencia de una misma entidad.

2. Los casos de *dumping* que debería conocer la autoridad deben ser solo aquellos que caen dentro de las categorías de *dumping*

[16] Gonzáles de Cossío (2006) propone también este enfoque para el caso mexicano.

estratégico y de *dumping* predatorio. Los otros deberían ser desestimados. Dado que el acuerdo de la OMC no incluye criterios limitativos, se considera que ello es viable dentro de la discrecionalidad que tiene la autoridad del país.

3. Los análisis de los casos de *dumping* deben incorporar el análisis de mercado relevante, la posición de dominio, y los efectos de la práctica sobre productores y consumidores con un empleo de escenarios contrafactuales con indicadores complementarios a los listados por el acuerdo de la OMC y la reglamentación nacional.

4. El margen de *dumping* debería ser estimado y/o actualizado en todos los procedimientos, sean estos provisionales, definitivos, hechos esenciales, o de expiración de medida, con alguno de los métodos contemplados en el Acuerdo Antidumping de la OMC.

5. La falta de participación de las empresas investigadas o la falta de información no debe justificar decisiones que corten camino con atajos, que perjudiquen en última instancia a los consumidores.

6. Se debe tratar de evitar que los casos investigados estén motivados para capturar rentas, o que promuevan acuerdos colusorios.

7. La prospectiva que se hacen en los procedimientos de expiración de medidas debería basarse en análisis de escenarios posibles que incluyan las variables relevantes según las técnicas de la especialidad de prospectiva.

8. Se sugiere que se apruebe un lineamiento sobre el tratamiento de la informalidad para los órganos resolutivos del Indecopi.

**REFERENCIAS**


Anderson, J. E. (1994). Strategic Lobbying and Antidumping. *Journal of Economic Integration, 9*(2), 129-155.

APOYO Consultoría (2016). *Comentarios a la Resolución Nº 047-2016/CDB-INDECOPI.*

Centro de Investigación de la Universidad del Pacífico (1997). *Efectos de la Existencia de Dumping Sobre los Sectores Manufactureros de Prendas de Vestir y Calzado Peruanos.*

González de Cossío, F. (2006) Discriminación de precios, *dumping* y depredación. Tres disciplinas, un fenómeno económico. *Boletín mexicano de derecho comparado*, *39*(115), 125-146.

Instituto de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual [Indecopi] (2020). *Propuestas relativas al fortalecimiento institucional del Indecopi* (Documento de Trabajo Institucional 003-2020). https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3994339/RES038-DOCUMENTO+DE+TRABAJO+INSTITUCIONAL+003-2020.pdf/1ae0fed3-685c-4a3b-a173-87ad6d96303c

Instituto Nacional de Estadística e Informática [INEI] (2019). *Producción y Empleo Informal en el Perú. Cuenta Satélite de la Economía Informal 2007-2018.* https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1701/libro.pdf

Kafka, F. (1997). *Teoría Económica.* Universidad del Pacífico.

Krueger, A. O. (1974). The Political Economy of the Rent-Seeking Society. *American Economic Review, 64*(3), 291-303.

Loayza, N. (2007). *The causes and consequences of informality in Peru.* Banco Central de Reserva del Perú.

Mai, Y. (2002). An analysis of EU antidumping cases against China. *Asia-Pacific Development Journal, 9*(2), 131-150.

Organización Mundial del Comercio (2001). *Adhesión de la República Popular de China* (WT/L/432). https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/SS/directdoc.aspx?filename=S:/WT/L/432.pdf&Open=True

(2018). *Trade policy review. Report by the secretariat. China.* WTO. WT/TPR/S/375. https://www.wto.org/english/tratop_e/tpr_e/s375_e.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OECD] (2009). *Peru Competition Policy and the Informal Economy. Policy Roundtables*. https://www.oecd.org/daf/competition/44547855.pdf

(2018) *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú.* https://www.oecd.org/daf/competition/examenes-inter-pares-ocde-bid-derecho-y-politica-del-competencia-peru-2018.htm

Pierce, R. J. (2000). Antidumping law as a means of facilitating cartelization. *Antitrust Law Journal, 67*(3), 725-743.

Secretaría Técnica de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi (1997). *Informe 005-97-INDECOPI/CDS* (Perú).

(2016). *Informe 062-2016/CDB-INDECOPI.*

Sykes, A. O., & Cooper, R. N. (1998). Antidumping and Antitrust: What Problems Does Each Address? *Brookings Trade Forum*, 1-53.

Tullock, G. (1967). The Welfare Costs of Tariffs, Monopolies and Theft. *Western Economic Journal, 5*(3), 224-232. https://doi.org/10.1111/j.1465-7295.1967.tb01923.x

Voon, T. (2007). Review of Edwin Vermulst, the WTO Anti-Dumping Agreement: A Commentary. *International and Comparative Law Quarterly, 56*(2), 463-470.

Willig, R. (1998). Economic Effects of Antidumping Policy. *Brookings Trade Forum*, 57-79.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1947 (GATT de 1947), 30 de octubre de 1947. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT de 1994), 15 de abril de 1994. https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/06-gatt_s.htm

Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del GATT de 1994 de la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Antidumping de la OMC), 15 de abril de 1994.

Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias, 15 de marzo de 1996, Resolución 002-96/CDS-INDECOPI (Perú).

Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias, 7 de marzo de 1997, Resolución 005-97-INDECOPI/CDS (Perú).

Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi, 1 de abril 2016, Resolución 047-2016/CDB-INDECOPI, Expediente 007-2014/CFD (Perú).

Comisión de *Dumping*, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi, 4 de abril de 2019, Resolución 046-2019-CDB-INDECOPI, Expediente 007-2014/CFD (Perú).

Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Indecopi, 8 de marzo de 1996, Resolución 001-96-INDECOPI/CDS (Perú).

Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Indecopi, 21 de enero de 2000, Resolución 001-2000/CDS-INDECOPI (Perú).

Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Indecopi, 19 de septiembre de 2005, Resolución 122-2005/CDS-INDECOPI (Perú).

Comisión de Fiscalización de *Dumping* y Subsidios del Indecopi, 5 de noviembre de 2009, Resolución 181-2008/CFD-INDECOPI (Perú).

Decreto Legislativo 807, Facultades, normas y organización del Indecopi, Diario Oficial *El Peruano,* 18 de abril de 1997 (Perú).

Decreto Legislativo 1205, Decreto Legislativo que modifica el Decreto Legislativo 1034, que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de septiembre de 2015 (Perú).

Decreto Supremo 006-2003-PCM, Reglamentan normas previstas en el "Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994", el "Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias" y en el "Acuerdo sobre Agricultura", Diario Oficial *El Peruano*, 11 de enero de 2003 (Perú).

Decreto Supremo 043-97-EF, Reglamento sobre Dumping y Subvenciones, Diario Oficial *El Peruano,* 29 de abril de 1997 (Perú).

Decreto Supremo 133-91-EF, Reglamento sobre Dumping y Subvenciones, Reemplaza y deroga el Decreto Supremo 043-97-EF y sus normas, modificatorias, Diario Oficial *El Peruano*, 11 de enero de 2003 (Perú).

Decreto Supremo 144-2000-EF, Modifican el Reglamento sobre Dumping y Subvenciones, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de diciembre de 2000 (Perú).

Decreto Supremo 225-2001-EF, Modifican el Decreto Supremo 043-97-EF, mediante el cual se establecieron normas para evitar y corregir distorsiones de la competencia en el mercado generadas por el dumping y las subvenciones, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de diciembre de 2001.

Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi, 28 de febrero de 2020, Resolución 038-2020-INDECOPI/COD (Perú).

Resolución Legislativa 26407, Aprueban Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio y los Acuerdos Multilaterales Contenidos en el Acta Final de la Ronda de Uruguay, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de diciembre 1994 (Perú).

Sala Especializada en Defensa de la Libre Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Sala Especializada en Defensa de la Libre Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 14 de febrero de 2019, Resolución 0282-2018/SDC-INDECOPI, Expediente 049-2014/CFD (Perú).

10.18800/themis.202002.021

# YO TAMBIÉN QUIERO COMPETIR: LAS BARRERAS DE ENTRADA Y DE PERMANENCIA Y EL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

## *I ALSO WANT TO COMPETE: THE BARRIERS TO ENTRY AND PERMANENCE AND THE PROCEDURE FOR REMOVING BUREAUCRATIC BARRIERS*

**César Rodrigo Carrillo Temple***
**Rodrigo, Elías & Medrano Abogados**

*The exercise of the constitutional economic rights of free private initiative and freedom of enterprise may be justifiably limited by objective and reasonable limits established in regulation or imposed by the operation of the market itself. Nonetheless, such rights may be unjustifiably restricted by anti-competitive practices, regulations that contradict the legal system, or the imposition of unnecessary demands and limitations by the Government.*

*In this context, the current regulatory framework in Peru establishes various mechanisms to control the different types of barriers to entry and permanence in the market, among which is the system of elimination of bureaucratic barriers, regulated by Legislative Decree 1256. In order to understand this system and its proper application, the author delimits the scope and particularities of the concept of bureaucratic barrier, as well as the requirements and demands for the individuals to report and prove the existence of illegal and/or unreasonable bureaucratic barriers before the Peruvian Competition Agency.*

*Keywords: Entry barriers; permanence barriers; regulation; competitiveness; elimination of bureaucratic barriers.*

*El ejercicio de los derechos constitucionales económicos de libre iniciativa privada y libertad de empresa puede verse limitado de manera justificada por límites objetivos y razonables previstos en la regulación o impuestos por el propio funcionamiento del mercado. Sin embargo, tales derechos pueden verse restringidos de manera injustificada por prácticas anticompetitivas, regulaciones contradictorias con el ordenamiento jurídico o la imposición de exigencias y limitaciones innecesarias por parte del Estado.*

*En ese contexto, el marco normativo vigente en el Perú establece diversos mecanismos de control de las distintas clases de barreras de entrada y de permanencia en el mercado, dentro de los cuales se encuentra el sistema de eliminación de barreras burocráticas, regulado actualmente por el Decreto Legislativo 1256. A efectos de comprender este sistema y su correcta aplicación, el autor delimita el alcance y particularidades del concepto de barrera burocrática, así como los requisitos y exigencias para que los administrados puedan denunciar y acreditar la existencia de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad ante el Indecopi.*

*Palabras clave: Barreras de entrada; barreras de permanencia; regulación; competitividad; eliminación de barreras burocráticas.*

* Abogado. Miembro fundador del Círculo de Estudios de Derecho de la Competencia de la Universidad de Lima. Asociado del área de Regulación de Servicios Públicos y Libre Competencia del Estudio Rodrigo, Elías y Medrano Abogados (Lima, Perú). Contacto: ccarrillo@estudiorodrigo.com.

Nota del Editor: Este artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 29 de octubre de 2020.

## I. MODELO ECONÓMICO CONOCIDO, PERO CONDICIONES DE COMPETENCIA NO SIEMPRE CONSIDERADAS

El régimen económico constitucional peruano reconoce el deber del Estado de estimular la creación de riqueza, y de garantizar la libre iniciativa privada y la libertad de empresa; así como de facilitar y vigilar la libre competencia[1]. Si bien tales principios son generalmente conocidos, no siempre se considera que, para que exista libre competencia, la estructura del mercado y el comportamiento de los agentes económicos –incluyendo al Estado, las empresas y los consumidores– deben permitir que la iniciativa privada se desarrolle de manera adecuada, dentro de límites razonables y que promuevan la eficiencia en el mercado, pese a que pueda resultar complejo delimitar cuáles son esos límites o en qué consiste la eficiencia en el mercado en cada caso particular.

Lo que sí es claro es que, bajo un modelo de economía social de mercado, el ejercicio de los derechos de libre iniciativa privada y de libertad de empresa no es ilimitado y que la intervención del Estado en la economía no debería impedir injustificadamente el acceso o permanencia de competidores en el mercado. Por el contrario, su actuación debería estar enfocada en promover y facilitar la competencia, ponderando los intereses públicos con los intereses privados.

En ese contexto, el marco normativo peruano prevé mecanismos para la prevención y eliminación de regulaciones y actuaciones estatales que impidan o dificulten el desarrollo de las actividades económicas de manera injustificada. Uno de tales mecanismos es el procedimiento administrativo de eliminación de barreras burocráticas, seguido ante los órganos competentes del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), actualmente regulado por el Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, DL 1256).

Este último mecanismo permite el control posterior (*ex post*) de regulaciones materializadas en disposiciones administrativas, actos administrativos y actuaciones materiales de distintas esferas de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal, que impongan barreras ilegales o carentes de razonabilidad.

No obstante, pese a los esfuerzos y mecanismos implementados por el Estado a la fecha, es posible observar que continúan existiendo –y se continúan emitiendo– barreras burocráticas en el Perú[2] y que las denuncias presentadas por los administrados ante Indecopi para su eliminación o inaplicación no siempre cumplen con los requisitos de admisibilidad o de fondo para lograr tales objetivos[3]. En ese sentido, es válido analizar los alcances y posibilidades de mejora de la regulación vigente sobre eliminación de barreras burocráticas y los criterios que vienen siendo aplicados por los órganos del Indecopi en la práctica.

En particular, es relevante considerar que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas presenta diferencias respecto a otros mecanismos e investigaciones en defensa de la competencia. Como será explicado más adelante, en este procedimiento trascienden intereses públicos en el aumento de la competitividad del país para atraer o permitir el desarrollo de las inversiones, además de los beneficios que trae para

---

1 Como es conocido, la Constitución Política del Perú reconoce, entre otros aspectos:

> Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.
>
> Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.
>
> […]
>
> Artículo 61.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios […] (1993).

2 Al respecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE) ha reconocido recientemente que

> [l]a evaluación ex post sigue siendo incipiente en el Perú. La evaluación de las reglamentaciones existentes se centra en gran medida en la reducción de las cargas administrativas y en la simplificación administrativa. Las evaluaciones realizadas actualmente no permiten determinar si las reglamentaciones existentes están logrando sus objetivos. En ese sentido, sería beneficioso que los organismos reguladores realizaran evaluaciones sistemáticas de las reglamentaciones para determinar si siguen siendo adecuadas para su propósito (OCDE, 2020).

3 Esta problemática será analizada en la sección V del presente artículo.

la promoción de la competencia y el bienestar de los ciudadanos en general[4].

Por ello, mediante el presente artículo se busca reconocer la ubicación, las particularidades, el alcance, los fines y la importancia del sistema de eliminación de las barreras burocráticas, con la finalidad de analizar la efectividad del mismo y formular propuestas para su aplicación adecuada. Específicamente, en el presente artículo se llamará la atención sobre la participación de los administrados a través de la presentación de denuncias para eliminación o inaplicación de barreras burocráticas ilegales o irracionales.

## II. QUIERO ENTRAR A COMPETIR: LAS BARRERAS DE ENTRADA AL MERCADO

En primer lugar, es necesario delimitar a qué nos referimos cuando hablamos de barreras de entrada y barreras de permanencia en el mercado. Al respecto, debemos adelantar que el concepto de barrera burocrática es una especie particular dentro de tales categorías, encontrándose delimitado expresamente por el DL 1256, por lo que goza de características específicas.

Sin perjuicio de lo anterior, podemos empezar analizando el concepto de barrera de entrada al mercado. De manera general y en términos económicos, se ha señalado que una barrera de entrada es una condición que impone a un nuevo entrante costos de producción más altos que los soportados por las empresas que ya son participantes en el mercado (Stigler, 1968; Posner, 2001). A partir de la definición citada, y como se puede advertir, la generación de mayores costos de producción a nuevos competidores en el mercado puede originarse en distintos niveles y por distintos factores.

Por ejemplo, en el caso de una empresa que busca entrar a competir en el mercado de comercialización de bebidas no alcohólicas en Lima, esta debe enfrentarse a una serie de dificultades para empezar a realizar actividades en dicho mercado, como: (i) las posibles estrategias de los competidores ya establecidos en el mercado, destinadas a no perder a sus clientes actuales; (ii) la obtención de autorizaciones sanitarias; (iii) la obtención de títulos habilitantes para el funcionamiento de locales; (iv) la constitución del vehículo corporativo (sociedad u otro) para realizar sus actividades empresariales; (v) la presentación de documentación ante distintas autoridades; (vi) las inversiones en la publicidad inicial del negocio; (vii) entre otras.

Evidentemente, muchos de estos factores pueden ser dificultades comunes al inicio de cualquier emprendimiento, por lo que podrían considerarse **barreras naturales** para entrar al mercado. Sin embargo, algunas de estas complejidades pueden ser el resultado de prácticas anticompetitivas, regulaciones ilegales o la exigencia de requisitos innecesarios por parte de la Administración Pública. Así, las barreras de acceso o de entrada al mercado constituyen un concepto amplio, estudiado por distintas entidades estatales para promover el desarrollo de las inversiones y actividades económicas en el país, incluyendo a diferentes áreas del Indecopi.

Como muestra de ello, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, CLC) ha desarrollado que el concepto de barreras de entrada se refiere a "aquellos factores que limitan la entrada de nuevos competidores y permiten que las firmas establecidas puedan elevar los precios de manera sostenida, por encima de los niveles que regirían en un entorno competitivo" (Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, 2016, p. 244). No obstante, no debe confundirse esta noción general con el concepto específico de barreras burocráticas regulado por el DL 1256.

En esa misma línea, el artículo 7 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM (en adelante, la LRCA), reconoce la posibilidad de que puedan existir diversos tipos de barreras de entrada en un mercado específico, en tanto señala como un factor para considerar que un agente económico goza de posición de dominio, entre otros, a la existencia de **barreras de entrada de tipo legal, económica o estratégica** (2019).

Entonces, es necesario comprender el universo de posibles barreras de acceso al mercado, para así delimitar los mecanismos dirigidos a su detección y posible eliminación, lo cual permitirá entender sus alcances e importancia en cada caso concreto. A continuación, en función a criterios seguidos

[4] Ello ha sido reconocido en distintas oportunidades por las entidades del Gobierno Central e, inclusive, por el Tribunal Constitucional del Perú respecto a los antecedentes normativos del DL 1256. Así, el supremo intérprete de la Constitución Política del Perú ha indicado: "[c]omo es de verse preliminarmente, la Comisión se desenvuelve dentro del ámbito del control de la legalidad de determinadas actividades que pueden afectar la competitividad general en el territorio nacional y por ende el propio y normal desarrollo de la libertad de empresa o de comercio" (Expediente 00014-2009-PI/TC, 2010).

por el Indecopi y desarrollados por la literatura económica y legal, proponemos una clasificación de las barreras de entrada al mercado según su naturaleza u origen.

### A. Las barreras estratégicas a la entrada de nuevos competidores

Por un lado, cabe diferenciar aquellas barreras –entendidas como impedimentos o dificultades– que son impuestas por las demás empresas que concurren en el mercado (empresas ya establecidas), alterando el proceso competitivo y a las cuales nos referíamos al citar la definición de barreras de entrada esbozada por la CLC.

Esta clase de barreras de entrada al mercado son llamadas barreras estratégicas y han sido definidas como "aquellas voluntarias e intencionalmente exigidas por el propio comportamiento de las empresas para reducir o impedir que se produzca la entrada de un competidor" (Flint Blanck, 2002, p. 227).

En palabras precisas de la Secretaría Técnica de la CLC:

> Las barreras estratégicas o de conducta se refieren a comportamientos empresariales que restringen o disuaden a las empresas a entrar en la industria. Las empresas establecidas pueden llevar a cabo diversas prácticas con el objetivo de influir negativamente sobre los beneficios esperados del o los entrantes. El éxito de dichas prácticas dependerá, entre otros aspectos, de que las amenazas resulten creíbles para la empresa entrante así como de que puedan mantenerse en el tiempo sin que existan prácticas alternativas más convenientes para la empresa establecida. Estas prácticas pueden estar orientadas a la reducción o eliminación de los beneficios esperados de la empresa entrante o a elevar los costos de entrada u operación en el mercado. Son ejemplos de barreras estratégicas: los precios límite, la sobre-inversión en capacidad, la diferenciación de productos, los subsidios cruzados, la integración y restricciones verticales, el incremento de los costos de los rivales, los precios predatorios, etc. (Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, 2004, p. 39).

En ese contexto, ante este tipo de comportamientos, los agentes económicos pueden recurrir a la CLC y a su Secretaría Técnica para que, en el marco de la LRCA, denuncien y se investigue la existencia y eventuales responsabilidades por la comisión de prácticas anticompetitivas, tomando en consideración la capacidad efectiva o potencial de los agentes para producir restricciones al acceso al mercado. Es decir, no siempre una barrera estratégica será considerada como una práctica anticompetitiva, ya que puede ser que no cumpla con los requisitos establecidos en la LRCA para sancionar a los agentes económicos, como es el caso de las prohibiciones relativas, sobre las cuales se realiza un balance de efectos de la conducta para determinar si produce o puede producir afectación a la competencia y a los consumidores.

En los procedimientos seguidos ante la CLC para la detección y represión de la imposición de barreras estratégicas de acceso al mercado, la carga de la prueba recae en el órgano instructor –y, de ser el caso, con la colaboración del denunciante[5]– para acreditar la necesidad de reprimir la conducta anticompetitiva. Como veremos más adelante, en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, la carga de la prueba tiene reglas particulares justificadas en la naturaleza y fines de tales procedimientos.

### B. Las barreras estructurales a la entrada al mercado

Existe otro tipo de barreras cuyo origen no se encuentra en el comportamiento de las empresas, sino que son el resultado de las características estructurales del mercado en el que se va a desarrollar la actividad económica, tales como los costos, la demanda y el estado de la tecnología (OCDE, 2005). Así, se formula el concepto de barreras estructurales, las cuales pueden ser divididas en (i) barreras económicas; y, (ii) barreras legales.

Cabe indicar que algunos autores prescinden de agrupar a estas dos últimas subclasificaciones como barreras estructurales y optan por referirse a las barreras económicas como **barreras naturales** y en una categoría independiente estudiar a las barreras legales (Paredes & Tarziján, 2006, p. 84).

[5] El artículo 18 de la LRCA es claro al señalar:

> 18.1. El procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte.
>
> 18.2. En el procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio.
>
> 18.3. El procedimiento sancionador podrá ser iniciado cuando la conducta denunciada se está ejecutando, cuando exista amenaza de que se produzca e, inclusive, cuando ya hubiera cesado sus efectos.
>
> […] (2019).

Sin embargo, en tanto las barreras legales generan costos fijos que forman parte de la estructura del mercado, consideramos, siguiendo a la OCDE, que tanto las barreras económicas como las legales pueden ser agrupadas dentro de la clasificación de barreras estructurales:

> Including regulatory barriers in the structural conditions section rather than in the strategic behaviour section may seem overly optimistic to some readers. It is certainly true that many companies have successfully manipulated regulatory regimes for the purpose of deterring entry. Unless the regulation itself is being challenged, however, why regulation exists is not as important as that it exists[6] (OCDE, 2005, p. 33).

Lo anterior nos lleva a recoger la presente clasificación en un plano del ser y no, por el momento, del deber ser. Sin embargo, cabe preguntarse si las barreras estructurales son efectivamente naturales en la competencia. Es decir, si cada una de estas posibles barreras forman parte de la estructura misma del mercado porque la naturaleza de la actividad económica así lo determina o si, por el contrario, son dificultades innecesarias que podrían ser de cierto modo disminuidas o eliminadas para promover la libre competencia. Dejando de lado por el momento la reflexión anterior, corresponde observar las principales características de estas barreras a la entrada al mercado.

1. Las barreras económicas

Estas barreras se presentan como consecuencia de las condiciones económicas en las que se desarrolla cierta actividad en un mercado específico. Este concepto también ha sido recogido por la CLC y su Secretaría Técnica, habiendo reconocido esta última que

> [l]as barreras económicas se relacionan a las ventajas absolutas en costos, la presencia de economías de escala y de ámbito significativos, las características de la tecnología requerida, la existencia de facilidades esenciales y los costos hundidos o irrecuperables en que debe incurrir una empresa para ingresar a una industria (Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC, 2004, p. 39)[7].

Como se ha señalado, las barreras económicas pueden ser estudiadas bajo la denominación de **barreras naturales**, por lo que se sostiene que estas se manifiestan cuando la estructura del mercado, en un momento determinado, permite a las empresas establecidas enfrentarse a menores costos que pueden provenir de sinergias operacionales como son las economías de escala y las economías de ámbito (Paredes & Tarziján, 2006, pp. 84-85).

En consecuencia, la presencia de barreras económicas puede dificultar la entrada de nuevos competidores en el mercado, generar monopolios u oligopolios naturales e, incluso, producir ausencia de inversión privada en algunos mercados. Es por ello que, en ciertas ocasiones, el Estado emite regulaciones para promover la competencia o realiza procesos de promoción de la inversión privada en mercados con barreras económicas de entrada altas.

2. Las barreras legales

Las barreras legales son aquellas restricciones impuestas por las distintas entidades del Estado para el desarrollo de las actividades económicas. Por lo tanto, se incluye en esta categoría a todas las exigencias y limitaciones normativas impuestas por los distintos niveles del gobierno y poderes del Estado, tales como las prohibiciones para realizar ciertas actividades, la obtención de permisos y licencias, el cumplimiento de regulaciones y estándares, el pago de tributos, entre otros.

Debemos precisar que esta clase de barreras son llamadas legales en una concepción amplia de dicha palabra. En efecto, este concepto no se refiere únicamente a limitaciones cuyo origen se encuentra en la ley, sino en el marco normativo en general y a través de las distintas modalidades de intervención del Estado en la economía, incluyendo normas infra legales, actuaciones y actos administrativos.

Es en esta categoría en la que podemos ubicar al concepto de **barrera burocrática** regulado por el



6 Incluir las barreras legales en la sección de condiciones estructurales más que en la de comportamiento estratégico puede parecer demasiado optimista para algunos lectores. Es cierto que muchas empresas han manipulado con éxito los regímenes regulatorios con el fin de impedir la entrada al mercado. Sin embargo, a menos que se cuestione la propia regulación, el porqué de la existencia de la regulación no es tan importante como su existencia (OCDE, 2005, p. 33) [traducción libre].

7 La CLC también ha recogido esta clasificación. Por ejemplo, en la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, al analizar el mercado de servicios de transporte ferroviario en el Ferrocarril Sur-Oriente, la CLC señaló que "[l]as barreras económicas se encuentran representadas por la fuerte inversión que debe realizarse para la adquisición del material tractivo y rodante, el cual no es de fácil aprovisionamiento ni puede ser utilizado en otras vías, debido a las particularidades topográficas de la zona en la que se encuentra el FSO" (2010).

DL 1256[8], al que nos referiremos más adelante. El análisis de ilegalidad o irracionalidad contemplado en el referido decreto legislativo, así como la eventual inaplicación de la norma denunciada, es de competencia de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi (en adelante, CEBB) en primera instancia y de la Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas (en adelante, SEBB) en segunda instancia.

Por otro lado, en esta categoría también se encuentran las **barreras arancelarias y las barreras comerciales no arancelarias en el comercio internacional**, las cuales se encuentran materializadas en las disposiciones gubernamentales que limitan la importación o exportación de bienes en el país.

Respecto a las barreras comerciales no arancelarias, la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi (en adelante, CDB) efectúa el control y eliminación de

> [t]oda exigencia, requisito, restricción, prohibición o cobro establecido por cualquier entidad de la Administración Pública en ejercicio de potestades de imperio o administrativas, carentes de legalidad o razonabilidad, que afecten la importación o exportación de bienes, desde o hacia el territorio nacional (Decreto Legislativo 1212, 2015, art. 7).

La CDB realiza dichas labores en primera instancia y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en segunda instancia.

Respecto a las barreras arancelarias, estas no están sujetas a la labor de control posterior y eliminación por parte del Indecopi. Ello, en la medida que los aranceles son impuestos que gravan las mercancías que se importan en el territorio nacional, reflejando una decisión de política fiscal que no puede ser evaluada por la CDB ni la CEBB, pues estas no cuentan con facultades para evaluar la política tributaria del Estado ((Insituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi], 2020, p. 3).

Sin embargo, no debe olvidarse que el cobro de tributos también implica la asunción de costos que pueden dificultar la entrada y permanencia de las empresas en ciertos sectores económicos.

Cabe señalar que **las barreras legales –en general– no son negativas *per se***, incluyendo a las barreras burocráticas, debido a que la regla general debe ser que la intervención del Estado en la economía sirva a algún objetivo necesario y justificado. Así, es sumamente importante que "las entidades de la Administración Pública, incluido el Congreso de la República, orienten su accionar a principios rectores que permitan regulaciones necesarias y proporcionadas" (Patroni Vizquerra, 2011, p. 305).

Asimismo, el hecho de que una barrera legal califique como una barrera burocrática no implica que la misma sea negativa para el mercado y deba ser eliminada. Al respecto, Luna comenta lo siguiente:

> […] si bien el término barrera burocrática podría connotar negatividad y, por ende, hiciera suponer que todas las barreras deberían eliminarse, ello no es así. Únicamente debería eliminarse aquella medida que - luego de ser analizada - sea declarada ilegal o carente de razonabilidad. Aquella barrera que resulta compatible con el interés privado (el desarrollo de actividades económicas por los particulares y/o que la normas y principios de la simplificación administrativa) y el interés público no debe inaplicarse ni eliminarse (2019, p. 42)

De este modo, se tiene la premisa de que toda regulación estatal debe haber sido emitida de manera justificada con base en un análisis de impactos, costos y beneficios, coherencia con el ordenamiento jurídico, entre otros aspectos (OCDE, 2016, p. 14). Tales acciones se encuentran dentro del ámbito de la prevención y se ven reflejados en **mecanismos de control previo (*ex ante*) de calidad normativa y regulatoria**[9], así como en las actividades de prevención de barreras burocráticas.

No obstante, algunas barreras legales pueden no haber seguido tales mecanismos *ex ante* o, inclu-

[8] El artículo 3 de DL 1256 define al concepto de barrera burocrática de la siguiente manera:

> 3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad (2016).

[9] Mecanismos tales como: (i) las exigencias para la producción de normas, de acuerdo a la Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 008-2006-JUS; (ii) los mecanismos de calidad normativa previstos en la "Guía sobre la calidad normativa y publicación de proyectos normativos", aprobada mediante Resolución Directoral 008-2016-JUS/DGDOJ; (iii) el Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos, conforme al Decreto Legislativo 1310 y su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo 061-2019-PCM; y, (iv) los demás instrumentos para la mejora de la calidad regulatoria, conforme al Decreto Legislativo 1448.

so, pueden no servir a algún objetivo socialmente meritorio o lo hacen de una manera que se desalienta innecesariamente la entrada al mercado (OCDE, 2005). En consecuencia, se hace necesaria la existencia de **mecanismos de control posterior (*ex post*) de barreras legales**, como pueden ser los procesos constitucionales regulados por el Código Procesal Constitucional[10] y los procedimientos ante el Indecopi (tanto ante la CEBB como a la CDB), cada uno dentro de su alcance y ámbito de aplicación específico.

En adición, el marco normativo peruano también prevé los mecanismos de abogacía de la competencia que puede llevar a cabo la CLC y su Secretaría Técnica, en virtud de la LRCA[11], para sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada. Por su parte, en el marco del DL 1256[12], la CEBB o la SEBB pueden disponer que su respectiva Secretaría Técnica emita un informe técnico de abogacía para la eliminación de barreras contenidas en leyes, emitiendo recomendaciones sobre la implementación de medidas que promuevan la eliminación de tales barreras. Dicho informe es puesto en conocimiento del Congreso de la República o del Poder Ejecutivo, según corresponda.

## III. QUIERO SEGUIR COMPITIENDO: LAS BARRERAS DE PERMANENCIA EN EL MERCADO

En línea con lo desarrollado anteriormente, cabe diferenciar teóricamente el concepto de las barreras de permanencia en el mercado, las cuales pueden afectar a agentes económicos ya establecidos, siguiendo la misma lógica y clasificación explicada para las barreras de entrada, salvo ciertas particularidades.

De hecho, no se suele diferenciar a las barreras de permanencia por considerarlas incluidas como manifestaciones de las barreras de entrada aplicadas a agentes económicos previamente constituidos, pero que podrían ver dificultada o restringida la continuación del desarrollo de sus actividades por comportamientos estratégicos de sus competidores, o por la modificación de las condiciones estructurales en las que venían participando en el mercado.

### A. Las barreras estratégicas a la permanencia en el mercado

Las barreras estratégicas enfocadas en la permanencia en el mercado son originadas generalmente por prácticas contrarias a la libre y leal competencia por parte de empresas competidoras, a efectos de dificultar el desarrollo de las actividades económicas de sus competidores. Además, constituyen aquellas prácticas lícitas destinadas a captar la mayor cantidad de consumidores posibles y –como consecuencia natural– restar el éxito de las otras empresas que participan en el mismo mercado.

Así, en esta categoría encontramos a las **prácticas exclusorias** que, si bien pueden afectar a potenciales competidores para su acceso al mercado, en su mayoría se manifiestan como "conductas que implican intentos de excluir competidores para lograr un incremento o una mayor posibilidad de ejercer el poder de mercado, y pueden llevarse a cabo de diversas maneras" (Coloma, 2002, p. 1). Como se sabe, estas prácticas se encuentran prohibidas por la LRCA y, sobre ellas, el Tribunal de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi ha desarrollado que:

> [u]na práctica exclusoria es considerada como aquella cuyos efectos impactan principalmente en la estructura de mercado, o que apuntan a reforzar el poder de mercado de un dominante colocando en desventaja a otros competidores, por ejemplo, mediante la negativa a contratar o denegar el acceso a facilidades esenciales (Resolución 0708-2011-SC1-INDECOPI, 2011, pp. 6-7)[13].

Por otro lado, un factor adicional a ser considerado como parte de las barreras estratégicas de permanencia es la posibilidad de que se presenten **actos de competencia desleal** que puedan afectar la situación de otras empresas competidoras en el mercado.

En el Perú, los actos de competencia desleal se encuentran prohibidos por el Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal

[10] Nos referimos a: (i) el proceso de inconstitucionalidad; (ii) el proceso de acción popular; y, (iii) el proceso de amparo contra la aplicación de normas y actuaciones estatales.

[11] Conforme a las competencias previstas en el inciso e) del numeral 14.2 del artículo 14 y el inciso g) del numeral 15.2 del artículo 15 de la LRCA.

[12] Conforme al artículo 49 del DL 1256.

[13] Cabe precisar que, si bien el procedimiento en el cual se emitió esta resolución analizó los alcances del Decreto Legislativo 701, derogado por la LRCA, la definición de prácticas exclusorias citada es útil y mantiene vigencia para explicar los alcances de dicho concepto.

(en adelante, la LRCD), cuyo artículo 6 prohíbe de manera general cualquier acto que resulte objetivamente contrario a la buena fe empresarial que debe orientar la concurrencia en una economía social de mercado. En ese contexto, mediante esta clase de actos, las empresas pueden alterar el correcto funcionamiento del mercado. La autoridad encargada de velar por el cumplimiento de la LRCD es la Comisión de Fiscalización de Competencia Desleal del Indecopi en primera instancia, y la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en segunda instancia.

### B. Las barreras estructurales a la permanencia en el mercado

Estas barreras se originan por modificaciones en las condiciones en las que se venía desarrollando la actividad económica específica, siendo que tales modificaciones podrían originarse por fenómenos económicos (barreras económicas) o por nuevas regulaciones o actuaciones estatales (barreras legales).

1. Las barreras económicas

Las barreras económicas se presentan ante el cambio de circunstancias que determinaron el modelo económico o de negocio de una empresa, siendo que el desarrollo de sus actividades se enfrenta a dificultades como podrían ser el aumento de los costos e inversiones que se tienen que asumir para continuar operando en el mercado, al cambio de paradigmas en la tecnología, a la disponibilidad de materias primas, al cambio de necesidades y preferencias de los consumidores, entre otros.

2. Las barreras legales

Finalmente, encontramos a las barreras legales, originadas por la introducción de regulaciones que impongan límites, exigencias o restricciones para alguna actividad económica. Algunos ejemplos de estas son los cambios en las zonificaciones de los distritos, la imposición de nuevos límites a la antigüedad de vehículos, las exigencias de renovar licencias y la imposición de restricciones de horario para funcionamiento de locales (Guimaray Morales, 2018).

De esta manera, las barreras legales tienen un matiz particular cuando se trata de agentes ya constituidos en el mercado, pues se estaría afectando –de cierto modo y en distintos niveles– los derechos de propiedad y de libertad de empresa. En consecuencia, la introducción de regulaciones a la economía debe realizarse de manera legal y proporcional, siendo necesario analizar cada una de las regulaciones a ser emitidas por el Estado.

Es precisamente bajo la figura de las barreras legales que la CEBB y la SEBB son competentes para declarar la existencia de **barreras burocráticas ilegales o irracionales** que son denunciadas por los administrados al ver amenazado el normal desarrollo de sus actividades en el mercado. Ello, sin perjuicio de que, como se ha explicado, el universo de barreras legales incluya la totalidad de regulaciones emitidas por el Estado e incluso sus actuaciones, a través de sus distintos organismos y niveles de gobierno, algunas de las cuales no puedan ser cuestionadas a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sino que pueden ser cuestionadas mediante otros mecanismos de control posterior de la regulación.

## IV. EL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Como se ha podido adelantar, dentro de los mecanismos de control posterior destinados a que no existan barreras legales injustificadas que limiten la libre competencia, en el Perú se cuenta con un régimen legal orientado a desactivar medidas de la Administración Pública que reducen o eliminan el acceso o permanencia en el mercado de manera ilegal o irracional.

En la actualidad, este sistema se encuentra regulado principalmente en el DL 1256, cuya finalidad es

> supervisar el cumplimiento del marco legal que protege los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, en beneficio de personas naturales o jurídicas, mediante la prevención y eliminación de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad que restrinjan u obstaculicen el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que constituyan incumplimientos de las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa con el objeto de procurar una eficiente prestación de servicios al ciudadano por parte de las entidades de la administración pública (Decreto Legislativo 1256, 2016, art. 1).

En ese sentido, este régimen limita y define el concepto de barrera burocrática de la siguiente manera:

> [b]arrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa (Decreto Legislativo 1256, 2016, art. 3).

Cabe recordar, entonces, que las barreras burocráticas pueden materializarse a través de actos administrativos, disposiciones administrativas o actuaciones materiales de la Administración Pública.

De este modo, las barreras burocráticas se encuentran referidas a las barreras legales originadas por el ejercicio de la función administrativa de las entidades públicas. No obstante, existen ciertas actuaciones estatales –que, si bien pueden constituir barreras legales, conforme a los conceptos explicados en las secciones precedentes– excluidas expresamente del concepto de barrera burocrática y, en consecuencia, no se encuentran bajo el ámbito de aplicación del sistema regulado por el DL 1256[14].

### A. Importancia de la eliminación de barreras burocráticas

La relevancia de la eliminación de barreras burocráticas se ve reflejada de distintas maneras. Desde el punto de vista de los derechos de los ciudadanos, como la propia finalidad del DL 1256 reconoce, además de velar por la prestación eficiente y simplificada de procedimientos administrativos, permite proteger los derechos a la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. Al respecto, Ochoa Mendoza ha indicado lo siguiente:

> [l]ibertad de iniciativa privada y de empresa tienen diferente contenido pero coinciden en el objetivo. La primera garantiza que la idea de negocio, de producto de la creatividad del empresario, no sea invalidada por algún tipo de intervención estatal que le diga qué hacer o cómo hacer el emprendimiento. La segunda garantiza que la actividad económica, una vez escogida, se desarrolle y organice libremente sin intervención externa a la voluntad del empresario. En ambos casos se persigue extender el principio de libertad que tiene todo ciudadano en su ámbito económico (2014, p. 11).

Como consecuencia de garantizar el ejercicio de los derechos indicados y la simplificación administrativa, se generan beneficios a los consumidores ante la presencia de un mayor número de ofertantes en el mercado, lo cual implica mejoras en la calidad y precio de los bienes a su disposición (Delgado Flores, 2012, p. 41).

Corresponde destacar la importancia y necesidad de implementar políticas de simplificación administrativa, debido a que las reglamentaciones administrativas excesivas o complejas pueden impedir la innovación. Asimismo, crean obstáculos innecesarios al comercio, la inversión y la eficiencia económica, e incluso amenazan la legitimidad de la política regulatoria y el Estado de Derecho (OCDE, 2011, p. 28).

Sumado a lo anterior, desde un punto de vista macroeconómico, la eliminación de barreras burocráticas permite promover la competitividad del país, en tanto busca reducir las trabas que afectan la inversión privada y, por lo tanto, el crecimiento económico. Tal como ha reconocido el Indecopi:

> [l]a entrada de nuevas empresas y emprendimientos, así como el desarrollo de las empresas ya existentes, es fundamental para promover la competitividad y el crecimiento de un país, por lo que es importante que la regulación facilite el acceso y permanencia de empresas en los mercados, y no sea impuesta por las entidades de la Administración Pública sin razonabilidad o de manera ilegal (2018, p. 5).

En ese mismo sentido se ha pronunciado la OCDE al analizar las políticas de competencia en el Perú: "[e]n teoría, las recomendaciones de la CEBB relativas a la eliminación de barreras burocráticas contribuyen indirectamente a reducir los costos de competencia y las barreras de acceso al mercado" (2018, p. 95). Igualmente, el Estado peruano ha considerado que la emisión del DL 1256 se encontró justificada en que:

> […] los agentes económicos se siguen enfrentando en su día a día a diversas barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad, que obstaculizan su actividad empresarial y retrasan la ejecución de sus proyectos de inversión, además de debilitar la competencia como fuente principal de producción y crecimiento a largo plazo" (Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256, 2016, p. 1).

[14] Nos referimos a los supuestos previstos en la misma definición de barreras burocráticas prevista en el artículo 3 del DL 1256, los cuales son: (i) las medidas establecidas en leyes u otras normas con rango de ley y alcance nacional, emitidas al amparo de la función legislativa; (ii) las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones o cobros contenidos en contratos suscritos por una entidad, procesos de subasta o bases de algún tipo de concurso para contratar con el Estado; (iii) las omisiones, inacciones o cualquier inactividad de la administración pública; (iv) las tarifas o contraprestaciones por servicios prestados por el Estado o por empresas privadas o públicas, ajenos al ejercicio de la función administrativa; (v) el cobro de aranceles e impuestos y, en general, cualquier tributo no vinculado, así como los criterios para su determinación; (vi) las medidas fito y zoosanitarias; (vii) las controversias contencioso-tributarias; (viii) el cobro de arbitrios a personas naturales sin actividad económica; (ix) la declaración de nulidad de un acto administrativo por motivos de debido procedimiento; y, (x) la imposición de sanciones (2016).

Por lo tanto, existen diversos intereses públicos en la eliminación de barreras burocráticas como mecanismo necesario para promover la competencia en el mercado y el bienestar de los ciudadanos.

### B. El procedimiento de eliminación de barreras burocráticas

En atención a la importancia y los objetivos que se pueden alcanzar a través de la eliminación de barreras burocráticas, el DL 1256 establece una serie de herramientas destinadas a lograr tales fines, tanto desde el ámbito de la prevención como del control posterior de las medidas administrativas a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Además, este dispositivo normativo prevé un régimen sancionador y correctivo aplicable a entidades, funcionarios, servidores públicos o cualquier persona que ejerza función administrativa.

Es en ese contexto que, con relación a este régimen normativo, se ha señalado que:

> Perú es un *study case* […] hoy día tenemos una normatividad muy moderna y que ha avanzado mucho; como señalaba, es única (no hay otro país que tenga una cosa parecida) y creo que más allá de sus limitaciones por la falta de recursos, ha conseguido avances importantes. Sin embargo es una tarea titánica: hay que luchar contra un monstruo muy grande y al que le crecen cabezas y tentáculos cada vez que se corta una cabeza o un tentáculo. Así son las barreras burocráticas que se crean y recrean todo el tiempo (Bullard Gonzáles, 2017, p. 273).

Precisamente, nos referiremos al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas como mecanismo que permite la participación de los administrados en las acciones del Indecopi para permitir que las empresas puedan acceder y mantener su permanencia en el mercado. Sobre el particular, el artículo 7 del DL 1256 reconoce las modalidades de inicio de este procedimiento, diferenciando:

(i) El procedimiento iniciado a pedido de parte, mediante la presentación de una denuncia dirigida al Secretario Técnico de la CEBB, cumpliendo los requisitos establecidos en el artículo 20 de esta norma.

(ii) El procedimiento iniciado de oficio por decisión de la Secretaría Técnica de la CEEB, que también puede ser originado por la presentación de denuncias informativas formuladas por gremios empresariales, colegios profesionales, la Defensoría del Pueblo, entre otras instituciones, personas naturales o jurídicas.

Sin perjuicio de lo anterior, bajo ambas modalidades de inicio del procedimiento, de conformidad con el artículo 4 del DL 1256, resultan aplicables el principio de encausamiento del procedimiento y los principios reconocidos en el artículo IV del Título Preliminar del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS (en adelante, LPAG), tales como los principios de impulso de oficio, informalismo, verdad material, entre otros. Es decir, incluso en los procedimientos iniciados a pedido de parte, los órganos competentes del Indecopi tienen el deber de dirigir e impulsar el procedimiento a efectos de verificar plenamente los hechos que sirven de motivo de sus decisiones.

Efectivamente, como en todo procedimiento administrativo, se hace de especial interés considerar la totalidad de hechos y cuestiones que permitan emitir un pronunciamiento conforme a derecho y que tutele de manera efectiva los derechos de los administrados. En el caso particular de los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas, se tiene además la finalidad de promover la competencia y eficiencia en el mercado, así como velar por los intereses públicos subyacentes a este régimen legal.

### C. Metodología de análisis de posibles barreras burocráticas

Ahora bien, el DL 1256 sistematiza la metodología general que se debe seguir en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas para analizar y determinar si las medidas administrativas constituyen o no barreras burocráticas que deban ser inaplicadas por ser ilegales o irracionales.

Dicha metodología establece que, en primer lugar, debe realizarse un **análisis de legalidad** de la medida. Conforme al artículo 14 del DL 1256, para determinar si la medida es legal o ilegal importa evaluar los siguientes tres aspectos:

(i) Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.

(ii) Si la entidad siguió los procedimientos o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.

(iii) Si a través de la imposición o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

De declararse la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en disposiciones administrativas, la CEBB o la SEBB disponen su inaplicación con efectos generales. En caso se declare la ilegalidad de barreras burocráticas materializadas en actos administrativos o actuaciones materiales, se dispone su inaplicación al caso concreto en favor denunciante.

En segundo lugar, de ser necesario continuar con la evaluación de la medida por haberse verificado su legalidad, en línea con los artículos 15 y siguientes DL 1256, se realizará un **análisis de razonabilidad**, siempre y cuando se presenten –de manera previa a la emisión de la resolución de admisión a trámite de la denuncia– indicios suficientes respecto a la carencia de razonabilidad de la misma.

La medida será irrazonable cuando (i) con ella no se busque tutelar un fin/interés público o no sea idónea para alcanzar el objetivo de la medida (es decir, sea una medida arbitraria); o, (ii) cuando no sea proporcional con los fines que busca tutelar o cuando no sea la opción menos costosa/gravosa para lograr tales fines (es decir, sea una medida desproporcionada).

Respecto a los efectos derivados de la declaración de barreras burocrática irracionales, el DL 1256 diferencia: (i) en los procedimientos iniciados de oficio referidos a barreras contenidas en disposiciones administrativas, se ordena la publicación de un extracto de la resolución correspondiente en el Diario Oficial El Peruano; y, (ii) en los procedimientos iniciados a pedido de parte (ya sea contenidos en disposiciones administrativas, actos administrativos o actuaciones materiales), se dispone su inaplicación al caso concreto en favor del denunciante.

## V. YO TAMBIÉN QUIERO DENUNCIAR: LAS EXIGENCIAS A LOS ADMINISTRADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS

Como se ha indicado, el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas puede iniciarse a pedido de parte o de oficio. Ambas modalidades permiten la participación de los administrados, pues incluso el procedimiento iniciado de oficio puede originarse por la presentación de denuncias informativas. Sin embargo, el DL 1256 prevé los requisitos y exigencias que deben cumplir los administrados para interponer una denuncia con el objetivo de iniciar este tipo de procedimientos; es decir, no resultan aplicables para la presentación de denuncias informativas para que la Secretaría Técnica de la CEBB inicie procedimientos de oficio.

Así, el artículo 20 del DL 1256, en concordancia con el artículo 26 del mismo cuerpo legal, establece los **requisitos para admitir a trámite** las denuncias para iniciar un procedimiento a pedido de parte, siendo estos los siguientes:

> [p]ara interponer una denuncia, además del pago de la respectiva tasa, el denunciante debe identificar de manera concisa y/o presentar a través de su denuncia o anexos, los siguientes aspectos:
>
> 1. La(s) barrera(s) burocrática(s) materia de denuncia.
>
> 2. El medio de materialización: disposición administrativa, acto administrativo y/o actuación material. En caso de denunciar una disposición administrativa, el denunciante además debe identificar el párrafo, el artículo o parte pertinente en que se encuentra materializada la barrera burocrática.
>
> 3. La entidad (o entidades) que impone(n) y/o aplica(n) la(s) barrera(s) burocrática(s) materia de denuncia.
>
> 4. Los hechos, cuando la barrera burocrática se materializa en actos administrativos y/o actuaciones materiales.
>
> 5. Los fundamentos jurídicos que sustentan que la barrera burocrática denunciada es ilegal, de ser el caso.
>
> 6. Los indicios que sustentan la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática denunciada, de ser el caso.
>
> 7. Los medios probatorios que se requieran para acreditar lo afirmado en los literales anteriores, cuando corresponda (2016).

Como se puede observar, los requisitos indicados en los numerales 1 al 4 de la norma citada se encuentran dirigidos a identificar la(s) medida(s) y hechos denunciados, por lo que resultan necesarios para que se determine el objeto de la denuncia y, por lo tanto, del procedimiento.

Por su parte, los numerales 5 y 6 de la norma se encuentran vinculados al sustento necesario para justificar que las medidas denunciadas constituyen barreras burocráticas ilegales o irracionales, respectivamente. Evidentemente, el cumplimiento de estos requisitos requiere de un mayor esfuerzo por parte de los administrados para la admisión a trámite de sus posibles denuncias y para que, posteriormente, sean declaradas fundadas. No obstante, el estándar requerido para la admi-

sión de la denuncia no implica el análisis de legalidad o razonabilidad de las medidas en dicho momento, pues ello formará parte de la evaluación y decisión que será emitida por la autoridad en el procedimiento.

Por último, el numeral 7 de la norma mencionada se refiere a la presentación de medios probatorios en aquellos casos en los que sea necesario, por lo que no representa mayor complejidad para los administrados, sino que les permite ejercer su derecho a ofrecer y a producir pruebas en los procedimientos administrativos de la manera en la que estimen más conveniente, en línea con su derecho al debido procedimiento.

Respecto a los **requisitos de procedencia** de las denuncias, el artículo 27 del DL 1256 se remite expresamente a los supuestos de improcedencia regulados en el Código Procesal Civil, cuyo artículo 427 señala las siguientes causales de improcedencia: (i) falta de legitimidad para obrar; (ii) falta de interés para obrar; (iii) caducidad del derecho; (iv) falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio; y, (v) petitorio jurídica o físicamente imposible.

Finalmente, para que una denuncia contra barreras burocráticas sea declarada **fundada**, se deberá seguir la metodología de análisis comentada anteriormente para determinar si las medidas denunciadas constituyen barreras ilegales o irracionales. Con relación a este último aspecto, el DL 1256 no limita que el análisis a ser realizado por la CEBB o la SEBB deba restringirse a los fundamentos indicados en las denuncias de parte que dieran inicio al procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, sino que prevé reglas particulares para la participación del denunciante y la entidad denunciada en el procedimiento.

Es por ello que las exigencias que impone el DL 1256 a los administrados para su participación como denunciantes en un procedimiento de eliminación de barreras burocráticas deben ser analizadas en función a la singularidad de este sistema. Para dichos efectos, a continuación abordaremos algunas reflexiones en torno a las exigencias impuestas a los administrados para la presentación y éxito de las denuncias de parte para la eliminación y/o inaplicación de barreras burocráticas, las cuales pueden constituir dificultades e incluso desincentivos para realizar este tipo de denuncias.

### A. Fundamentación jurídica para el análisis de legalidad

El numeral 5 del artículo 20 del DL 1256, citado anteriormente, establece como un requisito de admisibilidad de la denuncia que los denunciantes desarrollen, en caso de invocarse la existencia de alguna barrera burocrática ilegal, los fundamentos jurídicos que sustenten la ilegalidad de la medida. Este requisito se encuentra vinculado con el análisis de legalidad que deberá realizar la autoridad como primer paso de la metodología prevista para evaluar si una medida administrativa constituye o no una barrera burocrática que deba ser eliminada por tratarse de una barrera ilegal contraria al ordenamiento jurídico.

Tomando en consideración que el artículo 21 del DL 1256 permite que en los procedimientos de eliminación de barreras burocráticas no se requiera de la participación de abogados, cabe preguntarse: ¿Deberá exigirse a los denunciantes desarrollar exhaustivamente las bases normativas a las que se refiere la denuncia? ¿El análisis de la CEBB o la SEBB deberá limitarse a los argumentos de legalidad expuestos en la denuncia?

En opinión que compartimos, Paredes Fiestas y Ugás Sobarzo han señalado que se trata de un análisis complejo, pues "[…] supone contrastar el acto o la disposición denunciada con todas las normas del ordenamiento jurídico peruano y no solo con las que fueron alegadas por el denunciante" (2014, p. 82), sin perjuicio de que deba salvaguardarse el derecho de defensa de la entidad denunciada (Luna, 2019, p. 57). Adicionalmente, al encontrarse este análisis íntimamente vinculado con el principio de legalidad en materia administrativa[15], no se debe olvidar que:

> [e]l principio de sujeción de la Administración a la legislación, denominado modernamente como 'vinculación positiva de la Administración a la Ley', exige que la certeza de validez de toda acción administrativa dependa de la medida en que pueda referirse a un precepto jurídico o que partiendo desde este, pueda derivársele como su cobertura o desarrollo necesario. El marco jurídico para la administración es un valor indisponible motu proprio, irrenunciable ni transigible (Morón Urbina, 2019, p. 78).

Estos aspectos son de especial relevancia si se toma en consideración los fines públicos e importancia del procedimiento de eliminación de barre-

[15] Principio reconocido en el numeral 1.1 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG: "1.1. Principio de legalidad.- Las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas" (2019).

ras burocráticas para promover la competencia y proteger los derechos a la libre iniciativa privada y libertad de empresa, siendo que la CEBB y la SEBB cuentan con facultades suficientes para realizar acciones de oficio y encausar el procedimiento.

En ese sentido, en virtud al principio de legalidad y al ser competencia de la CEBB y la SEBB el aplicar y velar por el cumplimiento de la normativa en materia de eliminación de las barreras burocráticas, sostenemos que tales órganos deberían realizar un análisis en conjunto de todo el marco legal aplicable y no limitarse a los argumentos expuestos por el denunciante. Pese a lo anterior, no debe perderse de vista el importante rol de los administrados para advertir y sustentar la ilegalidad de las medidas que son objeto de denuncia.

### B. Indicios sobre la existencia de la barrera burocrática irracional y la carga de la prueba para el análisis de razonabilidad

Superado el análisis de legalidad, en caso se hayan presentado indicios suficientes sobre la irracionalidad de la(s) medida(s) denunciada(s), se procede con el análisis de razonabilidad, el cual se encuentra íntimamente vinculado a la verificación de que la medida denunciada cumple con el principio de razonabilidad, reconocido en el numeral 1.4 del artículo IV del Título Preliminar de la LPAG[16]. Este último principio es asimilado al principio de proporcionalidad en materia constitucional[17] y postula la adecuación entre medios y fines, de modo que la Administración Pública no debe imponer cargas u obligaciones más gravosas que las que sean indispensables para cumplir con las exigencias del interés público que se busca tutelar a través de cada actuación administrativa en específico (Danós Ordóñez, 1999, p. 240).

Para entrar a esta etapa de la metodología de análisis, además del requisito de admisibilidad establecido en el numeral 6 del artículo 20 del DL 1256, el artículo 15 de esta misma ley condiciona expresamente la evaluación de la razonabilidad de las medidas denunciadas al hecho de que se hubieran presentado **indicios suficientes** respecto a la carencia de razonabilidad en la denuncia y hasta antes de que se emita la resolución de admisión a trámite de esta.

El artículo 16 del DL 1256 recoge un listado no taxativo de supuestos que no serán considerados como indicios suficientes. Estos son, cuando los argumentos del denunciante: (i) no se encuentren referidos a la barrera burocrática cuestionada; (ii) tengan como finalidad cuestionar la pertinencia de una política pública; (iii) se trate de alegaciones o afirmaciones genéricas; y, (iv) se alegue como único argumento que la medida genera costos.

Así las cosas, conforme a la normativa vigente, el denunciante necesariamente debe aportar indicios sobre la falta de razonabilidad de la medida denunciada, a efectos de que se lleve a cabo el análisis correspondiente. De cumplirse ello, de acuerdo al artículo 18 del DL 1256, la entidad denunciada tiene la carga de probar que la medida denunciada no es arbitraria ni desproporcional. El motivo de la inversión de la carga de la prueba se debe a que es la entidad pública denunciada la que conoce si existió o no, entre otros aspectos, algún interés público que justificó la medida y los beneficios a la comunidad que se espera obtener; que las cargas impuestas son adecuadas o razonables considerando los fines; y que la exigencia cuestionada es menos gravosa en relación con las demás opciones existentes.

El condicionamiento del análisis de razonabilidad a la presentación de indicios ha sido cuestionado anteriormente por distintos autores, al sostener que tal exigencia es innecesaria:



---

[16] Este principio del procedimiento administrativo hace referencia a que

> 1.4. Principio de razonabilidad.- Las decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido (Ley del Procedimiento Administrativo General [LPAG], 2019).

[17] A mayor ahondamiento, el Tribunal Constitucional del Perú ha señalado:

> [e]l principio de razonabilidad o proporcionalidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres subprincipios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación (Sentencia recaída en el expediente 2192-2004-AA/TC, 2004).

> [d]e suerte que el derecho de los denunciantes a obtener una decisión sobre la razonabilidad de una barrera parecería reducirse, en nuestro país, a una especie de intercambio con efectos impredecibles, que podría resumirse de la siguiente manera: Si tú me das indicios, yo te doy razonabilidad. Ello, sin embargo, nos parece una carga innecesaria, ya que quien debería demostrar si un cobro, requisito, exigencia, prohibición o limitación no es arbitraria ni desproporcionada es la misma entidad que creó la barrera, de manera que única y exclusivamente sea ella quien ofrezca los elementos de juicio que permitan un correcto análisis de razonabilidad (Guzmán Chuquillanqui, 2019, p. 204).

Paredes Fiestas y Ugás Sobarzo observaron, por su parte, este aspecto incluso antes de la publicación del DL 1256:

> […] la carga de la prueba impuesta a los denunciantes para cuestionar la carencia de razonabilidad de un acto o disposición administrativa es elevada pues debe estar debidamente motivada para crear convicción en los comisionados de la CEB o en los vocales de la Sala. Incluso para acreditar el indicio de desproporción se necesita que el denunciante argumente adecuadamente qué otras medidas hubieran sido igualmente satisfactorias para proteger el interés público.
>
> Cabe recordar que en los procedimientos seguidos ante el Indecopi no es necesario contar con un abogado, por lo que los denunciantes podrían tener dificultades para presentar indicios suficientes sin un asesoramiento adecuado (2014, p. 91).

No son pocos los procedimientos en los que la CEBB o la SEBB estiman que no corresponde realizar el análisis de razonabilidad de las medidas objeto de denuncia, al considerar que el denunciante no ha presentado indicios suficientes. De manera general, y sin entrar en el detalle de cada procedimiento específico, se puede observar dicha tendencia en múltiples pronunciamientos de la CEBB y la SEBB en los últimos años[18].

Si bien no es objeto de la presente investigación observar el detalle de los indicios o argumentos de razonabilidad esbozados en cada uno de los casos de los últimos años en los que se ha declarado que no corresponde realizar el análisis de razonabilidad por falta de indicios, es posible observar que se trata de un criterio reiterado tanto por la CEBB como la SEBB. En la medida que se trata de una dificultad efectiva que no puede ser superada por los administrados en todos los casos, ya sea por el criterio utilizado por la autoridad o por falta de asesoría en la presentación de las denuncias, a pesar de que –como se ha mencionado– el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no requiera de la participación de abogados.

En función a lo anterior, la aplicación restrictiva del artículo 15 del DL 1256 no parecería ser concordante con la importancia del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas para permitir contar con una política regulatoria basada en principios de racionalidad y proporcionalidad. A su vez, la aplicación restrictiva de dicha exigencia legal podría implicar un desconocimiento de los principios administrativos de impulso de oficio[19], informalismo[20] y verdad material[21]. Ello, debido a que, en línea con la LPAG, las autoridades administrativas

---

18 A manera de ejemplo, podemos mencionar las siguientes resoluciones de CEBB y la SEBB: Resolución 0072-2020/CEB-INDECOPI; Resolución 0060-2020/CEB-INDECOPI; Resolución 0019-2020/CEB-INDECOPI; Resolución 0010-2020/CEB-INDECOPI; Resolución 0248-2019/CEB-INDECOPI; Resolución 0204-2019/CEB-INDECOPI; Resolución 0002-2019/CEB-INDECOPI; Resolución 0046-2020/SEL-INDECOPI; Resolución 0009-2020/SEL-INDECOPI; Resolución 0004-2020/SEL-INDECOPI; Resolución 0627-2019/SEL-INDECOPI; Resolución 0072-2019/SEL-INDECOPI.

19 El principio de impulso de oficio establece que

> 1.3. Principio de impulso de oficio.- Las autoridades deben dirigir e impulsar de oficio el procedimiento y ordenar la realización o práctica de los actos que resulten convenientes para el esclarecimiento y resolución de las cuestiones necesarias (LPAG, 2019).

20 El principio de informalismo establece que

> 1.6. Principio de informalismo.- Las normas de procedimiento deben ser interpretadas en forma favorable a la admisión y decisión final de las pretensiones de los administrados, de modo que sus derechos e intereses no sean afectados por la exigencia de aspectos formales que puedan ser subsanados dentro del procedimiento, siempre que dicha excusa no afecte derechos de terceros o el interés público (LPAG, 2019).

21 El principio de verdad material establece que

> 1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.
>
> En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público (LPAG, 2019).

pueden realizar, entre otras, acciones de oficio destinadas a conocer la verdad material sobre la razonabilidad de las medidas denunciadas.

Adicionalmente, la LPAG contiene una serie de disposiciones que permiten advertir que la naturaleza del procedimiento administrativo habilita la realización de actuaciones flexibles para emitir pronunciamientos conforme a la verdad material y en tutela efectiva de los derechos de los administrados, lo cual resulta contradictorio con la exigencia del DL 1256 para que la presentación de indicios sobre la carencia de razonabilidad pueda ser realizada únicamente de manera previa a la admisión a trámite de la denuncia. Dicha exigencia resulta muy limitativa y contraria a, por ejemplo, las siguientes normas generales:

> Artículo 172.- Alegaciones
> 172.1. Los administrados pueden en cualquier momento del procedimiento, formular alegaciones, aportar los documentos u otros elementos de juicio, los que serán analizados por la autoridad, al resolver.
> (…)
>
> Artículo 174.- Actuación probatoria
> 174.1 Cuando la administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los administrados o la naturaleza del procedimiento lo exija, la entidad dispone la actuación de prueba, siguiendo el criterio de concentración procesal, fijando un período que para el efecto no será menor de tres días ni mayor de quince, contados a partir de su planteamiento. Sólo podrá rechazar motivadamente los medios de prueba propuestos por el administrado, cuando no guarden relación con el fondo del asunto, sean improcedentes o innecesarios (LPAG, 2019).

Por lo tanto, es posible observar que las exigencias que impone el DL 1256 para presentar indicios suficientes y que se proceda con el análisis de razonabilidad deberían ser objeto de un cambio de criterio por parte de la CEBB y la SEBB a un criterio no restrictivo y orientado analizar la razonabilidad de las medidas denunciadas por los administrados, cuya participación en estos procedimientos resulta de gran importancia para contribuir a mejorar la política regulatoria y el desarrollo del país. En todo caso, tal exigencia también podría ser objeto de una reforma legislativa que busque fortalecer este régimen con la finalidad de permitir, sin lugar a dudas, el análisis y la posible eliminación o inaplicación de las barreras burocráticas carentes de razonabilidad.

## VI. CONCLUSIONES

El cumplimiento de los objetivos del Estado peruano para garantizar y proteger los derechos constitucionales económicos de los ciudadanos y, consiguientemente, aumentar la competitividad e inversiones en el país requiere de la implementación de políticas que permitan la libre competencia en el mercado.

Como parte importante de dichas políticas, es necesario contar con regulaciones justificadas y eficientes. Es decir, contar con un orden normativo que no limite de manera excesiva o innecesaria el desarrollo de las actividades económicas; caso contrario, el Estado se impondría barreras legales que restringirían ilegítimamente la entrada de nuevas iniciativas privadas al mercado, así como para las empresas constituidas que podrían ver afectado el desarrollo de sus operaciones.

El presente análisis ha permitido destacar que las barreras legales no son la única clase de dificultades que enfrentan los privados para acceder y mantenerse en el mercado. En efecto, la participación en el mercado podría verse afectada por comportamientos anticompetitivos y desleales de empresas competidoras, los cuales califican como barreras estratégicas que pueden ser investigadas y sancionadas bajo las reglas y prohibiciones establecidas en la LRCA y la LRCD.

Asimismo, las características y situación de cada mercado específico también imponen barreras estructurales para el desarrollo de las actividades económicas. Es dentro de estas que se encuentran las barreras legales, pero también las barreras económicas que son consideradas por algunos autores y autoridades como barreras naturales por tener su origen en las condiciones generadas por el propio mercado para realizar cada actividad económica particular. Las barreras estructurales no son negativas.

Ahora bien, a efectos de que la libre competencia en el país no se vea afectada por barreras legales ineficientes o manifiestamente contrarias a los intereses públicos y privados, el ordenamiento jurídico peruano prevé mecanismos de control de la regulación, tanto de manera previa a su emisión como de manera posterior.

Precisamente, un mecanismo de control posterior de la regulación al que pueden acceder los ciudadanos es el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas ante la CEBB del Indecopi, mediante el cual se puede alcanzar la eliminación o inaplicación de medidas administrativas ilegales e irracionales que puedan afectar la entrada o permanencia en el mercado; así como dificultar la tramitación de procedimientos administrativos. Este procedimiento es, entonces, de gran relevancia. Permite la participación de los ciudadanos en

la misión del Estado de lograr contar con políticas regulatorias de calidad que permitan aumentar la competitividad del país, la competencia en el mercado y por lo tanto, el bienestar común al contar con mayores ofertantes en el mercado y con procedimientos administrativos simplificados.

Sin perjuicio de tal relevancia, la normativa aplicable a dicho procedimiento impone ciertas exigencias a los administrados que denuncien barreras burocráticas, a fin de que se declare su ilegalidad o irracionalidad. No obstante, es posible sostener y proponer a la CEBB y a la SEBB que la interpretación de tales exigencias debería estar orientada a realizar un análisis total de la legalidad y razonabilidad de las medidas denunciadas por los administrados, tomando en consideración:

(i) La aplicación de los principios y normas generales a todo procedimiento administrativo;

(ii) El cumplimiento de las competencias otorgadas a los órganos mencionados para la eliminación de barreras burocráticas de oficio;

(iii) La no obligatoriedad de la participación de abogados en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas;

(iv) Los fines, alcances y relevancia del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas; y,

(v) La importancia de la participación de la ciudadanía en el desarrollo de la calidad regulatoria en el país, siendo evidente que los administrados no cuentan con ningún incentivo negativo para presentar denuncias injustificadas contra barreras burocráticas.

**REFERENCIAS**

Bullard Gonzales, A. (2017). Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. *Derecho & Sociedad*, (49), 271-274.

Coloma, G. (2002). *Prácticas horizontales exclusorias y defensa de la competencia*. Universidad del Centro de Estudios Macroeconómicos de Argentina (Universidad del CEMA).

Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi (2020). *Guía informativa sobre el procedimiento de eliminación de barreras comerciales no arancelarias*. https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/4145241/Gu%C3%ADa+sobre+Barreras+Comerciales+No+Arancelarias.pdf/75d3c6db-a057-6ae1-0222-e82f825c3cf8

Delgado Flores, E. (2012). Propuesta de reforma del sistema de eliminación de barreras burocráticas. *Revista de Actualidad Mercantil*, (1), 41-44.

Danós Ordóñez, J. (1999). Comentarios al proyecto de la Nueva Ley de Normas Generales de Procedimientos Administrativos. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (39), 237-292. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10435

Flint Blanck, P. (2002). *Tratado de defensa de la libre competencia: estudio exegético del Decreto Legislativo 701*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Guimaray Morales, A. (11 de mayo de 2018). Eliminación de Barreras Burocráticas. Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/agenda2017-2018/files/ppt-conf_simplificaci%C3%B3n_adm_-alvaro_guimaray.pdf.

Guzmán Chuquillanqui, A. (2019). Breve reflexión sobre la necesidad de presentar indicios suficientes de carencia de razonabilidad en el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. *Vox Juris*, *37*(2), 197-208. https://doi.org/10.24265/voxjuris.2019.v37n2.14

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual [Indecopi] (2018). El impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú. Observatorio de Mercados, *13*(38), 1-40. https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/3026558/20190523_Observatorio_Nacional_+Barreras_2018.pdf/d4368eae-de87-fd78-ece3-a0f0aafe756c

Luna, L. (2019). *Serie de Módulos Instruccionales. 01-2019. Eliminación de Barreras Burocráticas*. Escuela Nacional del Indecopi.

Morón Urbina, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Gaceta Jurídica.

Ochoa Mendoza, F. (2014). Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi*, *10*(19), 1-56. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/10

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2005). *Policy Roundtables: Barriers to Entry*. https://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf.

(2011). *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*. http://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_101/pdfs/59.pdf.

(2016). *Estudios de la OCDE en Reforma Regulatoria. Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria*. https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Poli%CC%81tica-Regulatoria-en-el-Peru%CC%81-aspectos-clave.pdf.

(2018). *Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú*. https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf.

(2020). *Indicators of Regulatory Policy and Governance: Latin America 2019, Peru*. https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/Peru-country-profile-regulatory-policy-en.pdf.

Paredes Fiestas, G., & Ugás Sobarzo, S. (2014). El análisis de razonabilidad a través de los pronunciamientos del Indecopi: cómo evitar medidas impuestas utilizando el "de tin marin de don pingüe". *Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del Indecopi*, *10*(19), 79-105. https://revistas.indecopi.gob.pe/index.php/rcpi/article/view/13

Paredes, M., & Tarziján, J. (2006). *Organización industrial para la estrategia empresarial*, (2da ed.). Pearson Educación.

Patroni Vizquerra, Ú. (2011). Eliminar barreras burocráticas, la otra cara de la reforma del Estado. *Revista de Derecho Administrativo,* (10), 291-307.

Posner, R. A. (2001). *Antitrust Law* (2da ed.). University of Chicago Press.

Stigler, G. (1968). Barriers to Entry, Economies of Scale, and Firm Size. En *The Organization of Industry* (pp. ss.–ss.). Richard D. Irwin, Inc.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 12 de octubre de 2016, Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, Expediente 008-2010/CLC (Perú).

Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi, 3 de mayo de 2010, Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI, Expediente 009-2008/CLC (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 4 de enero de 2019, Resolución 002-2019/CEB-INDECOPI, Expediente 000130-2017/CEB (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 23 de abril de 2019, Resolución 204-2019/CEB-INDECOPI, Expediente 000277-2018/CEB (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 21 de mayo de 2019, Resolución 248-2019/CEB-INDECOPI, Expediente 000375-2018/CEB (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 10 de enero de 2020, Resolución 010-2020/CEB-INDECOPI, Expediente 000270-2019/CEB (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 14 de enero de 2020, Resolución 019-2020/CEB-INDECOPI, Expediente 000260-2019/CEB (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 14 de febrero de 2020, Resolución 060-2020/CEB-INDECOPI, Expediente 000238-2019/CEB (Perú).

Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, 25 de febrero de 2020, Resolución 072-2020/CEB-INDECOPI, Expediente 000256-2019/CEB (Perú).

Decreto Legislativo 1044, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de junio de 2008 (Perú).

Decreto Legislativo 1212, Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de septiembre de 2015, (Perú).

Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Diario Oficial *El Peruano*, 8 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Legislativo 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, Diario Oficial *El Peruano*, 30 de diciembre de 2016 (Perú).

Decreto Legislativo 1448, Decreto Legislativo que modifica el artículo 2 del Decreto Legislativo 1310, Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, y perfecciona el marco institucional y los instrumentos que rigen el proceso de mejora de calidad regulatoria, Diario Oficial *El Peruano*, 16 de septiembre de 2018, (Perú).

Decreto Supremo 008-2006-JUS, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, Diario Oficial *El Peruano*, 24 de marzo de 2006 (Perú).

Decreto Supremo 061-2019-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Reglamento para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria de procedimientos administrativos establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1310 – Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa, Diario Oficial *El Peruano*, 5 de abril de 2019 (Perú).

Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1256. http://www.congreso.gob.pe/Docs/comisiones2016/ConstitucionReglamento/files/exposici%C3%B3n_de_motivos_dl_1256.pdf.

Ley 26889, Ley Marco para la Producción y Sistematización Legislativa, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de diciembre de 1997 (Perú).

Resolución Directoral 008-2016-JUS/DGDOJ, que aprueba la "Guía sobre la calidad normativa y publicación de proyectos normativos", 25 de agosto de 2016. https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2016/09/MINJUS-DGDOJ-Guia-sobre-la-calidad-normativa-y-publicacion-de-proyectos-normativos.pdf.

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 14 de marzo de 2019, Resolución 0072-2019/SEL-INDECOPI, Expediente 0262-2017/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 30 de diciembre de 2019, Resolución 0627-2019/SEL-INDECOPI, Expediente 000014-2019/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 9 de enero de 2020, Resolución 0004-2020/SEL-INDECOPI, Expediente 077-2017/CEB-INDECOPI-JUN (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 9 de enero de 2020, Resolución 0009-2020/SEL-INDECOPI, Expediente 000243-2017/CEB (Perú).

Sala Especializada en Eliminación de Barreras Burocráticas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 3 de febrero de 2020, Resolución 0046-2020/SEL-INDECOPI, Expediente 000331-2018/CEB (Perú).

Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (2004). *Informe 035-2004-INDECOPI/ST-CLC*. https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/inf035-2004.pdf.

Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, aprobado mediante Decreto Supremo 004-2019-JUS, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de enero de 2019 (Perú).

Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de febrero de 2019 (Perú).

Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado mediante Resolución Ministerial 10-93-JUS, y sus modificatorias, Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 1993 (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 25 de agosto de 2010, sentencia recaída en el Expediente 0014-2009-PI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional del Perú [T.C.], 11 de octubre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 2192-2004-AA/TC (Perú).

10.18800/themis.202002.022

# COMPETENCIA ECONÓMICA EN MERCADOS DIGITALES: LA EXPERIENCIA EN MÉXICO

## *ECONOMIC COMPETITION (ANTITRUST) IN DIGITAL MARKETS: THE EXPERIENCE IN MEXICO*

**Luis Gerardo García Santos Coy***
**Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C**
**Jorge Kargl Pavía****
**Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C**
**Regina Esparza Fregoso*****
**Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C**

*Digital platforms are changing the world, from the way we communicate to the way we commercialize products and services. Antitrust regulators are facing new challenges as they review entirely new and unprecedented markets with particular rules and dynamics.*

*In Mexico, both antitrust authorities (the Federal Economic Competition Commission and the Federal Institute of Telecommunications) have suggested different interpretations regarding a jurisdictional assessment for digital markets, to the extent that it has been necessary to involve Federal Courts.*

*Particularities of multiple-sided markets, big data, indirect network effects, multi-homing and the different conception of market power in digital markets have required a new approximation by antitrust authorities, both regarding merger control and in the investigation and prosecution of anticompetitive behavior.*

*Keywords: Digital Platforms; Digital Markets; Mexico; Cofece; IFT.*

*Las plataformas digitales están cambiando el mundo, desde la forma en que nos comunicamos hasta la manera de comercializar bienes y servicios. Los reguladores de competencia económica se enfrentan a nuevos retos al analizar mercados totalmente novedosos con reglas y dinámicas propias.*

*En México, las dos autoridades en materia de competencia económica en México (Comisión Federal de Competencia Económica e Instituto Federal de Telecomunicaciones) han sostenido distintas interpretaciones en relación con la jurisdicción para analizar asuntos relacionados con los mercados digitales, al grado en que se ha requerido la intervención del Poder Judicial de la Federación.*

*Las particularidades de los mercados de múltiples lados, el papel del* big data*, los efectos indirectos de red, el* multi-homing *y la distinta concepción del poder de mercado en los mercados digitales requieren una nueva aproximación por parte de las autoridades en materia de competencia, tanto para el control de concentraciones, como para la investigación y persecución de prácticas anticompetitivas.*

*Palabras clave: Plataformas digitales; mercados digitales; México; Cofece; IFT.*

* Abogado. Miembro de la Barra Mexicana Colegio de Abogados y del International Bar Association. Socio Senior de la práctica de competencia económica de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C (Ciudad de México, México). Contacto: luis.garcia@creel.mx

** Abogado. Master of Laws (LL.M) en Derecho Público por la Universidad Anahuac y Master of Laws (LL.M.) en Derecho de las Tecnologías de la Información por la INFOTEC. Ex asociado de Freshfields Bruckhaus Deringer. Miembro de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa (ANADE). Counsel de la práctica de competencia económica de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Ciudad de México, México). Contacto: jorge.kargl@creel.mx

*** Abogada. Asociada de la práctica de competencia económica de Creel, García-Cuéllar, Aiza y Enríquez S.C. (Ciudad de México, México). Contacto: regina.esparza@creel.mx

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 19 de noviembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, todo gira en torno a lo digital: los medios de comunicación se están transformando en un servicio digital, los negocios intentan participar cada vez más en el comercio electrónico, a través de plataformas propias o de terceros, y los nuevos grandes negocios se crean como plataformas digitales.

Esta tendencia hacia lo digital se debe a que alrededor de las 7800 millones de personas en el mundo (Plecher, 2020), cerca de 3000 millones utilizan alguna red social (Clement, 2020) y más de 1800 millones compran productos a través de Internet (Statista Research Deparment, 2020).

Cada vez más, el mundo digital y las herramientas tecnológicas definen la manera en la que la sociedad se informa, compara y toma decisiones de compra de bienes y servicios. Esto genera nuevas formas de interacción entre oferentes y consumidores con reglas e interacciones muy distintas a las clásicas dinámicas de los mercados tradicionales. Asimismo, el cambio tecnológico también ha impactado en los procesos de producción, los cuales se integran y vuelven dependientes de las tecnologías y de las telecomunicaciones. Hoy, el cómputo en la nube, el *big data*, el Internet de las Cosas y la inteligencia artificial han transformado disruptivamente diversos sectores e industrias. Si bien su incorporación ha generado menores costos y muchos beneficios para los consumidores, también plantea nuevos retos para proteger y promover la innovación, el proceso de competencia y libre concurrencia, la protección y privacidad de los datos personales, al igual que la protección y fomento de la libertad de expresión y el acceso a la información.

Desde la perspectiva de la competencia económica, esta nueva realidad representada por los mercados digitales, aunque también abarca a los procesos productivos, conlleva nuevos fenómenos y retos. Estos, en muchos casos, escapan del alcance de la política de competencia tradicional, cuyas bases se sentaron a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en Estados Unidos, principalmente, con el *Sherman Antitrust Act* de 1890, el *Clayton Act* de 1914, el *Robinson-Patman Act* de 1936 y el *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act* de 1976.

En efecto, los mercados digitales son muy dinámicos, con cambios abruptos y una convergencia entre modelos tradicionales y modelos innovadores poco o nada regulados, que ponen en entredicho conceptos y herramientas tradicionales, desde la técnica para definir un mercado relevante, hasta la aplicación del test del monopolista hipotético o *SSNIP Test*[1]. Ello ocurre particularmente en los casos de las plataformas o mercados multi-lado.

En México, el Instituto Federal de Telecomunicaciones (en adelante, IFT) es el órgano constitucional autónomo encargado de la velar por la competencia económica en los sectores de las telecomunicaciones y radiodifusión, además de ser el regulador sectorial. Sobre las plataformas digitales, este ha señalado que:

> La disyuntiva para el regulador en el entorno digital consiste en encontrar un adecuado balance entre las cargas administrativas necesarias para reducir los riesgos asociados a las nuevas actividades digitales (v.gr. crímenes cibernéticos, conductas anticompetitivas, entre otros) y la creación de incentivos para la entrada de nuevos competidores, el fomento a la innovación y la promoción de la inversión (2018, p. 30).

Estas características representan una variedad de retos que, a los ojos de los órganos reguladores, generan riesgos en materia de competencia.

El presente artículo pretende abordar algunos de los retos a los que se han enfrentado las autoridades en materia de competencia económica en México, particularmente, la Comisión Federal de Competencia Económica (en adelante, Cofece) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones. En adelante, nos referiremos a ambos en conjunto como las Autoridades de Competencia de México. Asimismo, se explorará el criterio sostenido por los Tribunales del Poder Judicial de la Federación de México en casos de competencia en mercados digitales.

[1] *Small but Significant Non-Transitory Increase in Price o* test del monopolista hipotético. El *SSNIP Test* es un análisis que se utiliza para definir cuántos productos diferenciados forman parte del mismo mercado relevante. Este examen se basa en la premisa de que para que dos productos formen parte del mismo mercado, si uno sufre un pequeño aumento no transitorio en el precio (generalmente, entre 5% y 10%), resultaría rentable para el monopolista hipotético abastecer ambos productos. Dicho de otra forma, si ante el aumento de 5% a 10% en el precio de un producto A, una parte de los consumidores reemplaza el producto A por un producto B, entonces tanto el producto A como el producto B forman parte del mismo mercado relevante. Cabe señalar que, para que el *SSNIP Test* se aplique correctamente, el precio del producto a compararse (por ejemplo, producto A) debe estar en niveles competitivos, ya que, de lo contrario, se puede incurrir en lo que se denomina la paradoja del celofán.

Por ello, y con el objetivo de presentar estos temas de forma clara, el presente trabajo tiene la siguiente estructura:

- En el primer apartado, se analiza el concepto de mercado digital en materia de competencia económica, así como las distintas definiciones propuestas por las Autoridades de Competencia de México.

- El segundo apartado aborda cuestiones de competencia entre las Autoridades de Competencia de México, y que también resultan relevantes en aquellas jurisdicciones en las que existe un regulador en materia de competencia económica y un regulador sectorial en materia de tecnologías de la información y comunicación.

- El tercer apartado se refiere a los elementos a tener en cuenta al momento de definir un mercado relevante en el entorno digital, partiendo de la experiencia en México.

- El cuarto apartado proporciona y analiza algunos ejemplos de concentraciones en mercados digitales analizadas por las Autoridades de Competencia de México.

- El quinto apartado aborda los elementos que deben ser analizados en materia de investigación de prácticas monopólicas o anticompetitivas y refiere algunas de las prácticas que han sido o están siendo investigadas por las Autoridades de Competencia de México. Al respecto, el presente artículo se centrará en investigaciones por acuerdos entre competidores (prácticas monopólicas absolutas) y abuso de una posición dominante (prácticas monopólicas relativas).

- Por último, el sexto apartado aborda un análisis de las preocupaciones que han externado las Autoridades de Competencia de México en relación con los mercados digitales.

## II. ¿QUÉ ES UN MERCADO DIGITAL? ¿QUÉ SE ENTIENDE EN MÉXICO COMO UNA PLATAFORMA DIGITAL?

Las plataformas digitales son tecnologías que crean espacios para agregar contenidos y servicios, conectando a los usuarios –en este caso, a los consumidores y los productores/prestadores– con el fin de comunicarse, realizar transacciones (por ejemplo, la compraventa de bienes o servicios) y/o compartir información.

El IFT ha considerado que las plataformas digitales "proveen a sus usuarios el acceso a una plataforma digital para que los distintos grupos de usuarios se comuniquen, conecten y enlacen para distintos fines" (Resolución del C.C.A. 4/2019, 2020, p. 78).

Dichas plataformas pueden clasificarse en dos tipos: (i) aquellas que tienen como objetivo principal realizar transacciones u operaciones comerciales entre los usuarios (las plataformas transaccionales); y, (ii) aquellas que tienen como objetivo principal permitir la comunicación o interacción de los usuarios (las plataformas no transaccionales). Dado que, hasta el momento, las Autoridades de Competencia en México únicamente han analizado plataformas transaccionales, el presente artículo solamente analizará dicho tipo.

Al respecto, la Comisión Europea ha definido a estas últimas, como empresas "[…] operating in two (or multi) sided markets, which uses the Internet to enable interactions between two or more distinct but interdependent groups of users so as to generate value for at least one of the groups" (European Comission, 2015, p. 5)[2].

En este sentido, según el estudio "Plataformas digitales y competencia en México" preparado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante, OCDE),

> […] el Parlamento Europeo (2015) identificó los principales tres modelos de negocio de las plataformas digitales:
>
> - Modelo por suscripción: los usuarios finales pagan por la prestación de un servicio. Por ejemplo, los usuarios de Netflix o de Spotify pagan una cuota para acceder a películas o música.
>
> - Modelo con publicidad: los usuarios finales acceden al servicio en forma gratuita, ya que la plataforma se mantiene de los ingresos que genera la publicidad. YouTube y Facebook podrían ser un ejemplo, los usuarios pueden consultar los contenidos en forma gratuita y están expuestos a la publicidad.
>
> - Modelo con acceso: los creadores de contenido o de aplicaciones les pagan a las plata-

[2] "[O]perando en dos (o varios) mercados, usando el Internet para permitir transacciones entre dos o más grupos distintos pero interdependientes de usuarios para generar valor para al menos alguno de estos grupos" (European Comission, 2015, p. 5) [traducción libre].

> formas para llegar a los usuarios finales. Por ejemplo, App store es una tienda digital donde los creadores pueden colocar sus aplicaciones para llegar a los usuarios de iOS.

Además, se afirma que:

> Según la clasificación de Evans (2007), las plataformas son empresas que dan servicio (a) a dos o más grupos de clientes; (b) que se necesitan uno al otro de alguna manera; (c) pero que no pueden captar por sí mismos el valor de su atracción mutua; y (d) dependen del catalizador de la plataforma para facilitar interacciones entre ellos que generen valor (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE], 2018, p. 7).

De conformidad con lo anterior, una de las principales características de las plataformas, es el hecho de que operan en dos (o más) mercados interdependientes entre sí. Es decir, la demanda de uno depende de la demanda del otro, lo que deriva en un fenómeno que se conoce como efectos de red. Los efectos de red ocurren cuando el valor de un producto o servicio cambia de manera positiva a medida en que más personas lo utilizan. Ello significa que, si los usuarios de uno de los lados de la plataforma incrementan, los usuarios en el otro lado de la plataforma le darán más valor a la misma.

En el caso de México, el estudio de la OCDE antes mencionado hace la distinción entre tres diferentes tipos de plataformas disponibles en la actualidad:

a) Plataformas de comercio electrónico, las cuales son el principal objeto del presente análisis[3], en las que, en varios lados, se lleva a cabo la compraventa de diferentes bienes o servicios;

b) Empresas de tecnología financiera, comúnmente denominadas como Fintech, que son "empresas que ofrecen productos y servicios financieros, haciendo uso de tecnologías de la información y comunicación, como páginas de Internet, redes sociales y aplicaciones para celulares" (Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros, 2017, p. 33); y,

c) Aplicaciones para transporte comercial en México, las cuales "prestan servicios basados en una plataforma de aplicaciones informáticas que apoyan a un mercado bilateral al conectar a conductores y pasajeros en forma comercial" (International Transport Forum, 2016, p. 13).

Sin embargo, a pesar de las múltiples aproximaciones que se han expuesto de lo que es considerado un mercado y/o una plataforma digital, no existe un consenso sobre una definición única. Ello se debe a que estas plataformas adoptan diversas formas y están en constante evolución. No obstante, consideramos que, en virtud del gran dinamismo de los mercados digitales, no es necesario llegar a definiciones definitivas para estos efectos.

Dados los distintos criterios y enfoques en torno al concepto de plataforma, uno de los retos más grandes de las Autoridades de Competencia de México (y del mundo), es llegar a una definición con el fin de realizar una operación o investigación en particular. Esto porque de la mano de su definición, vienen aparejadas las bases para el análisis en materia de competencia, incluyendo la definición del producto relevante y su ámbito geográfico. Además, en el caso específico de México, la definición influye en determinar cuál de las Autoridades de Competencia de México es la competente para conocerla.

## III. AUTORIDADES COMPETENTES DE MÉXICO: ¿QUIÉN ES LA AUTORIDAD COMPETENTE EN MATERIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA?

A diferencia de otras jurisdicciones, la materia de competencia económica en México tiene una peculiaridad: existen dos distintas autoridades de competencia con igual jerarquía, divididas sectorialmente, responsables de la aplicación de una misma ley federal. Estas son la Cofece y el IFT.

De conformidad con el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, la Constitución o CPEUM), la Cofece es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados (1917). De igual forma, de conformidad con dicho artículo, el IFT también es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, pero exclusivamente en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917, art. 28).

[3] Es importante distinguir que no todo sitio web de comercio electrónico es considerado una plataforma.

En virtud de lo anterior, el IFT es la autoridad en materia de competencia económica con facultades exclusivas en los sectores de radiodifusión y telecomunicaciones, mientras que la Cofece es la autoridad de competencia económica con facultades exclusivas en el resto de los sectores. Aunque esta distinción parece, en principio, sencilla, la misma ha generado dudas y conflictos competenciales entre ambas autoridades en diversas ocasiones, una de ellas muy publicitada, tratándose de mercados y plataformas digitales.

Sin embargo, cabe señalar que la Ley Federal de Competencia Económica (en adelante, LFCE) prevé en su artículo 5, un procedimiento en caso de que haya un conflicto competencial entre las Autoridades de Competencia de México; es decir, en caso de que ambas (o ninguna de ellas) acepten la competencia sobre un determinado asunto. Dicho artículo establece lo siguiente:

> Artículo 5. […]
> En el momento en que alguno de los órganos mencionados en el párrafo anterior [IFT o Cofece] tenga información de que el otro conoce de un asunto que a aquél le corresponda, le solicitará le remita el expediente respectivo. Si el órgano solicitado estima no ser competente deberá remitir el expediente, dentro de los cinco días siguientes a la recepción de la solicitud. Si considera que lo es, en igual plazo hará saber su resolución al órgano solicitante, en cuyo caso suspenderá el procedimiento y remitirá el expediente al Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones, quien fijará la competencia en un plazo de diez días.
>
> En el caso de que alguno de los órganos mencionados en el primer párrafo de este artículo que conozca de un asunto estime carecer de competencia para conocerlo, enviará dentro de los cinco días siguientes el expediente respectivo al otro órgano. Si éste acepta la competencia, se avocará al conocimiento; en caso contrario, **dentro de los cinco días siguientes comunicará su resolución al órgano que declinó la competencia y remitirá los autos al Tribunal Colegiado de Circuito especializado en materia de competencia económica, radiodifusión y telecomunicaciones para que dentro del plazo de diez días fije la competencia** […] (Ley Federal de Competencia Económica [LFCE], 2017) [el énfasis es nuestro].

Si bien la aplicación de este procedimiento jurisdiccional es poco frecuente, el hecho de que suspenda el análisis por parte de las Autoridades de Competencia de México, unido a la falta de control práctico sobre el cómputo de los plazos aplicables[4], produce retrasos considerables, lo que es particularmente alarmante en el caso del análisis de concentraciones.

A la fecha, han existido únicamente tres conflictos competenciales entre las Autoridades de Competencia de México resueltas por los Tribunales. Si bien estos precedentes no se limitan exclusivamente a los mercados digitales, el precedente más reciente es particularmente relevante para efectos del contenido de este artículo.

En el Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019, resuelto en sesión del 21 de mayo de 2020, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones (en adelante, el Primer Tribunal Especializado), después de un largo análisis, determinó cuál de las Autoridades de Competencia de México tenía autoridad para analizar y resolver sobre la concentración de Uber y Cornershop (en adelante, la Concentración Uber-Cornershop). Uber es una aplicación de transporte, mientras que Cornershop es una aplicación de compra y entrega de productos de supermercados y tiendas minoristas locales a domicilio. Dada la relevancia de este caso, a continuación, se exponen los puntos más importantes de dicho conflicto de competencia.

En la Concentración Uber-Cornershop, las partes presentaron la notificación de concentración inicialmente ante la Cofece a mediados de octubre de 2019, por considerar que dicha autoridad era la competente para conocer y resolver el caso, en virtud de que los efectos de la operación no guardaban relación con el sector de las telecomunicaciones. Ello porque, aun cuando el modelo de negocio de ambas empresas se basa en aplicaciones móviles, el análisis competitivo únicamente es relevante en relación con el transporte privado y la compra de productos en supermercados y tiendas minoristas locales. Asimismo, cabe mencionar que previamente la Cofece analizó durante siete meses y finalmente objetó una concentración entre Cornershop y Walmart, periodo durante el cual el IFT no reclamó jurisdicción a pesar de ser un asunto muy difundido en medios de comunicación.

El 12 de noviembre de 2019, el IFT notificó, de conformidad con el artículo 5 de la LFCE, un oficio mediante el cual el titular de la Unidad de Com-

[4] Dado que los particulares no son parte en el procedimiento jurisdiccional, son pocas (e inciertas) las opciones legales con que cuentan para exigir el cumplimiento de los plazos legales aplicables.

petencia Económica del IFT solicitó a la Cofece que remitiese el expediente de la Concentración Uber-Cornershop al considerarse competente para conocerlo por las siguientes (entre otras) razones:

> Las Plataformas Digitales también se denominan Plataformas OTT (OTT, del inglés Over The Top, un término equivalente a over the Internet, sobre el Internet) a las que los usuarios pueden acceder a través de aplicaciones sobre Internet incluyendo sitios web. Éstas proveen servicios que permiten comunicar, conectar y enlazar para medios electrónicos sobre Internet (o nube de Internet) a distintos grupos de usuarios, dando lugar a mercados de dos o más lados (en adelante, Plataformas Digitales).
>
> […]
>
> Las Plataformas Digitales que operan Uber y Cornershop pertenecen a la cadena de valor del sector de telecomunicaciones.
>
> La cadena de valor que corresponde a las Plataformas Digitales incluye diferentes eslabones en los que participan proveedores de redes y servicios de telecomunicaciones; del servicio de acceso a Internet; de los servicios de cómputo en la nube, y centros de datos y servicios administrados, entre otros.
>
> Por ende, el estudio y análisis de los mercados involucrados en las Plataformas Digitales no puede disociarse del sector de telecomunicaciones. La evaluación de los efectos de una conducta o acto que involucre Plataformas Digitales, requiere del conocimiento y la identificación de los recursos tecnológicos empleados en la provisión de sus servicios, así como las interrelaciones con los medios de comunicaciones electrónicas y de telecomunicaciones, así como de insumos inherentes a ambas (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, pp. 13-14).

En resumen, el IFT consideró que la Concentración Uber-Cornershop, al encontrarse inmersa en plataformas digitales, pertenecía al sector de telecomunicaciones y; por ende, era una operación de concentración del ámbito competencial del IFT y no de la Cofece.

En contraste, la Cofece consideró que la Concentración Uber-Cornershop no era competencia del IFT, ya que las plataformas no forman parte del sector de telecomunicaciones ni de radiodifusión. La Cofece sostuvo lo anterior dado que, entre otras razones:

a) Uber presta en México servicios de intermediación entre (i) conductores que prestan el servicio de transporte de personas de punto a punto y usuarios a través de su plataforma; (ii) entre los repartidores para la distribución de alimentos preparados y vendidos por restaurantes y los clientes a través de Uber Eats; y, (iii) entre los usuarios de bicicletas y bicicletas eléctricas de Jump[5].

b) Cornershop presta el servicio logístico de exhibición, compra y entrega inmediata de productos ofrecidos en supermercados, tiendas de autoservicio, y otros comercios (farmacias, papelerías, entre otros) a través de Internet y de su aplicación a usuarios finales.

c) De acuerdo con los puntos a y b anteriores, Uber y Cornershop prestan servicios de intermediación en mercados de múltiples lados, es decir, mercados en donde un agente actúa como la plataforma y ofrece productos o servicios a dos diferentes grupos de consumidores, de tal manera que la demanda de uno de los grupos de consumidores depende de la demanda del otro grupo.

En esta misma línea, la Cofece estimó que los servicios de Uber y Cornershop se resumen en servicios de intermediación y logística, por lo que no forman parte del sector de telecomunicaciones y radiodifusión. Este organismo consideró que si bien Cornershop y Uber utilizan el Internet para prestar sus servicios, la actividad económica de los agentes (es decir, la intermediación) es independiente de este.

En vista de que ambas Autoridades de Competencia de México se consideraban competentes para conocer el asunto, la Cofece remitió al Primer Tribunal Especializado (al que le tocó conocer por razón de turno) las constancias del expediente para que este resolviese qué autoridad tenía competencia para conocer del asunto.

De acuerdo con los argumentos expuestos por las dos Autoridades de Competencia de México, el Primer Tribunal Especializado finalmente, y después de un largo proceso que excedió los plazos legales aplicables, resolvió que la Cofece era el organismo competente para conocer y resolver la Concentración Uber-Cornershop por, entre otras, las siguientes razones:

> i) los notificantes **no son concesionarios de telecomunicaciones, sino que recurren a estos para la prestación de sus servicios a través de**

[5] A la fecha de este artículo, Uber ya no presta el servicio de intermediación de bicicletas.

> **una plataforma digital**; ii) los servicios prestados no son de telecomunicaciones, sino de logística e intermediación entre usuarios, conductores y repartidores; y 3) **los notificantes utilizan el Internet como un insumo**, lo cual no constituye el servicio de las plataformas ni representa la fuente de sus ingresos (Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece], 2020a) [el énfasis es nuestro].

En resumen, el Primer Tribunal Especializado consideró que las plataformas de Uber y Cornershop,

> [s]on un canal adicional a los otros canales mediante los cuales se realizan transacciones económicas, como son el canal «tradicional» mediante locales/tiendas físicas, mediante llamadas telefónicas o a través de páginas de Internet o terminales de pago. De esta forma, **la actividad económica subyacente sigue siendo la misma, independientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio de que se trate** (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, p. 87) [el énfasis es nuestro].

La decisión del Primer Tribunal Especializado ha sentado un gran precedente en materia de plataformas y mercados digitales ya que antes no había claridad respecto de qué autoridad era la competente para conocer asuntos que involucraran plataformas o medios digitales. Si bien este caso tiene sus particularidades y podría diferir de futuras operaciones, la extrapolación de principios generales realizada por el Tribunal sirve como guía y precedente para futuras operaciones que, por sus características, tendrán que ser del conocimiento de las Autoridades de Competencia de México. Más aún, esta decisión será fundamental con relación a futuras investigaciones por acuerdos entre competidores o por abuso de una posición dominante, especialmente en los casos en que las conductas ocurren en un mercado digital.

Sobre la base de lo anterior, es posible afirmar que si bien la creación del IFT como regulador sectorial y como autoridad en materia de competencia económica para los sectores de las telecomunicaciones y radiodifusión ha favorecido un alto grado de especialización técnica, también ha generado incertidumbre respecto a aquellos casos que pudiesen considerarse competencia (en todo o en parte) de ambas Autoridades de Competencia de México. Esto produce retrasos en el análisis de asuntos que, particularmente en el caso de concentraciones, tienen graves repercusiones para los agentes económicos involucrados.

Una posible solución (que no requiere de una reforma legal o constitucional) es promover una mayor comunicación entre ambas autoridades de competencia. Ello se podría lograr mediante la elaboración de una guía conjunta o bien, a través de la celebración de un convenio de colaboración que establezca ciertos criterios y procedimientos para esclarecer, *ex ante*, posibles conflictos competenciales sin necesidad de acudir a los tribunales.

Asimismo, en caso de presentarse un conflicto competencial que requiera de la intervención de un tribunal, es importante establecer un mecanismo que permita a las Autoridades de Competencia mexicanas continuar con su análisis –particularmente en los casos de concentraciones– limitando, en la medida de lo posible, el retraso ocasionado por el conflicto competencial.

## IV. DEFINICIÓN DE MERCADO

De conformidad con distintos criterios del Poder Judicial de la Federación en México, "el mercado relevante es el espacio geográfico en el que se ofrecen o demandan productos o servicios similares, lo que le otorga una doble dimensión: de productos o servicios y geográfica o territorial" (Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, 2008, p. 2225). La definición del mercado relevante, tanto en su ámbito de producto como geográfico, es fundamental en cualquier procedimiento en materia de competencia económica.

Tomando en consideración lo expuesto a lo largo de este artículo, en el caso de las plataformas en las que se involucran dos o más lados de un mercado, en las cuales existen diferentes productos y/o servicios, surgen varias dudas respecto del mercado relevante. ¿Cómo se define el mercado? ¿Acaso cada lado de la plataforma puede constituir un mercado por sí mismo o están tan intrínsecamente relacionados que uno no puede ser analizado sin el otro?

En efecto, es importante tener en cuenta que,

> [t]wo sided markets involve two distinct groups of agents, each of which obtains value from interacting with agents of the opposite type. In these markets, platform deal with both types of agents in a way that allows them to influence the extent to which cross-group externalities are enjoyed (Armstrong & Wright, 2007, p. 1)[6].

[6] [L]os mercados de múltiples lados implican dos grupos distintos de agentes, cada uno de los cuales obtiene valor de la interacción con agentes del otro grupo. En estos mercados, las plataformas tratan con los dos grupos de una manera que les permite influir en la medida en que se disfrutan las externalidades de los grupos cruzados (Armstrong & Wright, 2007, p. 1) [traducción libre].

Dado que los mercados de múltiples lados implican grupos de usuarios distintos, existen –en principio– dos enfoques distintos: la definición de mercados separados para cada grupo de usuarios o la definición de un mercado único que abarque todos los grupos de usuarios que interactúan en la plataforma.

Por el lado de la definición de mercados separados, esta puede llevarse a cabo analizando el panorama competitivo de cada uno de los lados. Por ejemplo, se puede evaluar la posibilidad de sustituir un bien por otro, los costos u otros factores. Este enfoque, de definir múltiples mercados o más de un mercado, es un instrumento más flexible y menos propenso a errores que el enfoque de un solo mercado, el cual define un mercado único para ambos lados de una plataforma. Sin embargo, en el caso de plataformas digitales, sobre todo las plataformas transaccionales, la definición de distintos mercados para cada grupo de usuarios puede ser inconveniente. Además, esta enfrenta importantes limitaciones dado que, en la mayoría de los casos, los distintos grupos están inseparablemente unidos por la interacción en la plataforma.

A modo de ejemplo, se puede tomar el modelo de muchas plataformas transaccionales, el cual se basa en proveer un servicio gratuito a uno de los lados de la plataforma (por ejemplo, los compradores), y cobrar una contraprestación al otro lado (por ejemplo, los vendedores). Analizar cada uno de estos lados como un mercado independiente no permitiría un análisis de los efectos en relación con el lado de los compradores, ya que, al no producirse un cobro, difícilmente resultarían aplicables las herramientas económicas tradicionales, incluyendo el análisis econométrico o el *SSNIP Test*. Incluso, se dificultaría el análisis del daño o del excedente del consumidor. Lo anterior, aun cuando una operación o una conducta en un entorno de plataforma digital puede tener efectos directos en los consumidores.

Las Autoridades de Competencia de México deberán definir el mercado dependiendo de las particularidades del caso y deberán optar por alguno de los enfoques mencionados anteriormente. Ambos enfoques presentan distintas ventajas y desventajas. Sin embargo, ninguno de los dos enfoques será correcto o incorrecto en términos absolutos, siempre que el análisis de las Autoridades de Competencia de México tome en consideración las interdependencias –como los efectos indirectos de la red– y todas las fuerzas competitivas de cada lado del mercado. En los precedentes correspondientes a las concentraciones Walmart-Cornershop y Uber-Cornershop (referidos en la siguiente sección), así como en la investigación conducida en el mercado de servicios de plataformas de comercio electrónico en México (referida en la sección VI), la Cofece optó por un análisis separado.

## V. CONCENTRACIONES

En materia de concentraciones, recién a partir del 2019, las Autoridades de Competencia de México empezaron a analizar concentraciones relacionadas con mercados o plataformas digitales. Uno de los retos más grandes al que se enfrentan dichas entidades, es el adaptarse a la nueva manera de analizar concentraciones relacionadas con mercados digitales. Estas deberán aprender a analizar los posibles efectos indirectos de red, las economías de escala, el *multi-homing* y sus efectos en la dinámica competitiva en cuanto a la posibilidad o tendencia de los usuarios a utilizar múltiples plataformas de manera simultánea para analizar las mejores alternativas (OCDE, 2018, pp. 12-13), el *big data,* los múltiples lados de una plataforma, la posible insignificancia de las participaciones de mercado de los agentes (analizado más adelante), y las demás características particulares de estos mercados. Asimismo, deberán tener mucho cuidado para evitar que un largo análisis en materia de competencia económica desincentive, por un lado, a la innovación; y, por el otro, a la inversión de los fondos de capital privado en estos nuevos proyectos.

En adición, otro factor –cuya definición aún está pendiente por parte de las Autoridades de Competencia de México– es la posibilidad de que una plataforma digital enfrente competidores que no necesariamente son plataformas. Es decir, la posibilidad de que un medio tradicional compita con una plataforma en línea, lo cual consideramos es totalmente posible y probable en la mayoría de los casos. Al respecto, la resolución del Primer Tribunal Especializado puede ser de utilidad, porque señala que "**la actividad económica subyacente** (es decir, el servicio o producto que se presta/ofrece) **sigue siendo la misma independientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio de que se trate**" (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, p. 87) [el énfasis es nuestro].

Se debe resaltar que la Cofece no solo fue señalada recientemente como la competente para analizar la Concentración Uber-Cornershop (autorizada el 10 de diciembre de 2020), sino que también analizó la concentración que involucraba a Cornershop y Walmart. Esta entidad bloqueó dicha concentración al considerar que "podría generar incentivos para desplazar indebidamente o impedir el acceso de otros competidores a la plataforma de Cornershop y/o obstaculizar el desarrollo de nuevas plataformas" (Cofece, 2019a).

Esa concentración fue una de la primeras en la cuales la Cofece tuvo la oportunidad de analizar el mercado de plataformas digitales e independientemente de si la decisión de la Cofece fue correcta o no, a partir de la resolución de dicha concentración, se han producido grandes cambios que demuestran lo dinámico que es el mercado. Entre ellos se pueden mencionar el hecho de que ahora Uber es quien pretende comprar a Cornershop, la entrada de nuevos competidores al mercado (por ejemplo, la llegada y la reciente ampliación de Didi Food[7] en México), la salida de competidores como Mercadoni y la entrada de nuevos como Justo.

Cabe señalar que la resolución de la Cofece ha sido impugnada ante los Tribunales por parte de Walmart mediante Juicio de Amparo, el cual aún está pendiente de resolución.

En atención a lo anterior, las Autoridades de Competencia de México deben de tomar en cuenta el dinamismo de los mercados digitales en los que las condiciones pueden cambiar abruptamente. Asimismo, deben considerar, como ya se mencionó, que bloquear una operación puede también frenar la innovación y la inversión, lo que afecta negativamente el desarrollo de nuevos productos y servicios que resultan de la combinación de modelos de negocio, estrategias y tecnologías, los cuales en muchos casos incrementan la competencia y eficiencia de los mercados.

Bloquear este tipo de operaciones debe limitarse solo a aquellos casos en que, derivado de un análisis económico minucioso y adecuado, se demuestre que la operación en efecto disminuiría, de manera sustancial, la competencia en un futuro previsible y de largo plazo, y no en conjeturas resultantes de aplicar criterios tradicionales que no resultan adecuados para el análisis en un entorno digital.

## VI. INVESTIGACIONES

Una de las principales preocupaciones de las Autoridades de Competencia de México al iniciar investigaciones –en particular, cuando se trata de prácticas monopólicas relativas, que son analizadas bajo la regla de la razón– es el poder de mercado, o como formalmente se le conoce en México, el poder sustancial.

El poder sustancial suele ser definido como la habilidad o capacidad de un agente económico para incrementar precios y/o restringir la oferta de bienes o servicios sin que ningún otro agente económico pueda contrarrestarlo.

En el caso de las plataformas digitales, múltiples factores dificultan la creación de una posición dominante o de poder sustancial sostenible, incluso si la plataforma tiene una participación de mercado alta (lo cual suele ser un indicio de tener poder sustancial, particularmente, en mercados no digitales; entre otras cosas).

Por ejemplo, la capacidad de los clientes de utilizar múltiples productos o servicios (*multi-homing*) puede reducir las barreras de entrada. La sustitución por el lado de la demanda suele ser inusualmente fácil y sin costes de cambio relevantes. Ello hace que los agentes económicos influyentes y/o bien establecidos puedan ser desplazados rápidamente del mercado. Por lo anterior, una elevada participación de mercado en mercados de plataformas digitales puede no ser un indicio suficiente de la existencia de poder de mercado o, cuando menos, no tiene la misma relevancia que en el caso de mercados tradicionales.

El poder de mercado de una plataforma no solo depende de los efectos de red, sino también de elementos tales como el grado de economías de escala en la producción, la capacidad de diferenciarse de otras redes, de la existencia de alternativas, la posibilidad de portabilidad de los datos, entre otros.

El reciente artículo 'Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition' preparado por la American Bar Association (en adelante, ABA), señaló que, al analizar el poder de mercado o el poder sustancial, debería de tomarse en consideración lo siguiente:

a) *Degree of Scale Economies in Production.* Network externalities influence the character of competition within network industries. A larger network is, all else equal, more attractive to customers than a smaller network. In addition to the network efficiencies in consumption, a network often enjoys economies of scale or scope in production. In some cases, however, congestion costs limit network size. Internet advertisers, for

[7] Según reporta Forbes México:

> DiDi Food, la plataforma digital de entrega de comida a domicilio, anunció este miércoles que llegará a Aguascalientes, Toluca, Chihuahua, Torreón y Saltillo para impactar a más negocios locales que han reportado una baja significativa en sus ventas por la pandemia del coronavirus en el país (2020).

example, may choose to advertise on platforms with smaller user bases where they face less competition for clicks or impressions. When the size of the network is limited by congestion costs, there is room for more than one network, which may reduce market power.

b) *Differentiating Networks from Other Products or Networks.* In some cases, more than one network can survive if networks offer differentiated services. Ratings and review (R&R) platforms are an example of a differentiated network industry. These platforms differentiate their products by offering different features and customizations to suit particular customers.

c) *Existence of Alternatives to the Network.* In network industries, entry by another network may reduce an existing network's market power, while in other cases the duplication of a network can be very costly.

d) *Superior Technology / Intensity of Network Usage.* A firm with a large market share may have its market power limited or quickly eroded in the face of an entrant with superior technology that enables superior network usage[8].

Estos elementos tendrán que ser tomados en consideración al analizar el poder sustancial para lograr acreditar la realización o no de una práctica monopólica relativa. Recientemente, la Cofece cerró el expediente correspondiente a la investigación de oficio número IO-002-2017, iniciada por la posible comisión de prácticas monopólicas relativas en el mercado de servicios de plataformas de comercio electrónico en México y servicios relacionados con los mismos (en adelante, Investigación IO-002-2017). Una vez finalizada la etapa de investigación, la Cofece concluyó que no existían elementos para imputar probable responsabilidad e iniciar el procedimiento seguido en forma de juicio[9].

Como se señaló en el párrafo anterior, el mercado investigado en la Investigación IO-002-2017 fue definido como "servicios de plataformas de comercio electrónico en México y servicios relacionados con los mismos" (Resolución del Expediente IO-002-2017, 2020, p. 2). Esta definición fue suficientemente amplia para que la autoridad pudiese investigar cualquier particularidad dentro de ese mercado tan vasto. Sin embargo, la resolución no profundizó en las teorías que pudiesen haber servido para proponer una definición más estrecha.

No obstante, en su resolución, la Cofece determinó que las plataformas de comercio electrónico incorporan principalmente tres elementos: (i) un sistema de publicación (en el cual los clientes colocan avisos para la adquisición de productos o servicios por parte de los usuarios); (ii) una solución de pago mediante la cual es posible procesar el pago correspondiente, de acuerdo con los medios de pagos emitidos; y, (iii) un sistema logístico mediante el cual la plataforma gestiona el envío del producto (Resolución del Expediente IO-002-2017, 2020).

Esta es la primera resolución en materia de investigación en plataformas digitales por parte de la Cofece que, al igual que el IFT, está comenzando a analizar los mercados digitales y las dificultades y particularidades que presentan en comparación con mercados tradicionales.

---

8 a) Grado de economías de escala en la producción. Las externalidades de red influyen en el carácter de la competencia dentro de las industrias de red. Una red más grande es, en igualdad de condiciones, más atractiva para clientes que una red más pequeña. Además de la eficiencia de la red en el consumo, una red a menudo goza de economías de escala o de alcance en la producción. Sin embargo, en algunos casos, los costos de congestión de la red limitan su tamaño. Los anunciantes en Internet, por ejemplo, pueden optar por anunciarse en plataformas con bases de usuarios más pequeñas donde se enfrentan a menos competencia por los clics. Cuando el tamaño de la red está limitado por los costos de la congestión, hay espacio para más de una red, lo que puede reducir el poder de mercado.

b) Diferenciar las redes de otros productos o redes. En algunos casos, más de una red puede sobrevivir si las redes ofrecen servicios diferenciados. Calificaciones y revisiones (en inglés, "ratings and review", R&R) de plataformas son un ejemplo de una industria de redes diferenciada. Estas plataformas diferencian sus productos ofreciendo diferentes características y personalizaciones para adaptarse a clientes particulares.

c) Existencia de alternativas a la plataforma. En las industrias de la red, la entrada de otra plataforma (red) puede reducir el poder de mercado de una plataforma existente, mientras que en otros casos la duplicación de una plataforma puede ser muy costoso.

d) Tecnología superior / Intensidad de uso de la red. Una empresa con una participación de mercado alta puede tener su poder de mercado limitado o rápidamente erosionado frente a un competidor con una tecnología superior que permita un mejor uso de la red [traducción libre].

9 Los indicios en los que se basó la Autoridad Investigadora para iniciar la investigación fueron, entre otros, el considerar que MercadoLibre podría estar sujetando el uso de su plataforma en línea para la compraventa de productos a la adquisición y utilización de su servicio de pagos en línea MercadoPago.

En esta primera resolución, la Cofece omitió analizar puntos relevantes que ya han sido analizados por autoridades en otras jurisdicciones, como son (i) la determinación del poder sustancial en los mercados digitales y su relación con el modelo de empresas tradicionales con puntos de venta físicos (*brick and mortar*); (ii) los avances tecnológicos en los servicios financieros, en particular con los pagos (es decir, nube, monederos electrónicos, el dinero electrónico, entre otros); (iii) la entrada de nuevos agentes económicos; y, (iv) la identificación de cuestiones de competencia relacionada con los puntos anteriores.

En la medida en que más minoristas tradicionales (*brick and mortar*) implementen opciones omnicanal (tiendas físicas y en línea), es de esperarse que la Cofece se pronuncie, en uno u otro sentido, respecto a los puntos anteriores.

## VII. PREOCUPACIONES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA DE MÉXICO

Si bien ambas Autoridades de Competencia de México han expresado preocupaciones en relación con los mercados digitales y sus plataformas, la Cofece ha sido especialmente proactiva en señalar tales preocupaciones, tanto en foros internacionales como sus estudios realizados. En esta sección, se analizan las consideraciones de la Cofece en torno a este tema.

Alejandra Palacios, Comisionada Presidenta de la Cofece, durante la inauguración de los trabajos del Unilateral Conduct Workshop 2019, que organiza en conjunto con la Internacional Competition Network (ICN por sus siglas en inglés o Red Internacional de Competencia) declaró que

> [l]os mercados digitales se caracterizan por ser altamente dinámicos, lo que a menudo resulta en impactos positivos para los consumidores, pues les facilita el acceso a una mayor información con la que pueden comparar los precios y la calidad de bienes y servicios. Además, se están creando nuevos mercados y mecanismos para comprar. En muchos casos se reducen los costos de transacción, bajan los precios y se crea una economía colaborativa.
>
> […] Sin embargo, varios aspectos específicos de los mercados digitales representan desafíos para la comunidad de competencia. Por ejemplo, las plataformas digitales dominan cada vez más mercados clave, aprovechando las externalidades de red que generan y por el uso estratégico de datos del consumidor (Cofece, 2019b).

Asimismo, recientemente, la Cofece detalló en su estudio 'Estrategia Digital Cofece' las "preocupaciones que despiertan los mercados digitales en materia de política de competencia" (2020b, p. 17):

> «**El ganador se lleva todo**»: las plataformas digitales facilitan una dinámica en la que la competencia por el mercado se vuelve más importante que la competencia en el mercado. Es decir, el proceso de competencia no se da al interior del mercado, sino por ser el primero o los primeros en acapararlo. Esta dinámica se debe, en gran medida, a los efectos de red que caracterizan a las plataformas digitales, que provocan que la primera plataforma que alcance una masa crítica de usuarios reduzca la posibilidad de que otra plataforma le represente presión competitiva (Cofece, 2020b, p. 17).

Si bien es cierto que ser de los primeros agentes en un mercado puede ser una ventaja, esto no siempre es cierto ni tampoco es determinante para que ningún otro agente económico pueda entrar al mismo, particularmente al considerar que lo que hoy puede ser un mercado, mañana puede haber desaparecido o cambiado por el desarrollo tecnológico o por el rápido reemplazo por parte de los consumidores.

Por ejemplo, si bien Netflix fue una de las primeras plataformas de video de suscripción que llegó a México, fue cuestión de tiempo para que ClaroVideo, Amazon Prime, Disney+, HBO GO, Apple TV, Google Play y Blim, entre otras, lanzaran sus propias plataformas, con nuevas opciones para los consumidores.

Asimismo, la rápida adopción de nuevas redes sociales (pasando por Facebook, Twitter, Instagram y más recientemente, TikTok), demuestran el gran dinamismo de los mercados digitales.

Las Autoridades de Competencia de México (al igual que las de cualquier otra jurisdicción) deben de ser cuidadosas al considerar que si bien el agente económico establecido puede tener cierta ventaja y aprovecharla para desplazar a sus competidores, no siempre es el caso. Además, deben tener en cuenta que interferir innecesariamente en estos mercados puede frenar su dinamismo tan característico y traer resultados irreversibles, al desincentivar la innovación, el desarrollo tecnológico, y la creación de nuevos y mejores productos y servicios en beneficio de los consumidores.

> «**Precios cero**»: derivado de cambios en la estructura de costos y la existencia de externalidades de red, las plataformas digitales tienen incentivos para ofrecer, al menos a uno de los lados o actores del mercado, servicios sin costo monetario, también conocidos como "precio cero". Sin embargo, dichos precios cero no son

> estrictamente cero, pues pueden implicar que, sin su conocimiento, los usuarios otorguen información personal a la plataforma y ésta la utilice con fines de lucro. Para las autoridades de competencia esto representa nuevos retos. Por ejemplo, en la definición de mercado relevante la aplicación de las pruebas utilizadas tradicionalmente podría no aplicar cuando se trata de precios cero (Cofece, 2020b, p. 17).

La preocupación de **precios cero**, en donde, por ejemplo, los usuarios entregan información personal a la plataforma y esta la utiliza con fines de lucro, es un problema que escapa de la materia de la competencia económica. Es importante analizar si las herramientas con las que cuentan las Autoridades de Competencia de México son las más adecuadas para proteger a los consumidores o más bien, si se debe contar con una colaboración estrecha con las autoridades en materia de privacidad y protección de datos personales. Esta nueva realidad en la que existe una coyuntura de áreas jurídicas que habían permanecido independientes, obliga a las autoridades a colaborar estrechamente para poder ofrecer una protección integral tanto a los consumidores como a la innovación tecnológica.

> **Nuevas formas de colusión o fijación de precios**: el uso de algoritmos alimentados por grandes cantidades de datos podría incrementar la habilidad de las empresas para fijar precios o coludirse, incluso sin la necesidad de intervención humana (Cofece, 2020b, p. 17).

El uso de algoritmos y *big data* plantea un reto interesante para las autoridades de competencia, ya que permiten cambios en precios de manera automática y en tiempo real que, en muchos casos, no dejan rastro, tornando su detección en algo extremadamente complicado. Por ello, es necesario que las autoridades cuenten con sistemas y herramientas con capacidades y un grado de sofisticación al menos similar o comparable a las de los agentes económicos.

> **Adquisición de competidores potenciales**: las empresas consolidadas tienen incentivos para adquirir competidores nacientes o potenciales para impedir competencia futura. Este tipo de adquisiciones pueden implicar un reto en el análisis debido a que la empresa a ser adquirida se encuentra en una etapa temprana de desarrollo para determinar con certeza si efectivamente podrían ser competencia potencial. Para las autoridades de competencia es importante considerar el impacto que tienen este tipo de adquisiciones en el proceso de innovación, así como nuevas teorías de daño que permitan comprender mejor la dinámica de estas transacciones (Cofece, 2020b, p. 18).

Las Autoridades de Competencia de México deben de ser extremadamente cuidadosas en este punto, ya que muchas de las plataformas digitales son empresas de reciente creación, es decir, son *start ups* y muchas veces su único objeto es ser adquiridas a futuro. Además, la compra de estas empresas no necesariamente implica que se haga con el objeto o efecto de impedir una competencia futura (conocidas como *killer acquisitions*). Esto se debe a que, por lo general, las empresas adquiridas tienen mucho *know-how* o innovación que aportar, así como sinergias y negocios complementarios que pueden ser trasladados al consumidor final e inclusive mejorar la competencia en los mercados. En estos casos, nuevamente el riesgo de una intervención excesiva por las autoridades de competencia sería el desincentivar la innovación, particularmente en aquellos casos en que una potencial transacción requiere ser autorizada al actualizar alguno de los umbrales previstos en la LFCE.

- **Poder de mercado a través de conductas unilaterales**: en el entorno digital, las plataformas digitales que tengan una posición dominante podrían ejercer poder de mercado mediante conductas como discriminación de precios, precios predatorios, negativa de trato, ventas atadas, cláusulas de nación más favorecida, entre otras.

- **Sesgos de comportamiento de los consumidores**: el poder de mercado de las empresas que operan en los mercados digitales puede incrementarse a partir de comportamientos sesgados de los consumidores, entre ellos, su tendencia a preferir el estatus quo (p.ej., los consumidores no cambian los programas preestablecidos en sus computadoras o en sus dispositivos móviles), o debido a que, en algunos casos, puede ser caro migrar toda la información de una plataforma a otra (altos costos de cambio).

  También está la dificultad de elegir entre muchas opciones de productos o servicios o entre mucha información, o la tendencia de los consumidores a seleccionar los primeros resultados que arrojan los buscadores de información, en lugar de buscar más alternativas ubicadas más abajo en esa misma página o en otros buscadores. A sabiendas de estos sesgos de comportamiento, las plataformas tratarán de orillar a los consumidores a preferir la opción que sea más redituable para ellas.

- **Poder de mercado explotando datos de los consumidores**: las empresas pueden ejercer poder de mercado de maneras distintas al incremento de precios. Por ejemplo, pueden explotar los datos y la información de

> los consumidores para evitar que haya más competidores en el mercado, impedir que otras empresas utilicen también los datos e información de los consumidores, o bien influir en las decisiones de éstos (Cofece, 2020b, p. 18).

Estos últimos tres puntos (o preocupaciones) pueden ser analizados conjuntamente. Al igual que en cualquier otro mercado (tradicional o digital) el poder de mercado puede dar lugar a conductas anticompetitivas como lo es la discriminación. Sin embargo, esto no es una característica implícita o un hecho latente en los mercados digitales. Ser una empresa grande en un mercado no implica que necesariamente se vayan a llevar a cabo conductas anticompetitivas.

Asimismo, tal como se ha mencionado a lo largo del presente artículo, y como lo señaló la ABA en su artículo 'Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition', al analizar la participación de mercado de un agente económico (que es uno de los factores que pueden ser indicativos de poder sustancial), las autoridades de competencia deben tomar en cuenta fuentes de competencia offline*:*

> Examining only competition from other online distribution may be insufficient in some circumstances to determine whether an online platform is dominant. For example, e-commerce platforms often compete with brick-and-mortar stores. Likewise, an online ride-hailing platform might compete with traditional offline taxicab services. Enforcers should therefore carefully define relevant markets to consider whether offline competition may be substitutable for the product provided by the online platform […] (ABA, 2020, p. 34)[10].

Es importante destacar que inclusive con una posición dominante, una práctica monopólica relativa podría tener efectos procompetitivos que beneficien a los consumidores si ayuda a garantizar una sólida competencia entre agentes (por ejemplo, entre plataformas) y precios más bajos para los consumidores. Por ello, deben ser analizadas bajo la regla de la razón.

Por otro lado, como se mencionó, el contar con un volumen importante de datos o el *big data*, no representa un riesgo por sí mismo. Las autoridades de competencia deben analizar cuál es el uso que la plataforma digital está haciendo con los datos (independientemente de las violaciones de privacidad) para analizar si está llevando a cabo una conducta anticompetitiva o no:

> Possession of large data bases theoretically could create market power for some applications, since it could be very costly to replicate. However, there should be no presumption that «big data» leads to market power. Data are generally replicable, and one firm's collection of data may not preclude another's collection of identical or substitutable data (ABA, 2020, p. 12)[11].

## VIII. CONCLUSIONES

1. Las plataformas digitales son tecnologías que crean espacios para agregar contenidos y servicios, conectando a los usuarios con el fin de comunicarse, realizar transacciones y/o compartir información. Las plataformas se distinguen por estar compuestas de dos (o más) mercados interdependientes entre sí; lo que deriva en efectos de red.

2. La decisión del Primer Tribunal Especializado sentó un gran precedente en materia de plataformas y mercados digitales en materia de competencia económica. De dicha decisión se desprende que ambas Autoridades de Competencia de México podrían llegar a analizar las plataformas digitales; sin embargo, su competencia se determinará **atendiendo al servicio o producto que se preste/ofrece a través de estas**. El uso del internet no es determinante para considerar que su análisis es competencia del IFT.

3. Las Autoridades de Competencia de México deben considerar la posibilidad de que una plataforma digital enfrente competidores de un medio tradicional. Como se estableció en la decisión del Primer Tribunal Especializado "**la actividad económica subyacente sigue siendo la misma, inde-**

[10] [A]nalizar únicamente la competencia de otras plataformas en línea puede ser insuficiente en algunas circunstancias para determinar si una plataforma online tiene poder sustancial. Por ejemplo, las plataformas de comercio electrónico suelen competir con tiendas físicas [*brick and mortar*]. De la misma manera, una plataforma online de transporte podría competir con los servicios tradicionales de taxi offline. Como consecuencia, los reguladores deben definir cuidadosamente los mercados relevantes y analizar si la competencia offline puede ser sustituible para un producto que se ofrece por una plataforma online […] [traducción libre].

[11] [P]oseer grandes bases de datos teóricamente podría crear poder de mercado para algunas aplicaciones, ya que podría ser muy costoso replicarlas. Sin embargo, no debería haber ninguna presunción de que los «grandes datos» llevan al poder de mercado. Los datos son generalmente reproducibles, y la recopilación de datos de una empresa puede no impedir que la de otra recopilación de datos idénticos o sustituibles [traducción libre].

**pendientemente del canal que se utilice para la comercialización del bien o servicio de que se trate**" (Resolución C.C.A 4/2019, 2020, p. 87) [el énfasis es nuestro].

4. En materia de concentraciones, las Autoridades de Competencia de México tienen pendiente analizar a profundidad los posibles efectos indirectos de red, las economías de escala, el *multi-homing* y sus efectos, el *big data,* los múltiples lados de una plataforma, la relevancia de las participaciones de mercado de los agentes y el dinamismo del mercado, entre otras.

5. En el caso de investigaciones por prácticas anticompetitivas, las Autoridades de Competencia de México deben analizar la determinación del poder sustancial en los mercados digitales y su relación con el modelo de empresas tradicionales con puntos de venta físicos (*brick and mortar*).

6. Las Autoridades de Competencia de México deben de ser extremadamente cuidadosas en la aplicación de modelos y herramientas tradicionales sin considerar las particularidades del entorno digital.

**REFERENCIAS**


American Bar Association [ABA] (2020). *Common Issues Relating to the Digital Economy and Competition: Report of the International Developments and Comments Task Force on Positions Expressed by the ABA Antitrust Law Section between 2017 and 2019*. https://www.americanbar.org/news/abanews/aba-news-archives/2020/04/aba-antitrust-law-section-releases-report-on-issues-related-to-d/

Armstrong, M., & Wright, J. (2007). Two-Sided Markets, Competitive Bottleneck and Exclusive Contracts. *Economic Theory,* (32), 353–380. https://doi.org/10.1007/s00199-006-0114-6.

Clement, J. (15 de julio de 2020). Number of global social network users 2010-2023. *Statista*. https://bit.ly/2AtTIVj

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece] (2019a, 5 de junio). Comunicado COFECE-032-2019: Cofece resolvió no autorizar la concentración entre Walmart y Cornershop. https://www.cofece.mx/cofece-resolvio-no-autorizar-la-concentracion-entre-walmart-y-cornershop/

(2019b, 14 de noviembre). Comunicado COFECE-045-2019: Análisis de los mercados digitales, un reto para las autoridades de competencia en el mundo. https://www.cofece.mx/analisis-de-los-mercados-digitales-un-reto-para-las-autoridades-de-competencia-en-el-mundo/

(2020a, 21 de mayo). Comunicado COFECE-020-2020. El PJF resuelve que Cofece es competente para resolver la concentración entre Uber y Cornershop. https://www.cofece.mx/el-pjf-resuelve-que-cofece-es-competente-para-resolver-la-concentracion-entre-uber-y-cornershop/

(2020b) *Estrategia Digital Cofece*. https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2020/03/EstrategiaDigital_V10.pdf

Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (2017) ¿Qué son las Fintech? *Proteja su dinero*, (203), 32-35. https://revista.condusef.gob.mx/download-category/2017/

European Comission (2015). *Regulatory environment for platforms, online intermediaries, data and cloud computing and the collaborative economy*. https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/results-public-consultation-regulatory-environment-platforms-online-intermediaries-data-and

Forbes México (22 de abril de 2020). DiDi Food llega a 5 ciudades en México y crece su oferta deentregas.*ForbesMéxico*.https://www.forbes.com.mx/negocios-didi-food-llega-a-5-ciudades-en-mexico-y-crece-su-oferta-de-entregas/#:~:text=DiDi%20Food%2C%20la%20plataforma%20digital,del%20coronavirus%20en%20el%20pa%C3%ADs

Instituto Federal de Telecomunicaciones (2018). *Visión regulatoria de las telecomunicaciones y la radiodifusión, 2019-2023*. https://bit.ly/303rwDi.

International Transport Forum (2016). *App-Based Ride and Taxi Services - Principles for Regulation*. https://www.itf-oecd.org/sites/default/files/docs/app-ride-taxi-regulation.pdf

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos [OCDE] (2018). *Plataformas digitales y competencia en México*. https://www.oecd.org/daf/competition/esp-plataformas-digitales-y-competencia-en-mexico.pdf

Plecher, H. (22 de septiembre de 2020). Development of the world population from 1950 to 2050. *Statista*. https://cutt.ly/ri73Hh2.

Statista Research Deparment (26 de octubre de 2020). E-commerce worldwide - statistics & facts. *Statista*. https://www.statista.com/topics/871/online-shopping

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [Const.], Diario Oficial de la Federación, 5 de febrero de 1917, reformada mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, 11 de junio de 2013 (Méx.).

Comisión Federal de Competencia Económica [Cofece], 14 de mayo de 2020, Resolución de la Investigación de Oficio recaída en el Expediente IO-002-2017 (Méx.).

Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito (2008). Mercado Relevante: Su concepto en materia de competencia económica. En Tribunales Colegiados de Circuito, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta* (Tomo XXVIII, p. 2225, Tesis I.4o.A. J/75). https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Clase=DetalleTesisBL&ID=168609&Semanario=0

Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act 1976 (U.S.).

Ley Federal de Competencia Económica, Diario Oficial de la Federación, 27 de enero de 2017 (Méx.).

Ley Clayton Antitrust, 15 U.S.C. §§ 12-27 (EE.UU).

Ley Robinson-Patman, 15 USC § 13 (EE.UU.).

Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C. §§ 1-7 (EE.UU).

Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa, especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, 21 de mayo de 2020, Resolución del Conflicto Competencial C.C.A. 4/2019 (Méx.).

FERRANDO
ABOGADOS

**Asesoría Corporativa**

- Diseño de Contratos Comerciales
- Diseño de Franquicias y Consorcios
- Derecho Corporativo y Societario
- Fusiones y Adquisiciones
- Derecho del Consumidor
- Cobranza Judicial
- Libre Competencia
- Laboral
- Tributario TAX
- Reestructuración Empresarial y AGR
- Arbitrajes
- Compliance
- Minería e Hidrocarburos
- Concesiones e Infraestructura

**Asesoría Financiera**

- Regulación Bancaria
- Mercado de Capitales
- Inversiones
- Financiamiento Estructurado
- Emisión de Bonos y Oferta Privada
- Fondos de Inversión y Portafolios
- Regulación de AFP
- Regulación del Mercado de Valores
- Oferta Pública y MAV
- Diseño de Fideicomisos
- Titulizaciones
- Compra de Cartera
- Gobierno corporativo
- Capacitación Especializada

Edificio Caracol: Av. Larco N° 101 Oficina 603 – Miraflores – Lima – Perú
informes@eferrando.com - Teléfonos: +511 01447-2698 - +51 991 734 078
www.eferrando.com

10.18800/themis.202002.023

# SOBRE GORILAS, COMPENSACIONES, CEGUERAS Y SALARIOS: ¿POR QUÉ EL BANCO SÍ PUEDE DISPONER DE MI CUENTA DE REMUNERACIONES?

## *ABOUT GORILLAS, COMPENSATIONS, BLINDNESS AND SALARIES: WHY THE BANK CAN MAKE USE OF MY COMPENSATION ACCOUNT?*

**Carlos Andrés Gómez Ramos***
**Ex miembro de THĒMIS**
**Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría**

*In Peru, there is no clear and uniform criteria to solve cases regarding charges made by financial institutions to customers' compensation accounts as a means of compensation for debts incurred by the user. In the last ten years, different instances from the Indecopi and Supreme Court have issued contradictory rulings, evidencing a lack of consensus about the legality or illegality of said charges.*

*Faced with this reality, the author wishes to show how the fixation on certain aspects of these cases have made jurists develop inattentional blindness, which lead them to base their reasoning on false premises. With this article, the author hopes to correct this mistake. In order to achieve this, he analyzes what is the duty of care, the difference between the concept of compensation and automatic debit, and, finally, the real disposable nature of remunerations. Thus, he highlights the aspects associated with charges made by financial institutions to customers' accounts that are usually overlooked by the courts.*

*Keywords: inattentional blindness; duty of care; compensation; automatic debit; remunerations; Indecopi.*

*En el Perú, no existe un criterio claro y uniforme para resolver las controversias sobre cobros efectuados por parte de empresas del sistema financiero a las cuentas de remuneraciones de sus usuarios como medio de compensación por deudas. En los últimos diez años, distintas instancias del Indecopi y de la Corte Suprema de Justicia han emitido fallos contradictorios, evidenciando una falta de consenso sobre la legalidad o no de estos cobros.*

*Frente a este panorama, el autor plantea retratar cómo la fijación de los juristas en ciertos aspectos de estas controversias les ha generado una ceguera por inatención que los conduce a tomar como punto de partida premisas erróneas. El autor busca rectificar dicha equivocación. Para ello, analiza qué es el deber de idoneidad, la diferencia entre el concepto de compensación y de débito automático y, finalmente, el real carácter disponible de la remuneración. De este modo, trae a la luz los elementos asociados a los cobros efectuados por las instituciones del sistema financiero sobre las cuentas de los usuarios que las instituciones antes mencionadas ignoran.*

*Palabras clave: ceguera por inatención; deber de idoneidad; compensación; débito automático; remuneraciones; Indecopi.*

* Abogado. Asociado de las áreas Financiera y Corporativo/M&A del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Lima, Perú). Contacto: carlosandres.gomez@ppulegal.com

El autor agradece a Amaranta Chuquihuara y Mateo La Torre por su apoyo durante la elaboración del presente artículo.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 3 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 24 de septiembre de 2020.

*"[...] attention plays a critical role in perception and in representation. Without attention, we often do not see unanticipated events, and even with attention, we cannot encode and retain all the details of what we see".*

Daniel Simons & Christopher Chabris

## I. INTRODUCCIÓN

En 1999, Daniel Simons y Christopher Chabris, profesores del departamento de psicología de la Universidad de Harvard, publicaron un estudio en el cual ahondaban en las hipótesis de investigaciones desarrolladas en décadas previas respecto de los efectos de la atención selectiva sobre la posibilidad de percibir la ocurrencia de eventos inesperados según estos se van desarrollando. Así, Simons y Chabris sometieron a ciento noventa y dos personas a una prueba que consistía en observar un video de setenta y cinco segundos en el cual dos equipos compuestos por tres personas cada uno, unos vestidos de blanco y otros de negro, se pasaban dos pelotas de básquet (una pelota por equipo). Se le solicitó a cada sujeto sometido a la prueba contar la cantidad de pases que realizaban los integrantes del equipo blanco.

Lo interesante de la prueba ocurría cuando, pasados varios segundos, una persona cubierta en un disfraz de gorila ingresaba en la escena caminando, se detenía en el medio, volteaba hacia la cámara, se golpeaba el pecho tres veces y luego continuaba caminando, retirándose de la escena.

Una vez finalizado el video se les preguntó a los observadores cuántos pases habían completado los integrantes del equipo blanco, a lo que la mayoría respondió correctamente, o muy próximo al número real. Sin embargo, cuando se les preguntó si habían visto al gorila, cerca de la mitad desconoció notarlo en lo absoluto. Un acontecimiento que era tan evidente y fuera de lo ordinario había pasado absolutamente desapercibido para la mitad de los observadores.

¿Qué significaba esto? Una de las principales conclusiones a las que arribaron Simons y Chabris es que el someter a los sujetos a una prueba con un objetivo determinado (contar la cantidad de pases) los forzaba a concentrarse en la meta planteada colocando toda su atención en la trayectoria de la pelota de básquet y en los pases completados. Este nivel de atención, irónicamente, conllevaba a lo que es referido como *inattentional blindness* o ceguera por inatención. Esto quería decir que al poner su atención en una sola cosa los sujetos se tornaban ciegos respecto al resto de eventos, por más extraordinarios o irreverentes que estos pudieran ser.

No es difícil reconocer este tipo de ceguera en muchos de los acontecimientos que toman lugar en nuestra vida cotidiana, todo lo contrario. Con demasiada frecuencia nuestro foco en una tarea, un problema o un objetivo nos inhibe de percatarnos de los otros factores, elementos o condiciones que pudieran estar influenciando esa misma tarea, problema u objetivo.

El fenómeno analizado por Simons y Chabris en 1999 es lo que a mi parecer ha ocurrido en la controversia que ha rodeado durante los últimos años a la facultad de compensación por parte de las empresas del sistema financiero ejercida respecto de las deudas de los usuarios con cargo a los fondos mantenidos en su cuenta de haberes[1].

Durante los últimos diez años hemos sido testigos de un gran número de pronunciamientos, entre fallos de las distintas instancias del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi) e inclusive sentencias de la Corte Suprema de Justicia, los cuales no solo han carecido de un criterio uniforme y una consistencia clara, sino que –por el contrario– en ocasiones han llegado a ser contradictorios[2].

Aun teniendo en cuenta que cada caso puede traer consigo matices especiales y condiciones particulares, parece difícil explicar el *impasse* que surge al pretender dotar de relativa predictibilidad al

[1] Nótese que, si bien con frecuencia se habla de cuenta de haberes o denominaciones similares, a la fecha esta distinción no responde a más que una nomenclatura comercial que no conlleva una condición legal especial siendo que se trata de una cuenta bancaria ordinaria que posee la particularidad de ser consignada por el trabajador frente a su empleador como la cuenta en la cual deberá ser abonado su sueldo.

[2] Véase (por enumerar algunos): la Resolución 2984-2010/CPC en la cual la Comisión de Protección al Consumidor declara fundada la denuncia planteada en contra del Banco de la Nación por infracción al Deber de Idoneidad originada por los cobros efectuados por el banco con cargo a la cuenta de haberes del denunciante (postura similar a la desarrollada en la Resolución 0199-2010/SC1-INDECOPI).

Por otro lado, se tienen resoluciones a favor de la autonomía de la voluntad como la Resolución 3449-2011/SC2-INDECOPI, por medio de la cual algunos vocales reconocen la validez de la disposición de un banco de los recursos de un usuario siempre que se cuente con su previo consentimiento del mismo (postura que guarda semejanza con lo desarrollado meses previos en la Resolución 3448-2011/SC2).

criterio aplicado por el Indecopi cuando resuelve controversias originadas por cobros **ilegales** efectuados por instituciones del sistema financiero, en aquellos casos en que el débito automático como medio de pago ha sido expresamente pactado por los usuarios.

Es así que el propósito de este artículo es retratar cómo es que una aparente fijación en analizar (i) la idoneidad de la compensación como instrumento empleado por las entidades del sistema financiero para asegurar el efectivo y oportuno pago de las deudas contraídas por los usuarios y, (ii) la naturaleza inembargable de la remuneración afectada por dichos cobros, ha generado una ceguera por inatención y ha conducido –una y otra vez– a los juristas a partir de premisas erróneas. Pues como quedará explicado y demostrado en las siguientes líneas: (i) no se trata de un caso de compensación; (ii) no corresponde traer a colación la inembargabilidad de la remuneración; y, (iii) inembargable no es sinónimo de intangible.

Para llegar de manera indefectible a los resultados antes expuestos analizaremos: (i) qué es el deber de idoneidad, específicamente en lo referente a la garantía legal; (ii) la diferencia entre el concepto de compensación y de débito automático, así como la presencia de cláusulas abusivas en los contratos por adhesión; y, finalmente, (iii) el real carácter disponible de la remuneración.

Una vez culminado este análisis concluiremos que bajo ningún entendido ni argumento, podría llegar a concebirse los cobros efectuados por las entidades del sistema financiero con cargo a las cuentas de los usuarios (sea que se trate de una cuenta de haberes o no) como una infracción al deber de idoneidad cuando los mismos son el resultado de los acuerdos convenidos de manera expresa, libre y voluntaria por los mismos usuarios.

## II. RESPECTO AL DEBER DE IDONEIDAD

### A. Una breve introducción

El deber de idoneidad consiste en la correspondencia entre lo que un consumidor razonablemente espera y lo que efectivamente recibe. Para esto se debe tomar en consideración la totalidad de factores que pudieran influir en la expectativa del consumidor, desde lo que se le hubiera ofrecido verbalmente, la información proporcionada, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza inherente del producto o servicio, el precio, entre otros.

Así, deberá considerarse no solo las condiciones expresamente pactadas entre las partes, sino también las condiciones particulares que circundan el acto de consumo. Como parte de estas condiciones pueden hallarse la posición del proveedor en el mercado, la asimetría informativa, la confianza formada en el consumidor, el marco normativo vigente al momento de la contratación, etc[3].

Con los distintos fallos asociados a este tema, y el desarrollo de la doctrina, estas condiciones han sido esclarecidas y clasificadas en tres tipos –o niveles– de garantías: legales, explícitas e implícitas. Pese a que esta clasificación no fue recogida oficialmente en la legislación peruana hasta la promulgación del Código de Protección y Defensa del Consumidor, en agosto del 2010, su presencia en los pronunciamientos de las distintas instancias del Indecopi había logrado consolidarla desde años antes como un aspecto fundamental en el análisis de idoneidad.

De esta manera, mediante la combinación de los factores esbozados en el presente acápite es posible construir un modelo de producto o servicio idóneo, lo que se conoce como el modelo de referencia de idoneidad. Este modelo deberá ser tomado como referente y punto de comparación al momento de analizar el producto o servicio efectivamente proporcionado.

Por lo tanto, si bien la idoneidad de un bien o servicio debe ser inicialmente analizada en abstracto (es decir, considerando lo que normalmente esperaría un consumidor razonable[4]), debe formar parte del análisis la consideración de las garantías arriba esbozadas.

Siendo que el objeto del presente artículo es esclarecer la legalidad en los cobros efectuados por las

A su vez, existen casos más engorrosos como la Casación 11823-2015, en virtud de la cual la Corte Suprema se pronuncia respecto a la intangibilidad (hasta cierto límite) de la remuneración respaldando el fallo contenido en la Resolución 2321-2011/SC2-INDECOPI, el cual había sido desafiado por la entidad del sistema financiero que había sido materia de sanción como consecuencia del mismo (criterio que sería replicado años más tarde en la Resolución 3441-2017/SPC-INDECOPI).

3 Sobre este tema, por ejemplo, Gustavo Rodríguez García, en su ensayo "Publicidad e Información para el Consumo", analiza y diferencia dos tipos de publicidad, la que tiene un propósito netamente persuasivo y aquella que "cumple un rol esencialmente informativo" (2011, p. 291), pues esta última puede llegar a generar expectativas tutelables en la cabeza de los consumidores.

4 Pese a que el estándar de razonabilidad exigible a los consumidores sigue discutiéndose entre un estándar medio y un estándar más elevado, como es el de un consumidor razonable, para efectos del presente artículo nos adscribimos a un

instituciones del sistema financiero, corresponde centrar al mismo en la garantía legal, la cual radica en la correspondencia entre un bien o servicio y la legislación aplicable al contexto determinado. En este sentido, la comercialización de un producto o la prestación de un servicio sin cumplir con la referida garantía constituiría una transgresión a la idoneidad de estos, pues resulta fundamental para el consumidor que los bienes y servicios ofrecidos sean legalmente idóneos, no admitiéndose pacto en contrario.

Esto adquiere particular relevancia en el ámbito de una relación de consumo de naturaleza financiera pues, en el entendido de que los consumidores suelen ser particulares ordinarios que no poseen un conocimiento especializado respecto a los agentes y las operaciones del sector financiero, la típica asimetría existente entre la información manejada por el proveedor y el consumidor se acentúa. En este contexto podría, válidamente, concluirse que la garantía legal, la regulación y la tutela que se le proporcionan al consumidor deben verse proporcionalmente acentuadas con la finalidad de compensar este desequilibrio y acortar la distancia, equilibrando el terreno sobre el cual actúan el proveedor y el consumidor.

En esta línea, Jorge Eduardo Vilela Carvajal considera que existe una relación intrínseca entre el Derecho Bancario y el Derecho de Protección al Consumidor, la cual justifica la promulgación de la Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, Ley 28587 (2009, p. 100). Según explica Vilela Carvajal, este fenómeno tiene su origen en la concepción del consumidor como el destino de toda actividad económica (2009, p. 100), lo cual se refleja en pronunciamientos como la sentencia emitida en el Expediente 008-2003-AI/TC, en donde el Tribunal Constitucional expone que

> el consumidor –o usuario– es el fin de toda actividad económica; es decir, es quien cierra el círculo económico satisfaciendo sus necesidades y acrecentando su bienestar a través de la utilización de una gama de productos y servicios. En puridad, se trata de una persona natural o jurídica que adquiere, utiliza o disfruta determinados productos (como consumidor) o servicios (como usuario) que previamente han sido ofrecidos al mercado (2003, fundamento 28).

Es esta, precisamente, la postura que adopta la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (en adelante, SBS), que parte de la premisa de que el poder de negociación con las instituciones financieras que poseen los consumidores es reducido y, en ocasiones, nulo. Ello, dadas las asimetrías de información que caracterizan a los servicios financieros siendo, precisamente, dicha asimetría la que justifica la intervención de un organismo del gobierno central que entre a ejercer el poder de negociación en nombre de los consumidores. Ante los ojos de la SBS, ello se logra a través de la reglamentación y la supervisión (2010).

### B. ¿Compensación o débito automático? Sobre la garantía legal

#### 1. La compensación civil y la compensación bancaria

Respecto a la garantía en su ámbito legal, con frecuencia se ha concebido que lo que toma lugar entre el consumidor (deudor) y el banco (acreedor) cuando este último procede a disponer de los recursos en la cuenta del primero es un supuesto de compensación. Aquí habría que hacer la distinción entre lo que es concebido como una compensación civil –según está regulada en nuestro Código Civil[5]– de lo que constituye una compensación bancaria, pues pese a que ambos pudieran resultar relevantes en el supuesto materia de análisis, responden a escenarios distintos.

En el primer caso, tal como lo retrata el Código Civil, para que proceda su aplicación, deben confluir obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas. Un primer aspecto que da lugar a discusión –y que suele ser interpretado de manera errónea– es la existencia de obligaciones recíprocas entre el banco y el usuario. Esto quiere decir que tanto el banco como el usuario deben poseer, simultáneamente, la calidad de acreedor y deudor.

Al gatillarse un evento de incumplimiento por falta de pago, el usuario pasa a ser deudor del banco siendo este último acreedor del primero. Sin embargo, la misma situación no se presenta respecto

---

estándar mínimo de razonabilidad (y diligencia) que se le debe demandar a los usuarios para hacerlos receptores de tutela jurídica. Pues, de lo contrario, no se alcanzaría una verdadera eficiencia del sistema. Ello va en contra de opiniones como la de Julio Durand Carrión, quien considera que de adoptarse este estándar se dejaría desprotegidos a los ciudadanos de a pie (2008).

[5] Artículo 1288.- Extinción de la obligación por compensación

Por la compensación se extinguen las obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo (Código Civil, 1984).

del cliente frente a la institución financiera. Si bien el banco tiene la posesión de un bien del usuario (siendo este bien el dinero que mantiene en sus cuentas), esto no equivale a afirmar que el banco mantiene una deuda en favor del cliente y, por lo tanto, este último no es acreedor del primero[6]. En este sentido, nos adscribimos al desarrollo dado por Castillo Freyre y Osterling al explicar que esta reciprocidad radica, precisamente, en que haya una identidad de sujetos e identidad de créditos para que proceda la compensación (2013).

Si bien la doctrina suele vincular al depósito bancario tanto con los contratos de depósito[7] como con los de comodato[8], considero que el Código Civil proporciona una cualidad adicional al contrato de depósito que lo acerca de manera inequívoca a un típico depósito bancario al disponer que los bienes materia de depósito puedan ser devueltos "con sus accesorios, frutos y rentas" (Código Civil, 1984, art. 1837)[9]. De esta forma, el tratamiento ofrecido por nuestra regulación a este tipo de acuerdos guarda estrecha relación con el contrato de depósito español en virtud del cual "el Banco recibe de sus clientes sumas de dinero, cuya propiedad adquiere, comprometiéndose a restituir otro tanto en la misma moneda y en la forma pactada" (Martínez Sanz & Broseta Pont, 2013, p. 268), con la salvedad que el contrato de depósito local no concibe una transferencia de propiedad; sino una suerte de encargo o custodia, pudiendo resultar en un incremento para el otorgante del bien depositado en la forma de frutos y/o rentas.

Sin perjuicio de por cuál alternativa nos inclinemos, ya sea por el depósito o el comodato –o inclusive si pretendiésemos defender que se trata de un contrato de depósito atípico que supone la transferencia de propiedad (tal como se le trata bajo la regulación española)–, en uno u otro caso, podemos coincidir en que no cabría sostener que la relación mantenida entre un banco y su depositante convierte al primero en un deudor del último. Por lo que, como se mencionó previamente, no existirían relaciones recíprocas y no resultaría aplicable la figura de la compensación tal cual esta se encuentra regulada en el Código Civil.

Ahora bien, el legislador ha optado por regular a la compensación bancaria desde una óptica distinta, estipulando de manera específica en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS, que el derecho de compensación es ejercido por la institución financiera entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder. De esta forma, se habilita a las entidades bancarias –manteniendo la misma denominación– a aplicar la compensación a un supuesto de hecho estructuralmente distinto (1996, art. 132.11). Esta diferencia fundamental entre la compensación civil y la compensación bancaria es reconocida de manera expresa por Castillo Freyre y Osterling quienes sentencian:

> Es preciso hacer hincapié en que la reciprocidad de las obligaciones es necesaria para que opere la compensación convencional de las deudas mutuas, ya que nada impediría que más de dos partes (compensación plurilateral) acuerden compensar deudas que no sean recíprocas, como ocurre en las cámaras de compensación bancarias (2002, p. 8).

La acotación que hacen estos autores no es menor, pues esclarece cualquier confusión respecto a dos figuras que, aunque mantienen la misma denominación, responden a escenarios considerablemente disímiles. Por tanto, la compensación bancaria debe ser divorciada en su totalidad de la compensación bajo el artículo 1288 del Código Civil.

De este desarrollo parecería claro que si fuéramos a concebir en términos legales los cobros realizados por los bancos sobre las cuentas de los usuarios en dichas instituciones –por la naturaleza y manifestación de dichos cobros– hablaríamos de una compensación bancaria. Ello dota a dichos cobros de la legalidad requerida para hablar del cumplimiento con la garantía legal del servicio ofrecido por el banco a los consumidores financieros. Sin embargo, como pasaremos a exponer, este tampo-



6 Respecto a la reciprocidad en la compensación, Castillo Freyre y Osterling son categóricos al señalar que "la reciprocidad versa, precisamente, en que los diversos créditos existan entre los mismos sujetos, quienes son (cada uno de ellos) acreedor y deudor del otro" (2013, p. 3).

7 Artículo 1814.- Depósito Voluntario

Por el depósito voluntario el depositario se obliga a recibir un bien para custodiarlo y devolverlo cuando lo solicite el depositante (Código Civil, 1984).

8 Artículo 1728.- Definición

Por el comodato, el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (Código Civil, 1984).

9 Artículo 1837.- Estado del bien a la devolución

El depositario debe devolver el mismo bien recibido, en el estado en que se halle al momento de su restitución, con sus accesorios, frutos y rentas (Código Civil, 1984).

co es el caso. Si bien los cargos sobre las cuentas bancarias de los clientes gozan de absoluto respaldo y fundamento legal, el mismo no se origina de la compensación bancaria, sino de la libertad contractual reflejada en el acuerdo de voluntades entre banco y cliente traducida en el débito automático o cargo a cuenta.

2. Del débito automático

Aun cuando con frecuencia el Indecopi ha recurrido a la compensación bancaria para hallar respaldo legal, justificando la legitimidad de los cobros efectuados por los bancos sobre los recursos mantenidos por los ahorristas en sus cuentas; en la mayoría de los casos, no se trata de un caso de compensación bancaria. Por el contrario, nos encontramos frente a un simple débito automático pactado contractualmente como medio de pago, cuyos márgenes legales alcanzan hasta donde llegue la libre autonomía de la voluntad, siempre que no se contravenga normas imperativas, el orden público o las buenas costumbres. Para tener un mejor entendimiento de esto es necesario comprender la naturaleza detrás de muchos de estos cobros que equivocadamente suelen ser atribuidos a la compensación.

Por un lado, la compensación bancaria busca remediar una situación de incumplimiento al habilitar al banco a efectuar un cobro fundamentado en una acreencia impaga, de forma tal que se cumpla con el pago adeudado. Dicho de otra forma, se parte de una situación de *default,* la misma que se ve remediada mediante la compensación.

Por otro lado, el débito automático es un recurso frecuentemente empleado por las empresas del sistema financiero a fin de que los usuarios cumplan con sus obligaciones de pago sin que se llegue a configurar un escenario de incumplimiento. Precisamente, lo que el acuerdo contractual de débito busca perseguir es el cumplimiento oportuno de las obligaciones de pago de los usuarios[10].

Si bien ambos instrumentos constituyen medios de cobranza, para que una institución bancaria pueda hacer uso de la compensación, el deudor debe hallarse en una situación de incumplimiento; mientras que dicho presupuesto no se da en el caso de un débito automático.

A esto habría que sumarle que la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la SBS dispone la facultad de compensación de las empresas del sistema financiero como una medida de mitigación del riesgo del ahorrista a discrecionalidad de la entidad bancaria, no como una manifestación de la voluntad del ahorrista ni como una expresión de la facultad de disposición que este posee sobre sus propios bienes.

El débito automático, lejos de ser el resultado de un incumplimiento del usuario, es el recurso pactado para cubrir a cabalidad con sus obligaciones. De esta manera, se sustenta en principios esenciales e inherentes a nuestro sistema comercial como son la libertad de contratación y la libre autonomía de la voluntad. Por lo tanto, las garantías legales deben ajustarse al tipo de regulaciones contractuales aplicables a pactos de cobranza mediante débito automático[11]. Incluso, mediante Informe 876-2011-LEG la SBS se ha pronunciado en el mismo sentido, reconociendo que lo que toma lugar entre los bancos y los usuarios en estos casos no es un acto unilateral –propio a un caso de compensación bancaria–, sino una instrucción expresa del titular de la cuenta.

Ahora, una evidente objeción en contra de este medio de cobranza es su potencial invalidez por tratarse del resultado de una cláusula abusiva contenida en un contrato por adhesión.

3. De los contratos por adhesión y las cláusulas abusivas

Específicamente respecto a los contratos por adhesión como tales, el Código Civil los reconoce

[10] Sobre este extremo, compartimos la opinión expresada por Hugo Gómez mediante voto singular en la Resolución 2984-2010/CPC, en la cual se pronunció a favor del reconocimiento del débito automático como el resultado de un acto convencional de cobranza expresando que

> [m]uchos consumidores solicitan a sus acreedores (bancos, compañías de seguro, empresas prestadoras de servicios públicos, etc.) que estos hagan cobro de sus acreencias directamente sobre los depósitos que aquéllos tienen en cuentas de ahorros. Los consumidores que quieren ahorrar tiempo […], evitar pagar intereses moratorios, administrar de manera más fácil sus diferentes deudas, etc., solicitarán el débito automático […] como forma de extinción de sus obligaciones, permitiendo que su historial crediticio se mantenga positivo […] (2010, pp. 18-19).

[11] Mediante Informe 876-2011-LEG la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP explica cómo es que

> del débito se trata de la aplicación de una Instrucción previa del cliente […] y no de un acto unilateral del Banco, por lo que no sería legalmente admisible considerar que hay una vulneración de los derechos del deudor, que es finalmente quien lo autorizó. […] el cargo en cuenta es una figura contractual que constituye una práctica usual en el sistema financiero […]. Este supuesto no constituye una compensación por cuanto no importa la aplicación unilateral del depósito a la acreencia tras su vencimiento, sino que dicho cargo ha sido previamente instruido por el titular de la cuenta […] (2011, pp. 4-5).

de manera expresa en el artículo 1390, como una modalidad contractual que se configura "cuando una de las partes, colocada en la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por la otra parte, declara su voluntad de aceptar" (1984).

Así, este tipo de contratos poseen dos elementos típicos que los distinguen del contrato paritario o discrecional: (i) limitan el contenido del contrato a las estipulaciones fijadas por una de las partes sin participación de la otra; y, (ii) la aceptación íntegra de las estipulaciones planteadas en el contrato determina la celebración del mismo, no cabiendo distinguir entre estipulaciones y oferta, pues no hay parte del contenido que escape a la fijación unilateral (Beltrán, 2003).

Rubén S. Stiglitz y Gabriel A. Stiglitz desarrollan los conceptos de oferta y aceptación trasladándolos al plano de los contratos por adhesión, expresando lo siguiente:

> En suma, nos hallamos frente a un contrato que alcanza a perfeccionarse al aceptar el predisponente la oferta formulada por el adherente y que contiene el texto predispuesto por el primero. […] El adherente emite con ella su declaración recepticia de voluntad, dirigida a iniciar su formalización definitiva […] (1985, p. 71).

Bajo los términos descritos, el contrato por adhesión presenta un fenómeno especial, pues pese a preservar los elementos fundamentales de un contrato, como son el acuerdo de voluntades, el consentimiento y las formalidades de ley, el limitado campo de negociación que suele proporcionarle a algunos de los agentes intervinientes ha llevado a que se cuestione la validez de los términos pactados.

Especialmente, en el ámbito financiero, este tipo de contratos representan una práctica habitual por parte de los bancos, la cual permite a las distintas entidades proporcionar a sus clientes contratos plantilla. Estos contienen todos los términos de contratación que han sido aceptados de manera anticipada por los bancos para sus distintas operaciones (préstamos dinerarios, apertura de cuentas y contratación de instrumentos financieros en general).

Respecto a esta transformación que viene experimentando el esquema tradicional del contrato, S. Stiglitz y A. Stiglitz, citando a Díez-Picazo, señalan que tiene origen en la evolución económica y social, la cual –en consecuencia– genera un tráfico económico cada vez más acelerado dando lugar a un tráfico en masa: "[e]l esquema tradicional del contrato hace tránsito, de esta manera, a los llamados contratos por adhesión, contratos preformulados o contratos con condiciones generales" (1985, p. 45).

En contra de este tipo de acuerdos empieza a ganar tracción la postura que defiende que la "generalización de este tipo de contratos se ha constituido en una grave amenaza para la libertad contractual, uno de los pilares sobre los que descansa el principio de la autonomía privada […]" (Álvarez Estrada & Herrera Tapias, 2016, p. 167).

Sobre este mismo fenómeno reflexionaba –de manera profética– el jurista americano Friedrich Kessler hace aproximadamente ochenta años en los siguientes términos:

> A standardized contract, once its contents have been formulated by a business firm, is used in every bargain dealing with the same product or service. The individuality of the parties which so frequently gave color to the old type contract has disappeared. The stereotyped contract of today reflects the impersonality of the market. It has reached its greatest perfection in the different types of contracts used on the various exchanges (1943, p. 631)[12].

Similar al voto singular emitido por Hugo Gómez en el marco de la Resolución 2984-2010/CPC, como parte del cual –haciendo alusión a la Sentencia de Amparo del 24 de marzo de 2004 recaída en el Expediente 0858-2003-AA/TV– afirma que "en determinadas cláusulas generales de contratación (y en los contratos por adhesión) no hay en rigor toda la libertad propia de la autonomía privada" (p. 21), Kessler advierte el efecto que los contratos por adhesión podrían generar en cuanto a la pérdida de la individualidad de las partes. Sin embargo, la perspectiva de Hugo Gómez y del Tribunal Constitucional acaba por ser más fatalista al considerar que los contratos por adhesión tienen un defecto fundamental que los hace inminentemente objeto de cuestionamiento y es que, a pesar de su aparente validez como negocios jurídicos configurados a partir de una oferta válida y una aceptación legítima, carecen de los principios más fundamentales como son la libertad contractual y la autonomía de la voluntad.



[12] Un contrato estandarizado, una vez sus contenidos han sido definidos por una empresa financiera, se utiliza en toda negociación que trate del mismo producto o servicio. La individualidad de las partes, que tan frecuentemente daba color al antiguo tipo de contrato, ha desaparecido. El contrato estandarizado de hoy en día refleja la impersonalidad del mercado. Ha alcanzado su mayor perfección en los diferentes tipos de contratos utilizados en las diferentes bolsas [traducción libre].

Este punto guarda una estrecha relación con la posición de los consumidores en el mercado, cuya manifestación de voluntad se considerará válida, en tanto sea ejercida de manera libre, voluntaria e informada. Gómez sostiene que si un consumidor consiente determinadas condiciones contractuales forzado por un contexto determinado y sin posibilidad de negociar los términos de contratación, el negocio jurídico se produce en un ámbito de abuso y podría ser invalidado en su integridad.

Recogiendo esta línea de pensamiento, meses después a la Resolución 2984-2010/CPC sería aprobado el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Este dispone en el artículo 48 que, en el marco de contratos de consumo por adhesión con cláusulas generales de contratación, debe cumplirse con determinados requisitos entre los cuales se encuentra la "buena fe y equilibrio necesario en los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas" (Código de Protección y Defensa del Consumidor, 2010, art. 48).

Por su lado, la Directiva 93/133/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas señala que deben entenderse como cláusulas abusivas a aquellas cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente si llegan a causar un desequilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes en perjuicio del consumidor (Torres Carrasco, 2001, p. 36).

Como ha sido anunciado en secciones precedentes, si bien el proveedor y el consumidor se encuentran –dentro de un plano formal– en igualdad de condiciones, debido a la disparidad informativa de cada uno respecto a las características del bien o servicio, esta igualdad no se traslada –de la misma manera– a un plano sustancial (Torres Carrasco, 2001, p. 29).

Años después, la Sala Especializada en Protección al Consumidor, mediante la Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI, señalaría que para determinar el carácter abusivo de una cláusula debían concurrir los siguientes presupuestos: (i) falta de negociación; (ii) verosimilitud en suponer que en el mercado no hay alternativas distintas para los consumidores; y, (iii) que exista desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor (fundamento 70).

Sobre la falta de negociación, el Tribunal Constitucional afirma que existe una situación de asimetría y desigualdad que acaba por socavar el ejercicio de la libertad contractual en aquellas situaciones en donde "una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien o la prestación de un servicio […] no habrías aceptado" (Expediente 0858-2003-AA/TC, 2004, fundamento 23), para afirmar que por más que pudiera haber consentimiento en la firma del contrato de allí no se deriva, necesariamente, que todas las cláusulas fueron negociadas.

Sin embargo, coincido con lo expuesto por la SBS al sostener que

> el argumento de que los contratos por adhesión no representan un consentimiento libre y voluntario del deudor por cuanto no ha habido negociación […] restaría seguridad jurídica a todos los contratos que se celebran en el ámbito financiero […], a los mecanismos contractuales pactados por las partes para la recuperación expeditiva de las acreencias […] (Informe 876-2011-LEG, 2011, p. 5).

El contrato se configura a través de los elementos de oferta y aceptación. De esta forma, cuando el destinatario de una oferta asociada a un contrato por adhesión toma conocimiento de la misma puede optar por aceptar los términos propuestos o rechazarlos. Si fuéramos a aceptar la línea argumentativa antes expuesta estaríamos cuestionando la validez de todas las cláusulas que son propuestas por una parte y aceptadas por la otra sin formular observación ni objeción alguna. Dicho de otra forma, quedaría desacreditada la oferta y aceptación como fuente de obligaciones en todos los ámbitos, y la institución de los contratos por adhesión en su integridad, socavando la seguridad jurídica que debiera ser inherente a los contratos como fuente de derechos y obligaciones.

En esta materia me adscribo a lo desarrollado por el ya citado Friedrich Kessler, quien sentencia:

> There is no contract without assent, but once the objective manifestations of assent are present, their author is bound. A person is supposed to know the contract that he makes. […] If an offeror does not hear from the offeree about the offer, he is free to make inquiries or to withdraw his offer, but he cannot regard silence as an acceptance. Either party is supposed to look out for his own interests and his own protection (1943, p. 630)[13].

[13] No hay contrato sin consentimiento, pero una vez que las manifestaciones objetivas de consentimiento están presentes, su autor queda obligado a ellas. Se supone que una persona debe conocer el contrato que hace […] Si un oferente

Postura que es compartida por Cecilia O'Neill en los siguientes términos:

> Ahora bien, si el cliente recibe información, lee el contrato, entiende su sentido, no está de acuerdo con alguna cláusula, pero sabe que sería muy costoso negociarla, tiene la opción de no celebrar el contrato. Si son muchos los consumidores que están en la misma situación, los competidores detectarán la existencia de un nuevo nicho de mercado compuesto por consumidores insatisfechos. Por el contrario, si el consumidor opta por firmar, el Estado no debe intervenir […] (2008, p. 859).

Las posturas de Kessler y de O'Neill condensan –duras, como pudieran parecer– con gran elocuencia el problema que hallo en el voto singular de Hugo Gómez, a la vez que dejan en evidencia el origen del defecto en muchos de los fallos tanto a nivel de las instancias del Indecopi: el consumidor no es un idiota.

Mucho se ha dicho a lo largo de los años respecto al concepto de consumidor razonable y lo que se le puede ser o no exigido a un consumidor promedio. Esta discusión podría dar pie a tenores y matices específicos sujetos a las particularidades de cada caso en concreto, siempre bajo la premisa de salvaguardar los intereses del consumidor. Sin embargo, en lo que al estándar de conducta respecta, no considero atrevido afirmar que bajo ningún supuesto podría pretender argumentarse que el ordenamiento deberá desconocer como válida la aceptación manifiesta de condiciones por parte de un consumidor, cuando esta no contravenga ninguna norma imperativa y haya sido expresa, manifiesta e informada.

Un modelo de contrato de préstamo o de apertura cuenta, no es más que eso: un modelo, una propuesta, una oferta. Todos los usuarios gozan de la prerrogativa de aceptar o rechazarla, pues como señala William Prosser: "A mere offer imposes no duty of action upon the offeree; there is no obligation to accept or reject or to take any notice of it"[14] (1935, pp. 44-45).

Aun si nos fuéramos a sujetar a los lineamientos propuestos por el Indecopi, los requisitos para que una cláusula en un contrato por adhesión pueda ser considerada como abusiva se deben dar de manera copulativa. Por lo tanto, aun si aceptáramos que en este tipo de supuestos se cumple con el requisito de la falta de negociación y la verosimilitud en suponer que en el mercado no hay alternativas distintas para los consumidores, no considero que podríamos afirmar que existe una desproporción injustificada entre los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes, en perjuicio del consumidor.

Esto último en tanto, disponer del dinero depositado en una cuenta bancaria para cumplir con las obligaciones dinerarias mantenidas frente al banco no parece ser una medida desproporcionada. En especial, considerando que, en caso contrario, estaríamos afirmando que el banco debería consentir a que en el supuesto de que el obligado incumpla sus obligaciones dinerarias, el banco debería notificar reiteradamente al deudor respecto del derecho de acreencia adquirido, confiando en que cumpla con retirar el dinero que mantiene en su cuenta para realizar el pago debido de manera directa.

## III. SOBRE EL CONCEPTO DE REMUNERACIÓN

### A. Inembargable no intangible

Como queda evidenciado por el artículo 648 del Código Procesal Civil[15], así como por lo dispuesto en el artículo 1290 del Código Civil[16], hay un evidente esfuerzo por parte del legislador en proporcionar una tutela especial a la remuneración.

Al respecto, para efectos del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral: "[…] constituye remuneración para todo efecto legal, el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o especie, cualquiera sea la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición" (1997, art. 6).



---

no tiene noticias del destinatario de la oferta, es libre de hacer preguntas o retirar su oferta, pero no puede considerar el silencio como una aceptación a su oferta. Se supone que cualquiera de las partes debe velar por sus propios intereses y su propia protección [traducción libre].

14 "Una mera oferta no impone ningún deber de acción al destinatario; no hay obligación de aceptarla o rechazarla o de tomar nota de ella" [traducción libre].

15 Artículo 648.- Bienes inembargables.

Son inembargables:

> […] 6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte (Código Procesal Civil, 1993).

16 Artículo 1290.- Se prohíbe la compensación: 1.En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.2. En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato. 3.Del crédito inembargable.4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley (Código Civil, 1984).

Tanto la jurisprudencia como la doctrina nacional[17], ha determinado tres características que deben concurrir para que un determinado concepto sea calificado como remuneración: (i) representar una ventaja patrimonial; (ii) contraprestación por los servicios proporcionados por el trabajador; y (iii) que sea de su libre disposición.

Es irrefutable que los montos que son abonados en la cuenta que el usuario mantiene en las instituciones del sistema financiero representan una ventaja patrimonial para aquel. Asimismo, parece ser un hecho incontrovertido que los referidos abonos responden a una contraprestación por los servicios proporcionados por el particular a su empleador. El elemento en donde radica la real discusión para decantar si estamos o no ante una remuneración es su libre disposición, siendo fundamental esclarecer si es que las sumas que han sido abonadas en favor del usuario se encuentran libres de cualquier cargo y son de entera disposición del mismo.

En realidad, contrario al argumento que ha sido ocasionalmente esbozado por distintas instancias del Indecopi, la obligación asumida por el usuario en el marco del contrato de préstamo como consecuencia del cual compromete los fondos abonados en su cuenta como recurso de cobro a favor del banco, no menoscaba su capacidad de disposición sobre los mismos. Por el contrario, la reafirma. Es en virtud a la libertad de disposición que este posee sobre su cuenta de haberes que puede obligarse a cubrir su deuda (e incluso la de un tercero) con los fondos de la misma, de ser el caso. Distinto es el caso de conceptos que poseen una condición inherentemente intangible bajo la cual ni siquiera el propio trabajador puede acceder y disponer de los mismos, como es el caso de la Compensación por Tiempo de Servicios.

Así, aun cuando la remuneración abandona la esfera del empleador pasando al patrimonio del empleado, preserva su cualidad remunerativa, la cual se acentúa en virtud de la facultad de disposición que el empleado adquiere sobre los montos que ingresan efectivamente a su cuenta bancaria. Carecería de sentido perjudicar al trabajador restringiendo la libertad de disposición sobre su remuneración por el solo hecho de haber sido abonada en una cuenta bancaria, facultad de la que sí gozaría si recibiera su remuneración por otros medios[18].

En este punto me adscribo al criterio acogido por el Indecopi bajo el Expediente 1472-2010/CPC (que guarda concordancia con lo establecido por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 0691-2004-AA/TC), que sostiene que una remuneración continúa gozando de la misma protección legal aun cuando es depositada en una cuenta de ahorros. Cabe precisar que la tutela de la remuneración frente a la intromisión por parte de terceros a través del embargo o remedios análogos no equivale a referirnos a la intangibilidad de la remuneración, la cual limitaría –inclusive– la facultad de disposición del propio trabajador respecto de su remuneración.

Así pues, si fuéramos a aceptar el carácter inembargable de la remuneración invocado en repetidas oportunidades[19] (el cual lo equipara a la noción de intangible), caeríamos en el peligroso terreno de aceptar una evidente restricción a la libertad de contratación de los agentes del mercado.

Basta efectuar una lectura integral de la legislación laboral y constitucional para terminar por comprender el ánimo por parte de nuestro legislador al estipular la inembargabilidad de la remuneración por debajo del límite legal, optando por tutelarla frente a cualquier intrusión ilegítima por parte del empleador o de cualquier tercero.

Ahora bien, aunque pudiera parecer evidente, aquí es imperativo prestar particular atención a que al hablar de la tutela que la Constitución, el Código Civil y las normas laborales especiales otorgan a la remuneración, nos referimos a una protección frente a fuerzas exógenas. Es decir, medidas impuestas contra la voluntad del trabajador –como es el caso de pronunciamiento judicial de embargo–, mas no en un supuesto de disposición voluntaria de recursos.

El artículo 642 del Código Procesal Civil define al embargo en los siguientes términos:

---

17 Véase la Casación 2510-2016, LIMA en dónde se concluye a nivel jurisprudencial que

> la condición remunerativa o no remunerativa de un determinado concepto económico se determinará en función a si esta constituye o no una ventaja patrimonial para el trabajador, es de su libre disposición y sea otorgada regularmente, salvo que por norma expresa no tenga tal naturaleza (fundamento 14).

18 Inclusive en el Informe 876-2011-LEG la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP refieren al riesgo sistémico que la atribución de un carácter ilegal al débito automático como medio de cobro consentido por el cliente podría representar, pues a la larga resultaría en un progresivo incremento en la morosidad de la cartera crediticia de los bancos.

19 Tanto en la Resolución 0199-2010/SC2-INDECOPI, como en la 828-2010/SC2-INDECOPI y en la 2984-2010/CPC el Indecopi de una u otra manera ha expresado su oposición a la disposición de recursos en la cuenta de haberes de los usuarios en virtud al carácter inembargable de la remuneración, aun cuando el mismo Indecopi (en la Resolución 2984-2010/CPC) reconoce expresamente que no nos hallamos ante un embargo.

> Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presupuesto obligado, aunque se encuentre en posición de terceros, con las reservas que para este supuesto señala la ley (1993).

Es fundamental tener claro que el embargo es un vínculo entre un derecho de crédito del acreedor y un bien o un derecho del deudor en aquellos casos en donde no exista garantía alguna. Así, se recurre a esta medida con el propósito de cautelar una acreencia tal como lo haría una hipoteca. De esta manera, el embargo adopta una función limitadamente cautelar teniendo por finalidad prevenir los actos de disposición que pudiera realizar el deudor, dejando descubierto al acreedor.

De manera accesoria al concepto de embargo es posible identificar al de embargabilidad, entendida como la condición que posee un bien que conlleva a que el mismo pueda ser objeto de embargo. En palabras de Cachón Cárdenas:

> […] las ideas de embargabilidad e inembargabilidad denotan la relación […] que mediaría entre una determinada cosa, por una parte, y la validez y la eficacia jurídica del embargo, por la otra, en el supuesto de que aquella cosa se convierta en el objeto de la traba (1991, p. 104).

Respecto al caso específico de la inembargabilidad de la remuneración, Marianella Ledesma Narváez expone que nuestro ordenamiento otorga protección legal a preservar un ingreso mínimo para la satisfacción digna de las más elementales necesidades que, en tanto ser humano, se le debe garantizar al deudor: "[e]sa inembargabilidad se sustenta en valores constitucionales, como es el respeto a la dignidad humana fundamento de orden político y de paz social […]" (2012, p. 80).

Asimismo, en el marco del presente análisis resulta apropiado revisar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso de José Salinas Aguilar contra la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote y Banco de Crédito Del Perú (Expediente 0691-2004-AA/TC). La controversia se remonta al momento en el cual Salinas Aguilar encontró bloqueada su cuenta bancaria, tras tratar de hacer efectivo el cobro de sus remuneraciones. Al respecto, la Municipalidad Distrital de Nuevo Chimbote había iniciado un procedimiento coactivo por deudas impagas de arbitrios e impuesto predial en contra del Sr. Salinas. Al interior de dicho procedimiento, se dictó una medida cautelar de retención sobre los fondos disponibles en su cuenta bancaria. Contra dicha acción, el Sr. Salinas interpuso acción de amparo, la cual fue concedida por el Tribunal Constitucional bajo el argumento que se habían vulnerado "sus derechos constitucionales de propiedad (artículo 2, inciso 16) y a una remuneración equitativa y suficiente (artículo 24), al habérsele trabado embargo sobre su cuenta de ahorros, en la cual se depositan sus remuneraciones" (2004, fundamento 1).

En este mismo sentido se ha pronunciado la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación 11823-2015-Lima, en la cual concluye, entre otras cosas, que:

> […] las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros sueldo, no pierden tal calidad, y por lo tanto, al ser inembargables conforme a lo dispuesto por el artículo 648 numeral 6 del Código Procesal Civil hasta el monto de cinco Unidades de Referencia Procesal (5 URP), se encuentra prohibida su compensación a tenor de lo previsto en el artículo 1290 del Código Civil (fundamento 3.14).

Por lo tanto, el análisis que realizan los distintos organismos jurisdiccionales llegando –inclusive– al Tribunal Constitucional, gozan de un tenor bastante común y unánime respecto a la inembargabilidad de la remuneración, bastando comprobarse la condición remunerativa de las sumas depositadas en una cuenta bancaria para decretar la intangibilidad de la misma por encima del límite legal.

Sin embargo, como se ha expuesto previamente, los cobros efectuados por el banco no surgen de un embargo. El recurso empleado no responde a una medida cautelar que tiene por objeto resguardar la acreencia de un acreedor frente a su deudor que podría disponer de sus recursos dejándolo desvalido, sino a un acto de disposición libre por parte del usuario bancario respecto de sus propios bienes, sus propios recursos. En este sentido, no es la condición remunerativa del monto dispuesto por el banco un punto que debiera ser materia de discusión, sino –por el contrario– un argumento a favor de la procedencia del cobro mediante débito automático.

En este sentido, Ledesma Narváez sentencia:

> […] la prohibición de afectar remuneraciones y pensiones menores a 5 URP, requiere diferenciar aquel caso donde el consumidor libre y voluntariamente decide afectar libremente los fondos de su cuenta de remuneraciones o pensiones para el pago de las obligaciones que mantiene con una institución bancaria, de

> aquel otro supuesto en que un acreedor recurre a la autoridad jurisdiccional para lograr forzadamente una medida de embargo sobre los fondos de la cuenta de remuneraciones o pensiones con el propósito de asegurar el cumplimiento de la prestación debida (2012, p. 82).

Mientras que el embargo de una cuenta sueldo persigue la cobranza forzosa de una acreencia mediante una medida judicial que es dictada de manera independiente a la voluntad del deudor (imposibilitando la libre disposición de su remuneración), el débito automático constituye una libre disposición en sí misma cuya finalidad es la de cumplir voluntariamente y a cabalidad con las obligaciones de pago de cargo del deudor.

Esta distinción no debe ser pasada por alto ni menospreciada en arras de encajar un supuesto de hecho en una regulación expresamente ideada para un escenario distinto, como lo haría la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi en la Resolución 2984-2010/CPC al reconocer que "en el presente caso […] no se presenta un embargo sobre la cuenta de ahorros del denunciante" (2010, p. 6). Pese a ello, la resolución se aventura a considera que "la facultad contractual de retención que posee el Banco tiene la misma finalidad que el embargo" (2010, p. 7) y "permitir vulnerar el carácter alimentario de la remuneración previsto en la Constitución […] sería permitir que por vía indirecta el Banco realice unilateralmente lo que un Juez no hubiera ordenado a su pedido" (2010, p. 9).

En el caso descrito se incurre en una clara aplicación analógica *a fortiori* en detrimento del derecho a la libertad de contratación del administrado. Aunque la aplicación analógica de la ley se encuentra proscrita de manera transversal en nuestro ordenamiento, siendo recogida de manera explícita por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, "para todas las entidades de la Administración Pública" (como el Indecopi), al estipular que "solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de Ley […] sin admitir interpretación extensiva o analógica" (2001, art. 246).

Esto no hace más que reforzar la condición de absoluta legalidad en el servicio relativa a la disposición de los fondos contenidos en las cuentas bancarias que voluntariamente han sido consignados por los usuarios para el cobro de sus deudas evitando así caer en una situación de incumplimiento. Sea una cuenta de remuneración o no, disponiéndose de recursos por debajo del límite legal de inembargabilidad o no.

Inclusive, de manera irónica, el incumplir esta obligación (absolutamente legal) y –por tanto– colocar al consumidor en una posición morosa (con todo lo que ello pudiera significar) es una transgresión a la garantía explícita planteada en el contrato suscrito y constituiría, por sí misma, una infracción al deber de idoneidad.

## IV. REFLEXIONES FINALES

Con los años la prueba de Simons y Chabris se popularizó tanto que acabo por resultar siendo difícil encontrar sujetos que observasen el video sin tener ya un conocimiento previo sobre el mismo y saber –por lo tanto– exactamente qué esperar.

Simons optó por emplear esto a su favor produciendo en el 2010 un nuevo video muy similar al anterior, con los dos equipos (uno blanco y uno negro), de tres participantes cada uno, pasándose dos pelotas de básquet y con el gorila que invadía la escena a la mitad del video solo para desaparecer unos segundos después. Sin embargo, a diferencia del caso anterior, en el nuevo video Simons introdujo dos variaciones, a mitad del video (i) la cortina que actuaba como fondo cambiaba de rojo a naranja; y, (ii) uno de los jugadores del equipo negro abandonaba la escena. La hipótesis manejada por Simons era que quizás si supieran sobre la posible ocurrencia de un evento inesperado mostrarían una mayor tendencia a identificar otros posibles cambios inesperados.

Sin embargo, los resultados mostraron algo distinto, no habiendo una diferencia significativa entre el 17% de sujetos que tenían conocimiento del experimento anterior que identificaron uno o los dos cambios introducidos por Simons, frente a un 20% de personas que no sabían de la existencia del caso anterior. Se mantuvo el porcentaje de observadores que se percataban del gorila aproximadamente en la mitad.

¿La conclusión? Inclusive teniendo absoluto conocimiento sobre la posible ocurrencia de un evento inesperado en un experimento diseñado para engañar al observador, este último es igual de propenso a ser víctima de su ceguera por inatención. La única diferencia es que dicha ceguera ya no se referiría al evento específico respecto del cual ya tiene conocimiento, sino al resto de factores.

Con el presente artículo no se pretende curar la ceguera de la cual pudiera ocasionalmente padecer el Indecopi al momento de resolver los casos sometidos a su competencia, sino tan solo mitigarla, reducirla o tratarla. De esta manera, se ha buscado efectuar un análisis sobre los elementos asociados a los cobros efectuados por las instituciones del sistema

financiero sobre las cuentas de los usuarios con el propósito de demostrar cómo es que los mismos no solo no transgreden ninguna regulación normativa, sino que se condicen tanto con los acuerdos comerciales expresamente pactados como con los usos y costumbres del mercado. Algo que para este punto ya debiera ser evidente, después de todo parece irrazonable –e inclusive ilógico– que se proscriba la disposición de bienes por parte de un ahorrista mediante el cargo en cuenta, pero, del otro lado, nada impide que ese mismo ahorrista se acerque personalmente a la entidad bancaria, retire los fondos de su cuenta, y realice el pago del monto adeudado directamente a sus acreedores.

Lo que se ha pretendido no es más que excluir del alcance de la ceguera del Indecopi lo conocido, lo avisado, lo que quizás ya debió haber sido interiorizado, el gorila en el medio de la escena.

**REFERENCIAS**


Álvarez Estrada, J., & Herrera Tapias, B. (2016). Contrato por adhesión y relación de consumo en el Estatuto del Consumidor Colombiano. *Revista de Ciencias Sociales, XXII*(1), 166-178. https://www.redalyc.org/pdf/280/28046365013.pdf

Beltrán, J. (2003). Comentario al artículo 1390: Contrato por adhesión. En Gutiérrez Camacho, W. (dir.), *Código Civil Comentado por los 100 mejores especialistas* (Tomo VII, pp. 297). Editorial Gaceta Jurídica.

Cachón Cadenas, M. J. (1991). *El Embargo*. Bosch.

Castillo Freyre, M., & Osterling, F. (2002). Clases de compensación. http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/clases_de_compensacion.pdf

(2013). Principales aspectos de la compensación. http://www.osterlingfirm.com/Documentos/articulos/Principales%20aspectos%20de%20la%20compensaci%C3%B3n.pdf

Durand Carrión, J. (2008). El consumidor razonable o diligente, el mito que puede crear un cisma entre los peruanos. *Derecho & Sociedad*, (31), 327-335. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17415

Kessler, F. (1943). Contracts of Adhesion – Some Thoughts About Freedom of Contracts. *Columbia Law Review*, (43), 629-642.

Ledesma Narváez, M. (2012). Compensación y Bienes Inembargables: Más Vale Tarde que Nunca. *Diálogo con la Jurisprudencia*, 162, 79-85.

Martínez Sanz, F., & Broseta Pont, M. (2013). *Manual de Derecho Mercantil* (18va ed., Vol. 2). Tecnos.

O'Neill de la Fuente, C. (2008). No hay cláusulas abusivas sino mal informadas (o no leídas): ¿Hasta dónde regular la contratación en masa? En *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, (Vol. 1, pp. 825-874). Palestra Editores.

Prosser, W. L. (1935). Delay in Acting on an Application for Insurance. *University of Chicago Law Review*, *3*(1), 39-60. https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol3/iss1/4

Rodríguez García, G.M. (2011). Publicidad e información para el consumo. En Sumar, O. (Ed.), *Ensayos sobre Protección al Consumidor en el Perú* (pp. 283-307). Universidad del Pacífico.

Simons, D. J., & Chabris, C. F. (1999). Gorillas in our midst: Sustained inattentional blindness for dynamic events. *Perception*, 28(9), 1059-1074 https://doi.org/10.1068/p2952

Simons, D. J. (2010). Monkeying around with the Gorillas in Our Midst: Familiarity with an Inattentional-Blindness Task Does Not Improve the Detection of Unexpected Events. *I-Perception*, 3-6. https://doi.org/10.1068/i0386

Stiglitz, R., & Stiglitz, G. (1985). *Contratos por Adhesión Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor.* Depalma.

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones [SBS] (2010). *La protección al consumidor en el Perú y la banca sin sucursales* (DT/002/2010).https://www.sbs.gob.pe/Portals/0/jer/ddt_ano2010/SBS-DT-002_2010.pdf

(2011). *Informe 876-2011-LEG*. Lima.

Torres Carrasco, M.A. (2001). *Cláusulas Abusivas en el Nuevo Código e Defensa y Protección al Consumidor.* Gaceta Jurídica.

Vilela Carbajal, J.E. (2009). La protección del consumidor financiero. *Ita Ius Esto*, (3), 95-127.


**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**


Código Civil [CC], Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código de Protección y Defensa del Consumidor [CPDC], Ley 29571, Diario Oficial *El Peruano,* 1 de septiembre de 2010 (Perú).

Código Procesal Civil [Cód. Proc. Civ.], Diario Oficial *El Peruano*, 23 de abril de 1993 (Perú).

Comisión de Protección al Consumidor sede Lima Sur, 27 de diciembre de 2010, Resolución 2984-2010/CPC, Expediente 1472-2010/CPC (Perú).

Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Diario Oficial *El Peruano*, 21 de marzo de 1997 (Perú).

Directiva 93/13/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, Boletín Oficial del Estado, 5 de abril de 1993 (Esp.).

Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros [SBS], Diario Oficial *El Peruano*, 9 de diciembre de 1996 (Perú).

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, Diario Oficial *El Peruano*, 10 de abril de 2001 (Perú).

Ley 28587, Ley Complementaria a la Ley de Protección al Consumidor en Materia de Servicios Financieros, Diario Oficial *El Peruano*, 19 de julio de 2005 (Perú).

Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, 9 de mayo de 2017, Casación 2510-2016 – Lima (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 1 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 9 de febrero de 2010, Resolución 0199-2010/SC1-INDECOPI, Expediente 029-2008/CCO-INDECOPI-01-19 (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 28 de abril de 2010, Resolución 0828-2010/SC2-INDECOPI, Expediente 2139-2008/CPC (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 1 de septiembre de 2011, Resolución 2321-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 98-2010CPC-INDECOPI-LAM (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de diciembre de 2011, Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 067-2010/CPC-INDECOPI-ICA (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 15 de diciembre de 2011, Resolución 3449-2011/SC2-INDECOPI, Expediente 1472-2010/CPC (Perú).

Sala de Defensa de la Competencia 2 del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 11 de enero de 2012, Resolución 0078-2012/SC2-INDECOPI, Expediente 2081-2010/CPC (Perú).

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 4 de mayo de 2017, Casación 11823 – 2015 – Lima (Perú).

Sala Especializada en Protección al Consumidor del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual de Lima, 11 de diciembre de 2017, Resolución 3441-2017/SPC- INDECOPI, Expediente 1468-2010/CPC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 11 de noviembre de 2003, sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de marzo de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0858-2003-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de junio de 2004, sentencia recaída en el Expediente 0691-2004-AA/TC (Perú).

10.18800/themis.202002.024

# INDUSTRIA DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y PLATAFORMAS DIGITALES: ANÁLISIS DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

## *THE AUDIOVISUAL CONTENT INDUSTRY AND DIGITAL PLATFORMS: AN ANALYSIS FROM THE PERSPECTIVE OF ANTITRUST LAW*

**Pablo Márquez***
**Márquez Barrera Castañeda & Ramírez Consultores**
**María Fernanda Arciniegas****
**Departamento Nacional de Planeación de Colombia**

*Recent technological developments have led to important changes in the competition dynamics of the audiovisual content industry. The digitalization and easier access to the internet have increased the supply and demand of these types of products. The entry of new economic agents and new production and distribution methods must force us to reconsider the applicable antitrust policy for this industry.*

*In light of this, this paper proposes we focus the analysis on the competition between suppliers for the consumers' attention. Consequently, the authors explore the definition of relevant market in the audiovisual content industry and digital platforms traditionally welcomed by Latin-American, European and American regulatory bodies and competition agencies (with a special emphasis on the acquisition of 21st Century Fox by Disney), as well as analyze the way these work and the possible obstacles to free competition inside them.*

*Keywords: Audiovisual content; digital platforms; streaming; free competition; Superintendencia de Industria y Comercio.*

*El avance tecnológico de los últimos años ha producido importantes cambios en las dinámicas competitivas de la industria de contenidos audiovisuales. La digitalización y la mayor facilidad en el acceso a Internet ha incrementado la oferta y demanda dentro de este sector. El ingreso de nuevos agentes al mercado y de nuevos modos de producción y distribución de contenido nos obliga a repensar la normativa de competencia aplicable a esta industria.*

*Ante ello, los autores proponen enfocar el análisis en la competencia entre los agentes de este mercado por captar y cautivar la atención de los consumidores. Con este objetivo, exploran las definiciones de mercado relevante en la industria de contenidos audiovisuales y plataformas digitales que tradicionalmente han acogido los organismos reguladores y las agencias de competencia latinoamericanas, europeas y estadounidense (con un especial énfasis en la reciente adquisición de 21st Century Fox por Disney), y analizan el funcionamiento y los posibles obstáculos a la libre competencia dentro de ellos.*

*Palabras clave: Contenidos audiovisuales; plataformas digitales;* streaming*; libre competencia; Superintendencia de Industria y Comercio.*

* Abogado y filósofo. Magíster en Economía por la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Master of Laws (LL.M.) por la Harvard Law School y doctor en Derecho de la Competencia (Ph.D.) por la University of Oxford. Ex Director Ejecutivo de la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (CRC) y ex Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia en la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (SIC). Socio fundador de Márquez Barrera Castañeda & Ramírez Consultores (Bogotá, Colombia). Contacto: pablo@marquezbarrera.com

** Abogada. Master en Política Pública (M.P.P.) por la University of Oxford. Ex Asesora de Política Pública en la Unidad Contra la Manipulación en Internet del Department for Digital, Culture, Media & Sport (DCMS) del Reino Unido y ex asociada sénior en Márquez Barrera Castañeda & Ramírez Consultores. Asesora del Grupo de Modernización del Estado del Departamento Nacional de Planeación (Bogotá, Colombia). Contacto: mfarciniegas89@gmail.com

El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 2 de julio de 2020, y aceptado por el mismo el 22 de octubre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN: LA ECONOMÍA CREATIVA, LA ECONOMÍA DIGITAL Y LA ECONOMÍA DE LA ATENCIÓN

La economía creativa, en Colombia conocida como la economía naranja, comprende una amplia gama de sectores en los cuales el valor de los bienes y servicios se calcula sobre la base de la propiedad intelectual relacionada con la creación de estos, abarcando productos creativos que van desde la publicidad hasta la tecnología educativa, los videojuegos, la ópera, la moda, el cine y otros (Buitrago Restrepo & Duque Márquez, 2013). Así, la economía naranja convierte los frutos de la propiedad intelectual y la experiencia imaginativa en productos, enmarcados en la intersección que se presenta entre el diseño, la tecnología, la ingeniería, las experiencias y la expresión.

Un sector de la literatura define a esta industria como "aquellas actividades que tienen su origen en la creatividad, la habilidad y el talento individual, y que tienen el potencial de crear empleos y riqueza a través de la generación y la explotación de la propiedad intelectual" (BOP Consulting, 2010, p. 14). De acuerdo con un estudio de Oxford Economics, las industrias creativas representan un potencial económico subestimado, y tienen la capacidad de realizar una contribución positiva a la economía de la innovación y a otros sectores de la economía (2014).

Más aún, dichas industrias reflejan una promesa significativa, ya que la data muestra que este sector representa una proporción creciente del PIB nacional en países como Argentina, Brasil, Colombia, Paraguay y los Estados Unidos (Oxford Economics, 2014). Asimismo, las variables de consumo e infraestructura creativas, como el aumento en el número de teatros y cines, y el incremento en el número de profesionales de software y contenido digital, al igual que el aumento en el patrón de consumo para videojuegos, publicidad y películas, proporcionan un contexto positivo para su desarrollo futuro (2014).

De hecho, las industrias creativas y culturales constituyen uno de los sectores de más rápido crecimiento a nivel global (2014). Según la Conferencia de Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés), entre 2002 y 2011 las exportaciones de bienes y servicios creativos crecieron un 134% (Buitrago Restrepo & Duque Márquez, 2013). En atención a esta dinámica, el Banco Interamericano de Desarrollo ha determinado que, si los países de América Latina buscan alcanzar una economía creativa y de alto crecimiento, es vital que se protejan los negocios en este sector (Oxford Economics, 2014). Ante ese contexto, se destaca la necesidad de desarrollar marcos estadísticos y regulatorios comunes para respaldar la formulación de políticas basadas en evidencias que permitan al sector continuar prosperando, para que así contribuya al crecimiento, el empleo y el desarrollo (Oxford Economics, 2014).

En adición, en el espectro de la economía creativa ha de tenerse en cuenta un elemento esencial: el Internet, ya que esta innovación disruptiva (Morales Montejo, 2014) cumple un rol fundamental en razón de que ha facilitado la comunicación y el manejo de la información, por lo que se erige como un componente indispensable en el éxito de la economía creativa (Oxford Economics, 2014). No debe desconocerse que estamos en la era de la abundancia informativa, pues gracias a los desarrollos tecnológicos innovadores y al Internet hay cada vez más personas creando y compartiendo contenido creativo, con perspectivas más amplias y diversas.

El Internet ha incrementado la dinámica competitiva de los mercados, ya que ha facilitado la entrada de nuevos competidores y, por ende, ha permitido una mayor variedad de productos y servicios ofrecidos. Frente a la importancia de la Internet, debe resaltarse el que hoy en día cada vez más son los agentes de mercado que compiten por la **atención** de los consumidores, lo que ha llevado a que este elemento se vuelva un recurso valioso y limitado.

Los mercados de atención se han modelado con base en la presencia de dos grupos de actores (emisores y receptores/audiencias), en donde los primeros envían señales costosas encaminadas a captar la atención de los segundos y generar un impacto en éstos, partiendo de la premisa de que los receptores cuentan con una capacidad de atención limitada, por razones de tiempo o cognitivas (Falkinger, 2003). Las señales —o en el caso de mercados audiovisuales, los contenidos— contarán con una capacidad de radiación particular, que determina la dimensión máxima de audiencia que puede ser alcanzada (Falkinger, 2003); como se verá más adelante, en el caso de contenidos ofrecidos por medio de Internet, las barreras geográficas y demográficas se difuminan en cierta medida dado el amplio alcance de esta red global. Sin embargo, cabe señalar que estas no se eliminan por completo, a causa de que existen divergencias en la cobertura geográfica de las licencias otorgadas a distribuidores de contenido.

La literatura económica no ha ignorado este problema. Ello se puede ver en lo que expresaba Hotelling, en 1938:

> Another thing of limited quantity for which the demand exceeds the supply is the attention of people. Attention is desired for a variety of

> commercial, political, and other purposes, and is obtained with the help of billboards, newspaper, radio, and other advertising. Expropriation of the attention of the general public and its commercial sale and exploitation constitute a lucrative business. From some aspects, this business appears to be of a similar character to that of the medieval robber barons, and therefore to be an appropriate subject for prohibition by a state democratically controlled by those from whom their attention is stolen (p. 257)[1].

De tal forma, la atención como producto, así como un eventual mercado de atención, se ha vuelto tan dinámica y competida al punto de que la atención misma ha sido erradamente considerada como una moneda o valor de cambio (Teixeira, 2014). Lo anterior ha significado un cambio en la aproximación a algunos de los mercados más importantes y disruptivos de la actualidad, en tanto que los modelos de negocio no se sustentan sobre la base de la venta de productos, sino en la atracción de la atención de los consumidores (Wu, 2017).

Efectivamente, al describir el funcionamiento de los mercados digitales, Batura *et al.* destacan cómo los efectos de la red presentes en dichos mercados conducen a que, independientemente del modelo de negocio empleado, el éxito de muchas empresas digitales dependa de su capacidad de atraer la atención de los usuarios finales (2015). Esto es, compiten entre ellas por una audiencia, empleando una estrategia competitiva y de mercadeo en la que, en ocasiones, resulta más rentable permitir a oferentes minoristas o anunciantes publicitarios el acceso a sus audiencias, que cobrar un precio directo —entendido como valor pecuniario— a dichos usuarios (Batura *et al.* 2015). Como complemento de lo anterior, cabría mencionar la siguiente conclusión a la que arriba el Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) francés en su estudio "Plataformas y Acceso a Contenido Audiovisual":

> Since the priority of all media is **to keep its audience in its environment for as long as possible** in order to draw as much value as they can from it (in-depth knowledge of users, exposure to advertising, etc.), **more traditional platforms and audiovisual players compete directly to attract visitors** and are consequently direct competitors on the advertising market (2016, p. 45) [el énfasis es nuestro][2].

Así, en cuanto a las industrias creativas que proveen contenido que es susceptible de atraer la atención, se puede pensar en productos ofrecidos por animadores, arquitectos, directores de arte, especialistas en impresión tridimensional, especialistas en *branding*, directores creativos, diseñadores de moda, cineastas, agentes de viajes, desarrolladores de juegos, diseñadores gráficos, diseñadores industriales, diseñadores de iluminación, tecnólogos de medios, músicos, tecnólogos de museos, fotógrafos, proyección de mapeo de artistas, escultores, diseñadores de sonido, técnicos de teatro, tecnólogos de realidad virtual, escritores y editores de guías turísticas (Evans, 2013, p. 330).

Todos estos productores de contenido, finalmente, compiten por la atención de los consumidores (2013, p. 317). Insistimos que se entiende por atención a la cantidad limitada de tiempo asignada para procesar la información. En el sector del entretenimiento, esta puede verse como el tiempo de visualización o *viewing time* (Budzinski & Linstädt-Dreusicke, 2018). Dado que el tiempo es limitado y el contenido de las industrias creativas es básicamente ilimitado, los consumidores deben tomar la decisión de qué productos consumir (o ignorar) y a cuáles prestarles atención. Esta ponderación variará según la edad de la audiencia: por ejemplo, los jóvenes suelen tener mayor tiempo libre que la población adulta trabajadora, divergencia que se acentúa cuando esta tiene compromisos familiares (Budzinski & Linstädt-Dreusicke, 2018, p.16). Por lo tanto, las empresas —independientemente de su rol— compiten por el tiempo que los consumidores asignan para prestar atención al contenido.

Ahora bien, las formas de distribuir contenido varían, y la economía digital ha promovido una explosión de este al facilitar su producción y distribución (Evans, 2013, p. 314). En efecto, los productos y servicios de las industrias creativas se han visto impulsados cada vez más por la explosión de

[1] Otra cosa cuya cantidad es limitada, y por la cual la demanda excede la oferta, es la atención de las personas. La atención es deseada para una variedad de propósitos comerciales, políticos y de otro tipo, y se obtiene con la ayuda de vallas publicitarias, periódicos, radio y otra clase de anuncios publicitarios. La expropiación de la atención del público general y su venta y explotación comercial constituyen un negocio lucrativo. En algunos aspectos, este negocio pareciera tener similitudes con aquel de los capitalistas sin escrúpulos de la era medieval (*robber barons*) y, por lo tanto, pareciera ser un tema propicio para la prohibición por parte de un estado controlado democráticamente por aquellos a quienes se les roba la atención [traducción libre].

[2] Dado que la prioridad de todos los medios es **mantener a su audiencia en su entorno durante el mayor tiempo posible** a fin de extraer el mayor valor que puedan de ello (conocimiento detallado de los usuarios, exposición a publicidad etc.), **las plataformas más tradicionales y los jugadores audiovisuales compiten directamente para atraer visitantes** y son, en consecuencia, competidores directos en el mercado de pauta publicitaria [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

plataformas y la economía digital, entendiéndose a esta última como aquellos productos y servicios virtuales que son provistos a través de las redes de comunicación (Sartor, 2016), en particular en lo atinente a servicios *over-the-top* (en adelante, OTT). En un reciente estudio elaborado por la Comisión de Regulación de Comunicaciones de Colombia (en adelante, CRC), el organismo regulador precisó que, si bien no existe una definición unificada de servicios OTT, estos pueden ser entendidos como servicios de comunicaciones y aplicaciones de entrega de contenido e información a los que los usuarios finales acceden utilizando su propia conexión a Internet, sin la intervención de los operadores de telecomunicaciones tradicionales (2019, p. 30). De tal manera, los servicios OTT hacen referencia igualmente a los servicios de comunicaciones ofrecidos por un proveedor de servicios en línea (*v. gr*. servicios de voz, mensajes, multimedia y audiovisuales), así como a las plataformas que se encargan de su distribución. En este orden de ideas, resulta ineludible la relación colaborativa entre la economía digital y la economía creativa, pues gracias a su interrelación es posible el crecimiento acelerado en los modelos de negocios en el ámbito cultural (Oxford Economics, 2014).

Por su parte, Wu concluye que es el medio de distribución, no el contenido, lo que atrae la atención de los usuarios (2017). Por lo tanto, las agencias de protección de la competencia deben aplicar algún tipo de prueba Small but Significant Non-Transitory Increase in Price (SSNIP) para determinar si la atención de los usuarios se centra en las redes sociales, el video, o combinaciones limitadas de contenido cultural (Evans, 2013, p. 315). Sin embargo, esta apreciación no tiene en cuenta que el tiempo que los consumidores dedican a consumir medios no ha aumentado. El tiempo sigue siendo un recurso escaso a pesar de que el crecimiento provea más tiempo para el ocio. Lo que ha sucedido es que los consumidores han reducido el tiempo dedicado a leer periódicos, libros o escuchar radio, sustituyéndolo por entretenimiento en redes sociales, plataformas de video bajo demanda pagas (*Subscription Video on Demand*, en adelante, SVOD; o *Transactional Video on Demand*, en adelante, TVOD) y/o en música online, el aumento más notable de las capacidades de transmisión y multitarea (Waldfogel, 2018).

Múltiples autores han sostenido que las empresas que buscan la atención de los consumidores compiten entre ellas, en al menos algún grado, en productos ampliamente diferenciados. De forma que, si una empresa recibe más atención de un consumidor, otra recibe menos[3]. Esta situación se evidencia de forma amplia en las diferentes estadísticas de consumo de medios. Según datos de Zenith, durante los últimos años, la televisión ha perdido su rol protagónico en el consumo de tiempo diario por audiencias, en tanto que plataformas de videos en línea han sustituido y atraído la atención de los usuarios, frente al consumo de televisión tradicional (Rodríguez, 2018a). Esta tendencia —teniendo en cuenta que la persona promedio pasa aproximadamente ocho horas por día consumiendo medios (Rodríguez, 2018a)— no proviene exclusivamente de un incremento en el tiempo promedio de los consumidores en medios, sino por intermedio del **intercambio** del consumo de unos medios por otros. Mientras que en el 2011, el consumidor promedio destinaba 80 minutos a consumir contenidos por Internet; en el 2019, esta cifra se elevó a 170 minutos, igualando el tiempo promedio viendo televisión (Rodríguez, 2018a). Las tendencias de consumo no solo están mediadas por la intensidad de la competencia en el mercado de la publicidad, sino también por las preferencias y decisiones de consumo en el mercado de contenido, cuyo valor es atraer la atención de los consumidores.

En este orden de ideas, resulta ineludible la relación colaborativa entre la economía digital y la economía creativa, pues gracias a su interrelación es posible el crecimiento acelerado en los modelos de negocios en el ámbito cultural (Oxford Economics, 2014).

¿Cómo podemos medir la relación cruzada entre los mercados de medios y tener una teoría adecuada y sólida del daño en la aplicación de la normativa de competencia? ¿Cómo debemos diseñar aquella teoría que nos permita medir mejor el público y el tiempo que los usuarios dedican al consumo de productos audiovisuales, para así poder establecer una delimitación más acertada del mercado afectado?

En este contexto, las autoridades de competencia alrededor del mundo están bajo la presión y el escrutinio públicos, debido a que los desarrollos en los mercados de tecnologías de la información —para la distribución de contenido— han aumentado la preocupación de que la aplicación de la ley de competencia, tal como está concebida actualmente, no sea adecuada para su propósito. Si bien es cierto que las empresas de tecnología han crecido de forma importante en los últimos meses, no parece haber evidencia suficiente que indique que el tamaño —por sí solo— genere un problema a nivel de libre competencia, ya que la evidencia en los mercados de contenidos digitales sugiere, por el contrario, que ha habido un incremento en el bie-

[3] Véase Rodriguez (2018a).

nestar de los consumidores a pesar de la concentración de mercado[4]. Este aumento en el bienestar de los consumidores ha derivado de aspectos como la innovación acelerada que caracteriza al entorno digital, el constante ingreso de nuevos oferentes al mercado —lo que amplía la variedad de los contenidos disponibles—, y la provisión de servicios gratuitos —al menos en términos monetarios— que proporcionan notables beneficios a los consumidores, emanados, en parte, del mejor entendimiento de las preferencias de estos que adquieren las plataformas, a raíz de la información que aquellas recopilan sobre sus usuarios (Shier, 2018)[5].

El caso de los mercados de contenidos provee un importante y muy nutrido conjunto de posibles análisis que pueden sirven como base para construir una teoría del daño para los mercados dominados por la atención. En estos casos, el daño no debe medirse principalmente en términos de precios —como de forma indirecta lo hacen Wu o Evans— o por la contracción de la producción de contenidos u otros hipotéticos daños relacionados, sino con respecto a las limitaciones probables que los consumidores pueden tener para el acceso a una variedad de contenidos a los que prestar atención. Normalmente, la definición de un mercado es una cuestión de su sustituibilidad de un producto por otro producto. Esta aproximación simplemente lleva a una conclusión difícil: aunque no todo el contenido de la economía creativa proviene de la misma estructura de producción o de costos o tecnología de producción, todos los contenidos, al final, compiten por el tiempo de atención del consumidor (Evans, 2013, p. 314), independientemente de si el consumidor paga o no por ellos. Los consumidores pueden sustituir productos de atención, en muchos casos con indiferencia al precio, ya que todos representan medios diferentes para el entretenimiento o el tiempo libre del usuario[6].

De tal manera, el presente documento, dentro del ámbito de la economía creativa y de la producción de contenido, se centrará puntualmente en la industria de contenidos audiovisuales, por tratarse de uno de los sectores económicos que está experimentando grandes avances y una transformación acelerada, impulsado por el progreso tecnológico y los hábitos cambiantes de los consumidores. A lo anterior, se le suma el despliegue de las conexiones de Internet fijo e inalámbrico cada vez más rápidas y la proliferación de dispositivos de visualización multipantalla.

Como se explicará, la producción de contenido es un negocio global altamente competitivo, en donde los agentes de mercado buscan desarrollar contenido que atraiga espectadores que se enfrentan a múltiples alternativas de visualización. De hecho, en un mercado de contenidos diverso y saturado, el éxito suele ser impredecible: los proveedores pequeños y grandes, por igual, tienen la capacidad de producir éxitos y fracasos[7].

El mercado de producción y suministro de televisión es un mercado dinámico en el que existen fuertes presiones competitivas no solo porque hay muchos competidores tradicionales, sino también, porque el mercado está siendo influenciado por aplicaciones en línea y otras aplicaciones de medios digitales, "donde las necesidades de infraestructura ahora están estandarizadas y minimizadas y donde un único productor con un sitio web puede tener el mismo alcance [que los estudios]" (Ulin, 2014, p. 55).

## II. MERCADOS RELEVANTES: DISTRIBUCIÓN DE LA INDUSTRIA DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES Y PLATAFORMAS DIGITALES

La industria audiovisual se compone de un contenido audiovisual que comprende películas,



4 Véase Waldfogel (2018).

5 Según lo denota la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo (2018):

> El mercado de la radiodifusión televisiva ha evolucionado y, por tanto, es necesaria una mayor flexibilidad por lo que se refiere a las comunicaciones comerciales audiovisuales y, en particular, a las normas cuantitativas para los servicios de comunicación audiovisual lineales y al emplazamiento de producto. La aparición de nuevos servicios, incluso sin publicidad, ha conllevado una mayor libertad de elección para los espectadores, que pueden pasar fácilmente a ofertas alternativas (considerando 32) [el énfasis es nuestro].

6 Véase Evans:

> Antitrust analysis should therefore focus on competition for securing and delivering attention in considering market definition, market power, and competitive effects. Focusing on competition between specific products and services, rather than attention, could result in competition authorities and courts making either false-negative or false-positive errors in their decisions (2013, p. 314).
>
> El análisis antimonopolio debería [...] centrarse en la competencia para captar y entregar atención al considerar la definición de mercado, el poder de mercado y los efectos competitivos. Enfocarse en la competencia entre productos y servicios específicos, en lugar de la atención, podría resultar en que las autoridades de competencia y las cortes comentan errores de falsos-negativos o falsos-positivos en sus decisiones [traducción libre].

7 Al respecto, Waldfogel señala que

> Investors' inability to predict which products will succeed is not limited to movies; it's a generic feature of all of the cultural industries. Most musical albums fail, as do most books and new television shows. If the creative industries are to keep going, they must generate enough revenue to cover the costs of their successes and their failures (2018, posición 122).

**Figura 1. Estructura de la Industria de Contenido de Audiovisuales[8]**

Fuente: Departamento Nacional de Planeación (2016, p. 19)

deportes, series de televisión, documentales, entre otros. Este contenido es producido, empaquetado y distribuido por numerosos actores en la cadena de suministro (Figura 1). Teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia prevalente de las autoridades de competencia a nivel mundial, la cual considera la magnitud de la industria y los diferentes canales a través de los cuales el contenido llega al consumidor final, presentaremos a la industria audiovisual en dos cadenas de suministro diferentes: (i) la cadena de suministro de películas para teatros; y (ii) la cadena de suministro para contenido de televisión (incluyendo películas).

Como se explicará a continuación, las cadenas de valor de ambos productos audiovisuales se interrelacionan y se combinan, lo que permite que los activos utilizados para producir películas puedan, en determinadas circunstancias, utilizarse para producir contenido para televisión; o incluso, contenido para otras industrias no audiovisuales. Este enfoque permitirá un estudio más detallado de todos los mercados relevantes a la industria bajo examen.

El contenido audiovisual es producido (aguas arriba) por productores de medios, y distribuido en diferentes formatos por varios participantes (aguas abajo). El contenido puede ser exhibido en teatros o cines, difundido como video en casa y video por pedido, y ser agregado en ofertas de televisión (tales como canales de televisión y servicios *on-demand*). Se trata de una industria multinivel en la que múltiples participantes participan activamente en diversos niveles de la cadena de valor y la cual, en la actualidad, es desafiada por una ola de nuevos competidores.

### A. Dinámica competitiva en la industria de contenidos audiovisuales y plataformas digitales

En términos generales, si bien en materia de producción de contenido y de suministro de películas y series, y otros contenidos audiovisuales, existen diferencias en lo que respecta al papel que desempeñan jugadores locales o internacionales, en la mayoría de países del mundo occidental confluyen una gran cantidad de participantes globales y nacionales, combinado con una producción *in-house* por parte de proveedores de contenidos audiovisuales minoristas verticalmente integrados, y con participantes como Netflix, Amazon Prime y YouTube, cuya relevancia ha venido incrementando en los últimos años. Así, organizaciones multinacionales como Warner Media, Universal, Paramount, Sony, Lionsgate, The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox, compiten por la atención de los usuarios con proveedores nacionales y locales,

[8] *Electronic Sell-through* (en adelante, EST) se refiere a servicios de propiedad transaccional, por ejemplo, descargar para comprar, (el equivalente digital de un DVD, disponible en plataformas tales como iTunes de Apple y Amazon Prime). Como la ventana de *Home Entertainment* se abre antes y permanece abierta a través de las ventanas posteriores, EST está incluido en el diagrama con estos canales de distribución digital alternativos. Para completar, los distribuidores de películas también otorgan licencia para la proyección de películas por terceros en sitios que no son teatros (*v.gr.* aviones, hoteles y colegios).

revelando dinámicas distintas según las preferencias de los consumidores en cada país.

Por ejemplo, a nivel de servicios OTT de *Video on Demand* (en adelante, VoD), en el Reino Unido se destaca la importancia de los servicios públicos de radiodifusión (*public service broadcasting*) como la BBC, la cual, según un reciente estudio de Ampere Analysis, detenta el primer lugar entre la audiencia a través de su servicio de *Broadcasting Video on Demand* (en adelante, BVOD) (2019). De igual manera, las plataformas ITV Hub y All4, también ofrecidas por canales de televisión pública, ocupan el cuarto y quinto lugar (Ampere Analysis, 2019). En Alemania, Francia y Dinamarca, se observan dinámicas similares: los servicios BVOD de servicios de canales como ZDF, TV1 y DRTV ocupan el segundo (para los primeros dos casos) y tercer lugar en audiencias (Ampere Analysis, 2019). En contraste, en países como Estados Unidos, España y Colombia, YouTube lidera el mercado de servicios OTT de VoD, y en segundo lugar se encuentra Netflix, que lidera el mercado en México y Brasil[9].

En el mercado de servicios OTT de VoD, la dinámica competitiva es cada vez mayor, pues con el auge de servicios basados en Internet y de las nuevas tecnologías, se ha facilitado el ingreso de nuevos competidores al mercado de suministro de contenido audiovisual, lo que ha producido un incremento en la oferta de servicios audiovisuales minoristas que se proveen directo a los consumidores. Según Ampere Analysis, tales servicios representan más del 50% del tiempo de visualización reportado en diez de las economías más desarrolladas del mundo occidental[10] (2019). Este fenómeno se ha visto impulsado por tres factores que redundan en mayor conveniencia para los consumidores: (i) distribución, en la medida en que los usuarios pueden acceder al contenido vía Internet (por lo que puede visualizarse fuera del hogar y sin necesidad de instalación de equipos sofisticados); (ii) visualización, en tanto se puede acceder a la biblioteca del proveedor de video en cualquier momento; y (iii) precios menores y mayor flexibilidad en los contratos con los usuarios, dada la menor estructura de costos y la existencia de menos niveles (*tiers*) comparado con la televisión por suscripción (Ampere Analysis, 2019, p. 3).

Los servicios basados en Internet que ofrecen contenido directo a los consumidores pueden clasificarse en dos grandes grupos: (i) video bajo demanda financiado por publicidad (*Advertising Financed Video on Demand*, en adelante, AVOD); y (ii) video bajo demanda financiado por el usuario (*User Financed Video on Demand*, en adelante, PVOD). En este último es posible identificar dos modalidades: pague por ver (*pay-per-view*) o precio fijo (*flatrate pricing*) (Budzinski & Linstädt-Dreusicke, 2018, p. 5). Así, se incluyen dentro del primer grupo, AVOD, los servicios de Video Gratis Por Demanda (*Free Video on Demand*, en adelante, FVOD, *v.gr*. YouTube); y dentro del segundo, PVOD, los de Video Transaccional por Demanda (TVOD, *v.gr*. iTunes) y de Video por Suscripción por Demanda (SVOD, *v.gr.* Netflix). En adición a lo anterior, se encuentran los servicios de televisión abierta (*Free-to-Air,* en adelante, FTA*; v.gr*. Caracol, RCN, BBC), emisoras STV y sitios web de transmisión por demanda (*on-demand*).

Por otro lado, aguas abajo, en la distribución de películas para su exhibición en cines, el mercado está caracterizado por ostentar una competencia significativa por el espacio limitado de pantalla entre distribuidores internacionales, regionales y locales. En la práctica, sucede que los agentes de mercado fungen tanto como productores de contenido y de suministro, como de distribuidores de este; es decir, se presentan integraciones verticales para la distribución de películas. Igualmente, sucede que los productores de contenido y de suministro utilizan distribuidores externos independientes en algunos países, caso en el cual, los terceros independientes son los que contratan directamente con quienes exhiben las películas.

Asimismo, debe considerarse que varios agentes del mercado en el segmento de la distribución distribuyen su contenido al (i) agregarlo a sus propios canales lineales de marca, compitiendo con una variedad de ofertas de emisores públicos y privados y otros agrupadores de contenido; y (ii) al licenciarlo (por título, por paquete o por producto) a operadores de cable, proveedores minoristas de canales de televisión abierta y plataformas de televisión minorista. Este contenido compite con aquel que es producido por proveedores de canales y plataformas de televisión, y a su vez, con el que estos competidores obtienen de otros productores.

El sector audiovisual es dinámico y está experimentado una transformación acelerada, impulsada por avances tecnológicos y hábitos cambiantes de los consumidores. El despliegue de conexiones



9 Véase Comisión de Regulación de Comunicaciones (2020, pp. 24-28); SAI Derecho y Economía (2018, pp. 132-133); y Russo (2019).

10 Los países analizados son: Alemania, Dinamarca, España, EE. UU., Francia, Italia, Países Bajos, Polonia, Reino Unido y Suecia (Ampere Analysis, 2019).

**Figura 2. Contenido audiovisual para la cadena de valor de la oferta teatral.**

Fuente: Elaboración propia

de Internet fijo e inalámbrico cada vez más rápidas, el aumento exponencial en la distribución de todo tipo de contenido audiovisual y la proliferación de dispositivos de visualización multi-pantalla ha conducido a la entrada de nuevos competidores y modelos de negocio a nivel mundial, incluyendo un incremento significativo del contenido disponible para los consumidores y una mayor competencia entre los productores y distribuidores de contenido[11].

La tecnología está cambiando la oferta y la demanda en la industria. Por el lado de la oferta, la digitalización ha reducido las barreras para la creación y distribución de contenido. Por el lado de la demanda, dramáticas mejoras en los sistemas de audio y video para el hogar y la velocidad de la banda ancha han brindado a los consumidores muchas más opciones, llevando a los emisores a mejorar sus instalaciones de cines como respuesta a lo anterior.

Adicionalmente, con las mejoras en la infraestructura tecnológica para la entrega de contenido de video, incluida la distribución móvil, los consumidores esperan cada vez más, y están dispuestos a consumir contenido a pedido, bajo su control y conveniencia, dentro de una amplia gama de dispositivos y pantallas. Así las cosas, como lo ilustran estos servicios, los avances tecnológicos han incrementado considerablemente el número y diversidad de competidores en el sector audiovisual.

En este escenario, y en lo que concierne a las plataformas OTT, Ampere Analysis ha establecido que los niveles de ingresos no evidencian una fuerte correlación con el volumen de contenido ofrecido dentro de la plataforma; por el contrario, la exclusividad frente a contenidos clave (*v.gr.* eventos deportivos, películas y series populares) y la calidad del contenido son los factores determinantes del éxito de estos oferentes (2019, p. 10).

**B. Productos ofrecidos en la industria de contenidos audiovisuales y plataformas digitales**

1. Mercado de producción y suministro de películas para su presentación en cines

En primer lugar, debe resaltarse que el contenido audiovisual es realizado por los productores de medios y distribuido en una variedad de formatos diferentes por distintos actores de la cadena. En cuanto al mercado de películas para la presentación en teatros, este se compone de tres niveles, tal como se ilustra en la Figura 2.

a. *Producción y suministro de películas para presentación en teatro*

Este nivel de la cadena de suministro abarca la etapa de preproducción (preparatoria), etapa de producción (filmación y producción de video) y etapa de posproducción (edición y adición de efec-

[11] De igual manera, no debe desconocerse que la dinámica del sector también se ve afectada por la "piratería" de contenido audiovisual, que es una constante amenaza para los ingresos y las inversiones. Los avances tecnológicos pueden aumentar los riesgos que la piratería representa para los productores y distribuidores de contenido, lo que requiere un control constante y una inversión en medidas regulatorias para solucionarlo. Incluso podría llevar a una interrupción completa de la organización del mercado, como la que se ha presentado en la industria de la música en las últimas décadas

tos audiovisuales). En la cadena de valor teatral, la producción cinematográfica se monetiza mediante la distribución de películas en cines, donde los productores de cine pueden estar verticalmente integrados, en cuyo caso sus propias organizaciones de distribución supervisan la distribución de los cines.

Alternativamente, los productores de cine pueden celebrar contratos con un tercero distribuidor, quien puede ser el brazo de distribución de otro estudio cinematográfico o una compañía independiente a la que le proporcionarán derechos de distribución. Bajo este modelo, los productores de películas otorgan la licencia de los derechos de distribución para un país o territorio a los distribuidores locales o internacionales de películas (Radicación 12-226871, 2012).

Por un lado, con respecto a la distribución en teatros, la actividad económica del distribuidor está relacionada con la comercialización de la película, la negociación de los contratos de alquiler de la película con los presentadores y el recaudo de la tarifa de alquiler (*Caso M.1219, Seagram/Polygram,* 1998, párr. 44). El distribuidor también hace los acuerdos necesarios con relación a las copias de las películas entregadas a los teatros y otorga sublicencias de derechos de presentación a los presentadores, tales como operadores de teatros (*Caso M.2050*, *Vivendi/Canal+/Seagram,* 2000, párr. 16).

Por otro lado, en cuanto al suministro al por menor de contenido fílmico en teatros, los distribuidores a teatros otorgan sublicencias de derechos de presentación a presentadores de películas o minoristas, es decir, operadores de cine u operadores de cadenas de cine. La actividad económica de la presentación consiste en la comunicación pública de la película producida, a través de la presentación en cines. Es en esta última etapa de la cadena de suministro en donde la película producida o el contenido se da a conocer al consumidor final (Izquierdo Castillo, 2007, p. 72).

Por último, amerita destacar cómo el factor éxito juega un papel relevante en la participación de mercado de los agentes que desarrollan la actividad de suministro de películas para teatros. Según expresa la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, SIC) en su análisis de la reciente integración entre The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox: "las características de este mercado hacen que sea un negocio no previsible, pues, el poder de mercado que obtenga un agente (productores) no dependerá de sí mismo, sino del **éxito de las películas** que produce" (Resolución 92709, 2018, p. 26) [el énfasis es nuestro].

2. Mercado de contenidos de televisión

Por su parte, la cadena de suministro de la industria de la televisión se compone de tres niveles, como se ilustra en la Figura 3 a continuación.

a. *Producción y suministro de contenido de televisión*

El contenido de televisión puede contener una amplia gama de formas, incluidas las series de televisión, deportes en vivo, juegos, documentales, dibujos animados, eventos en vivo y películas. Los propietarios de derechos y productores de contenido comprenden una multiplicidad de actores internacionales y locales existentes, desde organizaciones deportivas hasta compañías de producción de televisión. Este nivel de la cadena de suministro incluye actores como Warner, Universal, Sony, Paramount, Lionsgate y otros, así como también participantes recientes, como Amazon y Netflix.

Por su parte, las plataformas de televisión se esfuerzan por crear una propuesta distintiva para atraer a los consumidores y anunciantes, ofreciendo sus servicios a través de diferentes modelos (como televisión por suscripción o televisión abierta) y diferentes medios de transmisión (como terrestre, por cable, por satélite o en Internet).

**Figura 3. Cadena de Valor del Suministro de Contenido de Televisión**

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, tomando la definición estipulada en la Ley 182 de 1995, por la cual se reglamenta el servicio de la televisión, la palabra 'televisión' hace referencia a un servicio de telecomunicaciones que ofrece programación dirigida al público en general o a una parte de él, que consiste en la emisión, transmisión, difusión, distribución, radiación y recepción de señales de audio y video de manera simultánea. Dichas transmisiones tradicionalmente toman la forma de servicios lineales gratuitos o de pago, en los que el horario y la secuencia de la programación está determinada por el presentador, pero que ahora también están ampliamente disponibles por pedido. Estos servicios no lineales les permiten a los consumidores ver el contenido después de la primera emisión, o seleccionar el programa que quieren ver desde un catálogo de contenido disponible, y cambiante.

Así, las compañías activas en la producción y suministro de contenido audiovisual para televisión producen dicho contenido, ya sea para: (i) el uso interno de sus propios canales de televisión o servicios de televisión al por menor si están integrados verticalmente en la operación y en el suministro al por mayor de canales de televisión y/o en el suministro al por menor de servicios de televisión (producción cautiva); o (ii) para el suministro a terceros clientes (producción no cautiva), que generalmente comprenden proveedores de canales de televisión, incluidos minoristas de servicios de televisión, que luego incorporan el contenido a los canales de televisión lineales (que proporcionan televisión que se ve según sea programada), u operadores de plataforma de contenido, que luego venden los contenidos de televisión a los usuarios finales de forma no lineal, incluso a través de Internet.

Ahora, el suministro a terceros clientes comprende una amplia variedad de formas: series de televisión, películas hechas para televisión, premios (como los premios Oscar), documentales, caricaturas, espectáculos de juegos, eventos en vivo, deportes y películas. Con respecto a esta última, después de la presentación en salas, la película podrá ser licenciada para su emisión o venta, siendo la televisión uno de los posibles puntos de distribución.

También se debe tener en cuenta que las inversiones en marketing para la versión inicial impulsan los mercados aguas abajo, por lo que el éxito de la película después de su estreno en salas depende del marketing inicial de la película (Ulin, 2014, pp. 38-42).

De igual modo, el contenido también tiene licencia para su distribución en servicios de televisión abierta. Estos servicios pueden ser recibidos por cualquier espectador dentro del rango de transmisión sin suscripción, y generalmente son publicitados o financiados con fondos públicos. A modo ilustrativo, en Colombia, alrededor del 60% del contenido de la televisión abierta se produce internamente (*in-house*), mientras que los proveedores de canales de televisión por suscripción adquieren la mayoría de su contenido por parte de terceros (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015, p. 12).

En cuanto a la población objetivo, esta es amplia y varía dependiendo del contenido audiovisual. Es importante señalar que, como concluye el estudio de mercado realizado por el Departamento Nacional de Planeación, la evolución de los servicios por pedido (*on-demand*) ha llevado a una nueva caracterización del perfil de consumo del contenido audiovisual (2016) y ha aumentado la disponibilidad y la visibilidad de alternativas para los consumidores. Cada vez es más común ver múltiples opciones disponibles una al lado de la otra, en la misma plataforma. Por ejemplo, Apple puede ofrecer simultáneamente a los consumidores la opción de comprar, alquilar o incluso mirar (es decir, reproducir) contenido de películas junto a series de televisión. En la misma línea, las recomendaciones de visualización de Netflix también presentan contenido de películas y series de televisión, paralelamente, en la misma plataforma.

Las empresas que producen contenido no específicamente destinado a la televisión tienen la capacidad de sustituir su oferta y participar en la producción de contenido de televisión, principalmente porque existe una similitud entre los procesos de producción de los diferentes contenidos. Desde una perspectiva de análisis de costos, se deben considerar dos factores: (i) "los estudios producen y financian proyectos dentro de una amplia gama de presupuestos" (Ulin, 2014, p. 29) [traducción libre]; y (ii) la tecnología ha reducido el costo de producción de contenidos, haciendo a esta industria accesible para una gama más amplia de compañías de producción.

En este sentido, el contenido televisivo puede ser elaborado por compañías de producción cinematográfica u otras productoras cuyo principal medio de comunicación no sea la televisión, desde aquellas que son independientes, hasta los grupos aliados para proyectos específicos y grandes estudios (Departamento Nacional de Planeación, 2016).

Además, gracias a que Internet actúa como un canal para la distribución de contenidos audiovisuales OTT, existen varios competidores nuevos, actuales y potenciales. El sector audiovisual está

en constante desarrollo y rápida innovación, impulsado por cambios fundamentales en el comportamiento del consumidor, la evolución tecnológica y la entrada agresiva de nuevos competidores. El contenido producido por el consumidor, disponible en plataformas como YouTube, Vimeo, Facebook y sitios locales para compartir videos está atrayendo cada vez más la atención de los espectadores, ejerciendo, por tanto, mayores presiones competitivas. El contenido producido para videojuegos (que incluye ver a otros jugando) también compite por la atención del espectador, y las investigaciones sugieren que, en el 2017, Twitch, la plataforma principal para ver este tipo de contenido ya contaba con más de 600 millones de espectadores (Valens, 2017). Al respecto, resulta pertinente traer a colación la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, la cual reconoce expresamente a los medios sociales como

> un importante medio para compartir información, entretener y educar, en particular mediante el acceso a programas y a vídeos generados por usuarios. Estos servicios de medios sociales deben incluirse en el ámbito de aplicación de la Directiva 2010/13/UE [Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual] porque **compiten por la misma audiencia e ingresos que los servicios de comunicación audiovisual** (2018, considerando 4) [el énfasis es nuestro][12].

De tal suerte, es posible aseverar que el contenido generado por el usuario, las series de televisión y las películas compiten por la atención del consumidor.

De igual manera, las series de televisión, los videojuegos y las películas, compiten para obtener dicha atención. Además, los proveedores de contenido no cinematográfico, como representaciones teatrales o musicales en vivo, ejercen una presión competitiva adicional para las películas exhibidas en teatros. Las proyecciones de este tipo de contenidos, que han sido posibles gracias a los avances tecnológicos que permiten transmisiones de banda ancha/satélite a los cines, son cada vez más populares para actuaciones de alto perfil y en áreas que no están cerca de eventos en vivo.

Por lo anterior, es posible afirmar que, entre otros, los servicios sustitutos para la producción cinematográfica son (i) los estudios que producen contenidos de televisión; (ii) las compañías productoras en general cuya salida primaria no son los teatros; (iii) los proveedores de contenido no cinematográfico, como distribución de representaciones teatrales o musicales en vivo; (iv) los productores de contenido en línea; y (v) el contenido producido por el consumidor.

Adicionalmente, hay muchos productores internacionales de contenido de alta calidad que participan en este mercado, incluidos Warner (y su filial HBO), Universal, CBS, Sony y Lionsgate. Sin embargo, el éxito pasado no proporciona ninguna garantía de éxitos futuros, incluso para los productores establecidos: Minority Report (21CF), American Odyssey (NBC), Game of Silence (NBC), Camelot (Starz), Containment (Warner) y Of Kings and Prophets (ABC) son ejemplos de fracasos televisivos recientes que fueron cancelados antes o al final de su primera temporada.

Recientes entrantes al mercado como Netflix, con Stranger Things y diversos otros títulos, y Amazon Prime producen una gran cantidad de contenido original para televisión. Apple recientemente ingresó al mercado con su servicio Apple TV+, el cual se compone en un porcentaje significativo por contenido original, y YouTube, que es parte del grupo empresarial Alphabet, el cual controla Google, también está produciendo cada vez más contenido original, tanto para su plataforma de acceso gratuito como para su servicio de suscripción YouTube Red.

Además, el contenido producido por los mismos usuarios, que está disponible en plataformas como YouTube, Vimeo, Facebook y sitios nacionales para compartir videos, está captando cada vez más atención de los televidentes y, por lo tanto, ejerce una presión competitiva significativa.

b. *Operación y suministro mayorista de canales de televisión*

Los canales de televisión mayoristas ofrecen a los operadores de cable contenido audiovisual organizado en una secuencia lineal, bien produciendo su propio contenido audiovisual o bien licenciándolo de terceros. Dichos canales también ofrecen espacio publicitario a terceros. Los canales lineales están distribuidos a través de plataformas de televisión abierta que suministran canales a los consumidores sin costo, a través de plataformas de

[12] Así, en tanto el ofrecimiento de programas y videos generados por los usuarios represente una funcionalidad esencial del servicio de los medios/redes sociales, es decir, cuando no se trate de una funcionalidad meramente accesoria o constituya una parte mínima de las actividades del servicio; el mismo se sujetará a las obligaciones aplicadas a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual por virtud de la Directiva referida. Véase la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo (2018, considerando 5).

televisión por suscripción (en las que el espectador debe pagar una tarifa de suscripción), o como servicios OTT.

Por su parte, los proveedores de canales de televisión adquieren el contenido de terceros y lo empaquetan en canales de marca; de este modo, pueden crear contenido no lineal para ser usado a través de servicios de VoD. En este eslabón de la cadena de suministro, los proveedores de televisión abierta también deben estar incluidos, dado que constituyen un insumo para las plataformas de televisión por suscripción (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015, p. 12), afirmación que cobra fuerza en aquellas jurisdicciones que establecen obligaciones de *must-carry* y/o *must-offer* en los mercados de radiodifusión. Por ejemplo, la obligación de los proveedores de televisión por suscripción de ofrecer, dentro de sus paquetes de canales, los canales de televisión abierta, y la obligación de éstos de suministrar sus contenidos a los primeros, respectivamente[13].

Además de la transmisión de televisión abierta y televisión por suscripción, los canales de televisión son distribuidos a través de soluciones basadas en Internet. Aunque esta modalidad de transmisión se encuentra en las primeras etapas de desarrollo en América Latina, existen varios servicios de transmisión libre (OTT) que ya se ofrecen en la región, tales como DirecTV Play, Claro Video, HBO Go, al igual que servicios de los proveedores locales, por ejemplo, Caracol Play en Colombia y OiTV en Brasil.

Por ende, según lo analizado por el Departamento Nacional de Planeación, la distribución de contenido puede hacerse a través de la televisión u OTT, mediante aplicaciones o páginas web (2016). En este sentido, los proveedores de contenido tienen numerosos medios alternativos a los que pueden otorgar licencias de contenidos audiovisuales, incluidos otros proveedores de canales (Caracol Televisión, RCN Televisión, Discovery Networks, entre otros), minoristas tradicionales de televisión (*v.gr.* DirecTV, Claro, Movistar), y el número cada vez mayor de nuevos jugadores OTT (*v.gr*. Netflix, Movistar Video, Caracol Play, WinSports Online, Claro Video, Apple TV).

De hecho, debido a las nuevas plataformas de distribución, los servicios tradicionales de este rubro han tenido la necesidad de innovar para hacer frente a la nueva presión competitiva (Departamento Nacional de Planeación, 2016). Ello ha llevado al Departamento Nacional de Planeación a concluir que el crecimiento y desarrollo de las plataformas de transmisión libre (OTT) en un escenario de competencia directa con los modelos tradicionales de televisión ha generado un cambio en la cadena de valor tradicional del contenido audiovisual. En el caso colombiano, este cambio en el segmento de distribución del mercado se evidencia por el hecho de que los operadores de servicios tradicionales están ingresando en modelos de negocios basados en Internet:

> Aunque las cifras no coinciden entre sí, el estudio que proporcionó las estadísticas más controvertidas fue el desarrollado por IMS y ComScore. Según este estudio, en Colombia hay más usuarios viendo Videos por Pedido que televisión abierta (80% frente a 66%). Esto significa que las plataformas como Youtube y Netflix tienen más espectadores que los canales tradicionales [...]. De hecho, los canales tradicionales también se han visto afectados por los efectos del video por pedido, que cada vez aleja más a los usuarios de televisión (Semana, 2016)[14].

Sobre la base de lo anterior, se puede sostener que, entre otros, estos son los productos sustitutos de los canales de televisión:

1. Video independiente por pedido (*Standalone Free Video on Demand*, FVOD, *v.gr.* YouTube), el cual es gratuito para el espectador, es decir, se puede acceder sin el pago de una tarifa de suscripción, pero al igual que otros canales de televisión abierta, obtienen importantes ingresos de publicidad, que remunera a los productores de contenido;

2. Entretenimiento en el hogar, en forma de productos físicos (como DVD y Blu-Ray) o venta electrónica directa (EST), que permite a los consumidores descargar una copia digital de la película para su propiedad o

[13] A nivel regional, ejemplos de estas disposiciones de encuentran en México y Chile, en donde se aplican ambas previsiones, y Colombia y Brasil, en donde existe una obligación de *must-carry* en cabeza de los proveedores de televisión por suscripción.

[14] Asimismo, el artículo señala que

> [e]l estudio de IMS y ComScore reveló que los colombianos dedican buena parte de su tiempo libre a ver video en su celular. Los smartphones, según el diagnóstico, "se utilizan en promedio 6,2 horas para ver video digital, casi la mitad del tiempo total dedicado a videos, mientras que los computadores acaparan 4,8 horas y las TV conectadas 4,5 horas" (Semana, 2016).

adquirir derechos ilimitados para transmitir el contenido desde una plataforma digital o depósito de almacenamiento virtual (*virtual storage locker*);

3. Video Transaccional por Pedido (*Transactional Video on Demand*, TVOD, *v.gr*. iTunes), que es un 'alquiler digital' que permite a los usuarios acceder a la película por un período limitado, a cambio de un pago único;

4. Video de suscripción por pedido (*Subscription Video on Demand*, SVOD, *v.gr.* Netflix), en el que el consumidor paga una tarifa de suscripción para acceder a una biblioteca de contenido.

Por último, es importante precisar que, por lo general, la aproximación al mercado de suministro mayorista de canales de televisión no se ha hecho de modo segmentado por géneros (*v.gr*. deportes, ciencia, historia, documentales, infantiles, noticias, etc.), pues ello puede desconocer la realidad del mercado, donde tanto minoristas (operadores de televisión) como consumidores finales (espectadores) buscan acceso a una amplia gama de contenidos[15]. Según lo expresa el Instituto Federal de Telecomunicaciones México (en adelante, IFT), en su análisis de la reciente operación de integración entre The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox, las categorías programáticas son complementarias en la provisión de contenidos audiovisuales a los usuarios finales, en tanto la motivación subyacente a estos al adquirir servicios de televisión —de pago— es ampliar el espectro de opciones de contenidos y canales a su disposición (Acuerdo P/IFT/110319/122, 2019, pp. 68-71).

En efecto, tanto los operadores de televisión abierta como cerrada generalmente adquieren (y/o producen) un amplio portafolio de géneros y programas audiovisuales para asegurar paquetes atractivos que satisfagan los múltiples intereses de los consumidores finales y obtener así mayores niveles de audiencia. La mixtura de géneros es, por tanto, la base de la competencia en el mercado minorista de canales de televisión y, de manera general, ningún género, por sí solo, tiene la habilidad de determinar el comportamiento del consumidor final.

c. *Suministro de espacio publicitario*

Los medios de comunicación, en este caso la televisión, son el vehículo usado para transmitir la publicidad de la persona o de la compañía, pública o privada, interesada en informar o promocionar la existencia de sus bienes, productos o servicios (Resolución 20065, 2010). Los canales de televisión compiten con otras compañías de medios por los ingresos del mercado de publicidad, no solamente con otros canales de televisión sino también con otros medios de comunicación tales como periódicos, radio y revistas (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015, p. 54).

La SIC ha considerado que el suministro de espacio publicitario a través de diferentes medios constituye un mercado único dado el alto grado de sustituibilidad debido al efecto que el cambio de precios relativos tiene sobre la demanda (Radicación 17-192278, 2017). En efecto, al analizar solo los medios digitales, se han realizado estudios concluyentes que demuestran el impacto positivo que tiene el cambio de los precios relativos de la publicidad en los medios digitales en la demanda de publicidad en medios no digitales.

Por su parte, Goldfarb y Tucker concluyen en su estudio que el mercado no digital podría disciplinar el mercado digital (2011). Por otro lado, según Ratliff y Rubinfield, la evidencia empírica sugiere que la publicidad digital limita los precios de la publicidad no digital (2010). En este sentido, debido al fenómeno de convergencia de medios y plataformas, el suministro de espacio publicitario a través de diferentes medios (revistas, radio, aplicaciones y periódicos) debe considerarse como un sustituto del espacio publicitario televisivo (Radicación 16-335436, 2016).

Además, el estudio de mercado realizado por el Departamento Nacional de Planeación evidenció que la entrada de nuevos medios digitales (especialmente los servicios OTT) ha llevado a la migración de anuncios de medios tradicionales a medios digitales. Esto significa que la entrada de nuevos medios digitales que permiten el acceso al contenido audiovisual ha tenido efectos en la capacidad de la televisión abierta (y, en esa lógica, la televisión en general) para generar

[15] Al respecto, pueden consultarse las siguientes decisiones de autoridades de competencia: la Resolución 92709 (2018) de la Superintendencia de Industria y Comercio (Caso *The Walt Disney Company-Twenty-first Century Fox*); la Comunicación de la Superintendencia de Industria y Comercio con Radicación 17-360642-1 (2017) (Caso *Discovery Communications Inc.–Scripps Networks Interactive Inc.*); El Estudio Económico de la Superintendencia de Industria y Comercio con Radicación 17-38927 (2017) (Caso *AT&T Inc. y Time Warner Inc.*); la Comunicación de la Superintendencia de Industria y Comercio con Radicación 13-225821-2 (2013) (Caso *Fox Laptv L.L.C.–Paramount Laptv Inc.*); y el Informe de aprobación de la Fiscalía Nacional Económica del Caso *The Walt Disney Company-Twenty-First Century Fox* (Rol de la causa FNE F155-2018, 2019).

ingresos a través del ofrecimiento de espacios publicitarios (Departamento Nacional de Planeación, 2016).

Por lo anterior, es posible afirmar que, entre otros, los servicios sustitutos para el suministro de espacio publicitario son: (i) publicidad a través de la radio; (ii) publicidad a través de revistas; (iii) publicidad a través de posters; (iv) publicidad a través de periódicos; (v) publicidad en vallas publicitarias y publicidad exterior en general; (vi) publicidad a través de páginas web; (vii) publicidad a través de aplicaciones (Waze, Game apps); (viii) publicidad en salas de cine; y (ix) publicidad a través de redes sociales (Facebook, Instagram).

Puntualmente la televisión por suscripción se enfrenta a una fuerte competencia en el mercado de suministro de espacio publicitario, por dos motivos: (i) la publicidad no es su principal actividad económica; y (ii) la audiencia de la televisión por suscripción no es lo suficientemente significativa como para atraer más inversión en publicidad. De hecho, a diferencia de la televisión abierta (FTA TV), donde la publicidad corresponde a alrededor del 80% de sus ingresos totales, los canales de televisión por suscripción (Pay TV) no dependen principalmente de la publicidad (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015, p. 54). Además, como se trata de un mercado de dos lados, la capacidad de un canal para vender espacios publicitarios depende de su capacidad para atraer espectadores (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2016, p. 51).

d. *Suministro minorista de contenido de televisión*

Los minoristas de contenido de televisión —tales como Claro, DirecTV, Movistar— obtienen licencias para transmitir los canales de televisión por parte de proveedores mayoristas y los agregan para ser vendidos como paquete al consumidor final (paquete de canales) (Departamento Nacional de Planeación, 2016). En este espacio también se encuentran canales de televisión abierta, ya que entregan su señal a los consumidores finales sin cargo alguno. Los proveedores de contenido en línea, como Netflix, compran y producen contenido para ser distribuido como OTT.

3. Otros mercados relevantes dentro de la industria audiovisual

Para concluir con los mercados relevantes enmarcados en la industria de contenido audiovisual, cabe advertir que las firmas que ofrecen productos circunscritos a los mercados de producción y suministro de películas para su presentación en cines y al mercado de contenidos de televisión, usualmente, también participan en mercados conexos. Es decir, las firmas que compiten en la industria de contenidos audiovisuales se desenvuelven igualmente en mercados como (i) el mercado de productos de consumo; (ii) el mercado de libros y revistas; (iii) el mercado de licenciamiento de derechos musicales; y (iv) el mercado de licenciamiento de contenido para desarrolladores de videojuegos, entre otros.

En el mercado de productos de consumo, participan agentes a través de licencias de derechos de propiedad intelectual para la fabricación de una amplia gama de productos de consumo tales como: juguetes, vestuario y calzado, textiles para el hogar, cuidado de salud y belleza, relojes y joyería, papelería, etc. Por otro lado, en el mercado de libros y revistas, es común que los productores de contenidos audiovisuales otorguen licencias sobre los derechos de libros y revistas a editores en el país, pudiéndose suscribir los contratos por fuera de Colombia.

En el mercado de licenciamiento de derechos musicales, los agentes desarrollan, producen, comercializan y distribuyen música grabada en el mundo entero. Estos agentes igualmente pueden participar en los mercados antes mencionados. Lo anterior incluye tanto la música que contratan para sus películas y programas de televisión, como la música que se graba y distribuye por o en nombre de sus respectivos sellos musicales.

Así, las editoras musicales pueden estar activas en dos niveles de la cadena de valor. Aguas arriba, suministran servicios de publicidad para artistas. Estos servicios incluyen la firma de artistas y la provisión de apoyo tanto financiero, como de comercialización y de carrera. Como contrapartida a estos servicios, los artistas transfieren los derechos de su obra musical a la editora u otorgan a esa editora un interés económico en la obra musical, de este modo, le conceden, a su vez, el derecho de obtener una porción de las regalías recaudadas.

Aguas abajo, las editoras musicales participan en la explotación de las obras de los artistas en el desarrollo de sus contratos y durante un periodo después del vencimiento del contrato (denominado periodo de retención). En ese nivel, otorgan directamente licencias de uso de las obras musicales a usuarios contra el pago de regalías, o reciben una parte de las regalías recaudadas por las compañías recaudadoras (por las licencias emitidas por las compañías) por la promoción del trabajo del artista.

## III. PLATAFORMAS Y MERCADOS AUDIOVISUALES DE CARA AL RÉGIMEN DE LIBRE COMPETENCIA

Como se ha mencionado a lo largo de este documento, la industria de producción y suministro de contenido audiovisual es una industria altamente competitiva. Esto ha sido reconocido recientemente por la SIC, en la revisión de la adquisición de Time Warner por AT&T, al afirmar sobre la oferta de canales de televisión lo siguiente:

> "En cuanto a los competidores, en el mercado mayorista [oferta de canales de televisión] hay un número significante de participantes internacionales, además de varios canales nacionales abiertos de televisión (privados, regionales o institucionales)" (Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 92709, p. 14).

Adicionalmente, teniendo en consideración el estudio realizado por la CRC, utilizado por la SIC como insumo para el Estudio Económico preparado para la transacción entre AT&T y Time Warner, el mercado para el suministro mayorista de canales de televisión está fragmentado, razón por la cual las probabilidades de prácticas restrictivas de la competencia derivadas de ejercicios de poder de mercado por parte de agentes particulares son bajas (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2015, p. 36).

Así las cosas, cabe aseverar que, aguas arriba, existe una multiplicidad de productores y proveedores de contenido televisivo que compiten fuertemente entre sí (*v.gr*. Warner, Universal, Sony, Paramount y Lionsgate a nivel mundial y Caracol, RCN, Teleset, y RTI a nivel local), todos produciendo contenido de alta calidad, innovadores y altamente demandados. Estas opciones de contenido pueden ser ofrecidas a través de una amplia variedad de canales. En consecuencia, aguas abajo, en el mercado de distribución minorista de contenido de televisión, los consumidores tradicionales (televisión abierta y televisión por suscripción minoristas) tienen un extenso catálogo de productos y proveedores de los cuales elegir, junto con su propia producción audiovisual/de canales.

Dichos operadores de televisión en Colombia, muchos de ellos panregionales, son consumidores fuertes con un alto poder de negociación, al tener la mayor audiencia (caso de los operadores de televisión abierta privada: Caracol y RCN) y/o pertenecer a importantes conglomerados empresariales globales, por ejemplo, DirecTV es parte de AT&T y su conglomerado recientemente adquirido Time Warner Inc.

Ahora bien, siendo este el tema objeto de análisis en este capítulo, es trascendental comprender que en la actualidad se presenta una disrupción en el mercado audiovisual, de radio y de música, por la entrada y fuerte crecimiento de nuevos proveedores de contenido audiovisual basados en internet (OTT). Lo anterior genera que este mercado se encuentre aún más dinamizado, pues los operadores basados en Internet ejercen una presión competitiva importante, que cambia las dinámicas del mercado, como se desarrollará a continuación.

Así, los servicios OTT han permitido la difusión del consumo de contenido, mercados audiovisuales globales, una mayor posibilidad de elección y nuevas oportunidades para los creadores de contenido (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2019, p. 30).

### A. Sobre la competencia ejercida por operadores basados en Internet

En secciones precedentes se puso de relieve cómo los cambios tecnológicos están impactando la dinámica del mercado minorista de contenidos audiovisuales, particularmente el mercado minorista de contenidos de televisión. Los avances en tecnologías de transmisión como el *streaming,* que requieren menor ancho de banda y se prestan a precios asequibles, y la creciente apropiación de teléfonos inteligentes, ha permitido que servicios de suscripción de video bajo demanda (SVOD) (*v.gr.* Netflix, Amazon, YouTube, Twitter, Claro Video, Movistar Play), transmisión de video bajo demanda (TVOD) (*v.gr.* Apple) y otros OTT, compitan con mayor eficacia y resultados con los servicios tradicionales de TV.

Efectivamente, los operadores OTT, varios con un músculo financiero superior a los operadores tradicionales, ofrecen un catálogo (y competencia) sin precedentes en cuanto a opciones audiovisuales. En respuesta, los operadores lineales tradicionales, como los FTA —con las plataformas en línea de Caracol y RCN en Colombia, la plataforma BBC iPlayer en Reino Unido, o MyTF1 en Francia—, y los operadores de televisión por suscripción —como HBO GO, DirecTV Play, Claro Video, WinSport, Movistar Play, etc.— han desarrollado servicios y aplicaciones a pedido para usar en computadoras, Smart TV, dispositivos móviles y tabletas, que aumentan sus servicios de transmisión y compiten con los servicios puros (OTT), como los que brindan Facebook, Netflix, Amazon, Apple y Google.

Por ejemplo, los operadores FTA ofrecen sitios web y aplicaciones de transmisión en línea gratuitos, abiertos a cualquier usuario de Internet. Los consumidores pueden usar estos sitios y aplicaciones

para ver el contenido de cada operador en el sitio relevante, en vivo o de manera diferida (servicio de *catch-up*), pues las principales redes FTA generalmente cargan su contenido en sus plataformas poco después de su emisión. Por su parte, los operadores de televisión restringida generalmente limitan sus plataformas de transmisión por Internet a sus propios usuarios, como es el caso de DirecTV Play, Claro Video, etc.

En los últimos años, tanto a nivel académico como a nivel regulatorio, en decisiones de las agencias de competencia (particularmente en el ámbito del ejercicio del control *ex ante* de concentraciones empresariales) y en estudios de mercado desarrollados o comisionados por reguladores sectoriales como la CRC colombiana, el IFT mexicano y la Oficina de Comunicaciones del Reino Unido (OFCOM), se ha debatido sobre la adecuada definición de los mercados relevantes en la industria de contenidos audiovisuales. En particular, se ha analizado si los servicios de video bajo demanda OTT deberían considerarse complementos o sustitutos[16] de la televisión tradicional (abierta o por suscripción).

Las posiciones no han sido unánimes. En el más reciente estudio del mercado de servicios OTT elaborado por la CRC, la autoridad no encontró evidencia significativa que apuntara hacia un fenómeno de *cord-cutting* por parte de los usuarios de los servicios de televisión por suscripción (*i.e*. cuando éstos deciden cancelar sus planes y únicamente consumir contenidos VoD), y, además, encontró que las categorías de contenido consumidas por los usuarios varían entre la televisión por suscripción y los servicios OTT[17]. Todo ello, en su concepto, sugiere que entre los servicios OTT y la televisión por suscripción existe una relación de complementariedad (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, pp. 33-37). Dicha relación se ve más claramente en lo que atañe a los servicios de VoD pagos (principalmente, por suscripción, siendo Netflix el jugador más importante en el contexto colombiano), en particular, en lo relacionado a canales *premium* de televisión por suscripción (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 39)[18]. En lo alusivo a la televisión abierta, la CRC destaca cómo no existe evidencia de una afectación al consumo de la televisión pública ante la mayor demanda por servicios OTT de VoD e incluso, destaca cómo la televisión digital terrestre (en adelante, TDT), aumentó en términos de cobertura entre 2018 y 2019 (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 61).

En atención a lo anterior, cabe advertir que la CRC no descarta una posible existencia de sustituibilidad entre los servicios antedichos, pues, **pese a no existir, en su concepto, competencia basada en el precio entre los mismos, sí reconoce que rivalizan por la atención de las audiencias** (el tiempo de la gente) (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 61)[19]. Lo anterior hace factible que las plataformas OTT ejerzan presiones competitivas sobre los servicios de televisión tradicionales en mercados conexos, tales como el mercado de pauta publicitaria (Slaughter and May, 2018), que según se vio en acápites precedentes de este documento, ha sido reconocido por las autoridades de competencia y la literatura económica como un

[16] Los complementos son productos que son consumidos de manera conjunta por los consumidores, de manera que la demanda por ambos productos se ve afectada de una misma manera por variaciones en el precio de cualquiera de ellos (*i.e*. si el precio de uno disminuye, incrementa la demanda por ambos productos, y si el precio de alguno aumenta, sucede lo propio con la demanda por ambos productos). Los productos sustitutos son aquellos que son considerados intercambiables por los consumidores, en atención a sus características, sus precios y su supuesto uso. Ante fluctuaciones en el precio de cualquiera de los productos sustitutos, la demanda por el otro se ve afectada a través de una relación inversa; es decir, si disminuye el precio de uno de los productos, la demanda por el otro se reduce, mientras que, si el precio de uno de los productos se eleva, la demanda por el sustituto incrementa.

[17] La CRC identificó que el contenido más consumido a través de la televisión digital terrestre (abierta) son las novelas, seguido por las noticias. Tratándose de la televisión por suscripción, los contenidos más consumidores son noticias, seguidos por *realities*. A su turno, en las plataformas AVOD, los musicales tienen mayor preeminencia entre el público colombiano, mientras que en las plataformas PVOD, las series prevalecen (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 34).

[18] En el acápite de conclusiones, el informe expresa:

> En lo que respecta a los servicios audiovisuales, la estimación de los modelos econométricos de aquellos que se prestan en línea demostró que un hogar que use OTT de video tiene una mayor probabilidad de suscribirse a TV por suscripción, sugiriendo una eventual complementariedad entre estos dos servicios, sin embargo, no es contundente la relación entre los OTT de video pagos y la TV por suscripción (nivel de significancia al 10% y coeficiente muy bajo). Los hogares que usen OTT de video y OTT de video pagos tienen una mayor probabilidad de suscribirse a TV por suscripción *premium*, principalmente, en los estratos 4, 5 y 6 (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 61).

[19] Un estudio realizado por Slaughter and May (2018) resalta cómo, al menos en el contexto europeo, es común que los usuarios intercalen su consumo de contenidos audiovisuales entre diferentes tipos de plataformas, lo que incluye servicios de televisión abierta, televisión por suscripción y servicios de VoD o SVOD. Así,

> **cada uno de estos servicios competirá por la atención del usuario** (que también significa competir por el contenido más atractivo para atraer al usuario). El bloqueo de los consumidores [lock-in] claramente no es un inconveniente cuando los consumidores consumen contenidos en múltiples plataformas [multi-home] en este grado (traducción libre de los autores; corchetes y resaltado fuera del texto) (Slaughter & May, 2018, p. 9) [traducción libre] [el énfasis es nuestro].

mercado en el que efectivamente compiten medios de comunicación tradicionales como revistas y sitios web de noticias, canales de televisión, redes sociales, juegos y otras aplicaciones móviles, entre otros. En el entorno de plataformas audiovisuales, cabe advertir que la competencia por la atención de las audiencias puede resultar particularmente intensa tratándose de los servicios financiados por publicidad (como el AVOD), en los cuales se ha considerado que, si bien los usuarios no pagan un valor monetario por acceder al contenido, sí pagan en cierta medida con su atención y con la información personal que entregan a la plataforma[20].

En línea similar a la adoptada por la CRC, la Fiscalía Nacional Económica de Chile (en adelante, FNE), en su evaluación de la reciente integración entre The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox, aseveró que las plataformas OTT no compiten con la televisión de pago, comoquiera que ambos servicios responden a diferentes preferencias de los consumidores. En consecuencia, en opinión de la autoridad de competencia chilena, se trata de productos complementarios (Informe de aprobación, Rol de causa FNE F155-2018, 2019, párrs. 26-27). Adicionalmente, destaca cómo el mercado de video bajo demanda OTT se encuentra menos desarrollado de lo que sucede en otros países, mencionando como ejemplo a Estados Unidos, lo que resulta de especial relevancia tratándose de eventos en vivo (Informe de aprobación, Rol de causa FNE F155-2018, 2019, párr. 27). Puntualiza la autoridad que, en tales casos:

> […] las plataformas OTT se enfrentan a un desafío adicional, ya que no se trata de almacenar contenidos para ser visualizados en tiempos diferidos, sino que se requiere de la capacidad necesaria para exhibir programación en tiempo real, que será visualizado por una audiencia relevante en simultáneo. Ello requiere de un desarrollo tecnológico adicional, capaz de evitar que el aumento en tráfico para una misma plataforma genere disminuciones en la calidad de la transmisión, o incluso apagones por la existencia de un tráfico excedido (Informe de aprobación, Rol de causa FNE F155-2018, 2019, párr. 27).

En concordancia con el razonamiento anterior, el IFT, en algunas decisiones de control previo de integraciones, ha argumentado que los servicios OTT no podrían ser considerados sustitutos de los servicios de televisión y audio restringido (en adelante, STAR). En concreto, en el análisis de la concentración entre AT&T y Time Warner, el regulador mexicano señaló que, aun cuando mediaban similitudes entre los servicios OTT y de STAR, en ese momento (mediados de 2017) no podía predicarse la existencia de sustituibilidad alguna en atención a dos factores: (i) su disponibilidad y (ii) los costos de acceso para los usuarios finales (Acuerdo P/IFT/150817/487, 2017, p. 76). Así, dado que para acceder a los servicios OTT es indispensable pagar por una conexión a Internet de banda ancha y que el nivel de penetración de banda ancha en el país era bajo y asimétrico (a nivel geográfico) para ese entonces, no toda la población tenía la posibilidad de acceder a los servicios OTT y de STAR en simultáneo, descartándose así cualquier posibilidad de sustitución (Acuerdo P/IFT/150817/487, 2017, p. 76).

Sin embargo, en años recientes, se puede apreciar una postura más ponderada por parte del IFT. En su documento "Visión regulatoria de las telecomunicaciones y la radiodifusión 2019-2023", al abordar la temática de los servicios OTT, no descarta que los mismos puedan llegar a constituir sustitutos de los servicios tradicionales de telecomunicaciones y de contenido audiovisual (Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2018, pp. 32-33). Para la entidad, resulta pertinente examinar las implicaciones del crecimiento de los servicios OTT en los mercados de telecomunicaciones y radiodifusión,



Texto original:

> A typical viewer will multi-home and switch consumption regularly between different providers. In Europe many consumers will (i) watch free TV; (ii) watch Pay TV; and (iii) use more than one VOD or SVOD service (in the UK and Germany the average VOD household now subscribes to two VOD services), including by renting out content via socalled 'transactional VOD'. Each of these services will be competing for the viewer's attention (which also means competing for the most attractive content to attract the viewer). Consumer lock-in is clearly not an issue where consumers multi-home to this degree.

[20] Esta idea se ve reflejada el estudio de la Competition and Markets Authority del Reino Unido, el cual asevera que

> [a]unque los consumidores no pagan dinero por estos servicios [gratuitos], se puede considerar que pagan por ellos al entregar a la plataforma su atención e información sobre ellos mismos. Las plataformas financiadas por medio de publicidad pueden combinar la atención de sus usuarios con información contextual o personal que tengan sobre ellos para entregar anuncios muy específicos, que son altamente demandados por los anunciantes (2019, p. 36) [traducción libre].

Texto original:

> Although consumers do not pay money for these services, they can be considered to pay for them by giving the platform their attention and data about themselves. Advertising-funded platforms are able to combine the attention of their users with contextual or personal information they have about them to serve highly-targeted adverts, which are in high demand by advertisers.

Al respecto, también véase Cabrera Blázquez *et al.* (2016, pp. 19-23).

y la posibilidad de que tales servicios representen complementos **o sustitutos** de los productos ofrecidos en los segundos, máxime si se considera el aumento en la cantidad y la calidad de las conexiones de Internet de banda ancha fija y móvil, condición necesaria para la creciente adopción y apropiación de servicios de OTT de VoD (Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2018, pp. 32-33)[21]. A su turno, en el "Estudio sobre el mercado de contenidos audiovisuales y relaciones verticales en la industria de telecomunicaciones" (2018), se resalta lo siguiente:

> Dada la dinámica de crecimiento que muestran los servicios de Video OTT, el análisis de sustituibilidad debe hacerse con un enfoque prospectivo tomando en cuenta la evolución esperada del mercado, con énfasis en el estudio de las barreras que puedan enfrentar los servicios SVOD para competir con la TV de paga. El crecimiento observado de estos servicios en México **muestra una tendencia a la reducción y posible eliminación de estas barreras, lo cual impondrá una presión competitiva creciente sobre los proveedores de TV** (SAI Derecho y Economía, 2018, párr. 464) [el énfasis es nuestro].

Ahora bien, en el contexto de la Unión Europea y Estados Unidos, han existido posiciones disímiles en relación con esta temática. En el ámbito europeo, un estudio preparado para la Comisión Europea, publicado en 2014, establece que los servicios de video bajo demanda por suscripción (SVOD) pueden llegar a verse como complementos o sustitutos de la televisión por suscripción (European Audiovisual Observatory, 2014, p. 149). Sin embargo, recientemente, en su examen de la operación de integración entre The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox, la autoridad estimó que la distribución de contenido para entretenimiento en casa a través de medios físicos/convencionales constituía un mercado producto distinto a la distribución de contenido para entretenimiento en casa digital (*Caso M.8785, The Walt Disney Company/Twenty-First Century Fox*, 2018, párr. 50). Adicionalmente, en lo que atañe al mercado de licenciamiento de contenido audiovisual, advirtió cómo la segmentación en función del tipo de contenido y el **medio de exhibición** (*exhibition window*), continuaba siendo relevante para los productores, radiodifusores y distribuidores minoristas (*Caso M.8785, The Walt Disney Company/Twenty-First Century Fox*, 2018, párr. 69).

Cabe en todo caso mencionar que, tratándose del mercado de distribución minorista de contenido audiovisual, la Comisión no arribó a una conclusión definitiva en torno a la factibilidad de sustitución entre servicios OTT y servicios de televisión de pago, pero tampoco fue necesaria una evaluación más a fondo en tanto no hubiera afectado sus conclusiones respecto de la conformidad de la transacción con el ordenamiento de competencia regional (*Caso M.8785, The Walt Disney Company/Twenty-First Century Fox*, 2018, párrs. 97-99). Ello no es óbice para compartir algunas de las apreciaciones realizadas por agentes de la industria encuestados en el curso del análisis de mercado. Así, se manifestó que los servicios de video bajo demanda por suscripción (SVOD) constituyen un complemento de paquetes de televisión por suscripción básicos, al paso que otro agente de mercado denotó que los jugadores OTT están adquiriendo un volumen de contenido significativo, por lo cual compiten directamente con su servicio *premium* de televisión por suscripción (*Caso M.8785, The Walt Disney Company/Twenty-First Century Fox*, 2018, párrs. 97-99).

Por último, se traerá a colación un caso bastante sonado en Estados Unidos, dada la integración vertical que se generó entre un Proveedor de Servicio de Internet –ISP, por sus siglas en inglés– y un productor y distribuidor de contenidos audiovisuales. Hacemos referencia a la integración entre AT&T y Time Warner, la cual fue aprobada, sin condicionamientos, por la Corte del Distrito de Columbia en junio de 2018 (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros*, 2018). Dicha sentencia reconoce en forma expresa que los programadores y distribuidores locales se están enfrentando a una **competencia acrecentada** por parte de servicios OTT innovadores, que incluyen SVOD y MVPD[22] virtuales, quienes se be-

[21] Respecto de la relevancia que revisten la disponibilidad y calidad de los servicios de Internet de banda ancha en la actividad económica de las plataformas audiovisuales OTT, en la Resolución por virtud de la cual se aprueba la concentración entre AT&T y Time Warner, expresa el IFT lo siguiente:

> La gestión de los proveedores de servicios de Internet y la fijación de precios de los servicios de banda ancha pueden afectar a los distribuidores de programación de video en línea. En particular, los distribuidores de programación de video OTT podrían verse perjudicados competitivamente si los proveedores de servicios de Internet (ISP, por las siglas en inglés de *Internet Service Provider*) retrasaran o afectaran de la entrega del video que transita por sus redes (Acuerdo P/IFT/150817/487, 2017, p. 47).

Esta postura es reiterada en la reciente decisión de aprobación, bajo condiciones, de la integración entre The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox (Acuerdo P/IFT/110319/122, 2019, p. 51).

[22] Distribuidores Programadores de video Multi-canal, o *Multi-channel Video Progamming Distributors*. Un MVPD virtual suministra múltiples canales de televisión a través de Internet sin proveer su propia infraestructura de transporte de datos, como cable coaxial, fibra óptica o tecnología satelital. Ejemplos de estos proveedores son DirecTV Now, YouTube TV y Hulu Live. Véase, Engelson (2018).

nefician de la integración vertical que permite llevar a cabo la creación, agregación y distribución de contenido *in-house* (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros*, 2018, pp. 18-19).

Según el fallo, la integración vertical antedicha trae dos beneficios sustanciales para los proveedores de contenido audiovisual mediante OTT: (i) reduce la posibilidad de que surjan desacuerdos en la negociación para la adquisición de licencias y derechos sobre contenidos, entre distribuidores mayoristas/programadores y distribuidores minoristas (*bargaining friction*); y (ii) la distribución que se efectúa sobre Internet permite a los proveedores de SVOD acceder a datos valiosos sobre sus clientes (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros*, 2018, pp. 19-20). Este segundo aspecto deviene particularmente relevante, comoquiera que el acceso a los datos de visualización de los consumidores permite a las plataformas OTT (i) determinar qué tipo de contenidos tienen mayor popularidad, priorizando su inversión en generar más cantidad de dichos contenidos; (ii) incide en la efectividad de los esfuerzos de mercadeo frente a los consumidores, y permite a los proveedores hacer recomendaciones de contenido basadas en las preferencias que éstos han revelado según los contenidos visualizados previamente; (iii) permite a las plataformas enviar publicidad dirigida a los consumidores, lo que la hace más atractiva frente a anunciantes (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros,* 2018, pp. 19-20).

Asimismo, la sentencia denota cómo las presiones competitivas generadas por los prestadores de servicios de SVOD se trasladan al ámbito de la producción y la atracción de talento para la creación de contenidos como películas y series, lo que incrementa los costos enfrentados por productores de contenido audiovisual tradicionales (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros,* 2018 p. 23). Por lo demás, esta anotación también la destaca el estudio de Ampere Analysis (2019) sobre el mercado de VoD en Reino Unido, referenciado en varias secciones del presente artículo. Ampere Analysis sostiene que los jugadores internacionales consolidados en el mercado, como Netflix y Amazon Prime podrán beneficiarse de economías de escala que les permitirá mejorar las ofertas de firmas locales o más pequeñas para la adquisición de talento, mercadeo, producción y adquisición de contenidos[23].

Como contrapartida a la creciente innovación de las plataformas OTT, la providencia menciona la constante disminución de ingresos experimentada por proveedores de televisión por suscripción tradicionales, resaltando la creciente tendencia al *cord-cutting* y *cord-shaving*[24] en Estados Unidos, en donde los usuarios de televisión de pago cancelan o recortan (respectivamente) sus suscripciones a favor de servicios prestados por OTT (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros,* 2018, p. 22). Muestra de este fenómeno es el creciente ofrecimiento de servicios virtuales de MVPD (lineales) o de VoD en sentido estricto por parte de los operadores de televisión por suscripción, como una alternativa para complementar su oferta convencional y atender la demanda ascendente por servicios audiovisuales que puedan verse en cualquier momento y lugar.

En vista de todo lo expuesto, el fallo colige que las plataformas de video OTT (y las SVOD en particular), compiten directamente con proveedores tradicionales de servicios de televisión por suscripción en la medida en que **compiten por el tiempo (limitado) dedicado a entretenimiento de las personas** (*Estados Unidos c. AT&T Inc., y otros*, 2018 pp. 24-25)*, i.e.* por su atención, según hemos planteado a lo largo del presente documento.

Pues bien, el análisis hasta aquí efectuado permite concluir que, la complementariedad o sustituibilidad de los servicios de video bajo demanda OTT pueden ser sustitutos de la televisión abierta o la televisión por suscripción —y, por tanto, competir directamente con estas—, dependiendo de **las condiciones particulares del mercado de referencia que se esté analizando**. Teniendo en cuenta que el acceso a **un servicio de Internet de banda ancha de calidad** es un prerrequisito para el disfrute de gran parte de los contenidos sobre los cuales rivalizan los operadores tradicionales de televisión (*v.gr*. películas, series, documentales y



[23] Según señala el estudio de Ampere Analysis:

> Se pueden llegar a acuerdos a nivel internacional, en todo el negocio: el contenido original se puede producir con una audiencia de decenas de millones de suscriptores; la distribución global puede ser prometida y apalancada en el marco de adquisiciones de contenido; y cientos de países pueden estar cubiertos cuando se logren acuerdos para licenciar aplicaciones a agregadores como fabricantes de Smart TVs o de dispositivos de streaming (2019, p. 14) [traducción libre].

Texto original:

> Deals can be struck on an international basis, across the entire business: originals can be produced with an audience of tens of millions of subscribers; global distribution can be promised and leveraged in content acquisitions; and hundreds of countries can be covered when striking deals to license applications to aggregators such as Smart TV or streaming device manufacturers.

[24] El fenómeno del *cord-shaving* alude a la reducción del gasto en las suscripciones de televisión a favor de los servicios audiovisuales en línea (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020).

otros contenidos factuales/culturales), siendo de especial importancia para la transmisión de eventos en vivo como eventos deportivos, será más probable que exista relación de sustitución en aquellos mercados en los que existan niveles altos de penetración de servicios de Internet de banda ancha, sin que existan amplias disparidades entre regiones (*v.gr*. ciudades capitales vs. sector rural).

Asimismo, deviene fundamental considerar el **grado de penetración de dispositivos** que soporten el consumo de los contenidos ofrecidos por plataformas OTT de VoD, como Smart TV, teléfonos móviles, computadores y dispositivos de *streaming* como el Apple TV y el Amazon Firestick. De lo contrario, difícilmente podría hablarse de una competencia efectiva por la atención y tiempo dedicado al entretenimiento de los consumidores, cuando una buena parte de la audiencia potencial no tiene posibilidad de acceder a un servicio de Internet de calidad, y a dispositivos que permitan conectarse al mismo, para disfrutar de los contenidos suministrados por las plataformas OTT.

Ahora bien, ello no es óbice para reconocer que los servicios de video bajo demanda OTT, cuando menos, actúan como complementos frente a los servicios de FTA y televisión por suscripción, pues permiten que los consumidores accedan a una gran diversidad de contenidos desde una multiplicidad de dispositivos, en cualquier lugar en que se encuentren, eliminando las limitaciones propias del modelo de televisión con programación y horarios predefinidos. En cierta medida, podría sostenerse que, en los mercados en los cuales estos servicios se erigen en complementos y no sustitutos de la televisión tradicional (o donde se presenta más el fenómeno de *cord-shaving* que el *cord-cutting*), ello obedece no sólo a las limitaciones en la penetración de Internet de banda ancha de calidad, sino a las ofertas comerciales de los operadores tradicionales (puntualmente, de los operadores de televisión por suscripción), los cuales suelen ofrecer descuentos sustanciales por la adquisición de servicios empaquetados de telefonía fija, Internet fijo y televisión, aplicando precios elevados a las ofertas que involucren en servicio de Internet exclusivamente[25].

Como comentario final, cabe considerar que, bajo estas dinámicas competitivas, podrían emerger nuevas barreras a la entrada y permanencia de los agentes que concurren a estos mercados. Budzinski y Lindstädt-Dreusicke aseveran que, si bien la escasez de espectro electromagnético no constituye un obstáculo relevante de cara a los servicios de *streaming* (como sí es el caso para los proveedores tradicionales de televisión, *v.gr.* FTA), el acceso a una amplia gama de contenidos de calidad, que resulten atractivos para los consumidores, puede erigirse en una barrera de entrada en tanto dichos contenidos pueden verse limitados en su disponibilidad (*v.gr.* a raíz de cláusulas de exclusividad), o los precios de licenciamiento pueden resultar en exceso elevados para firmas que no cuenten con un músculo financiero significativo (2018, p. 28).

En este punto, es oportuno recordar el estudio de Ampere Analysis, según el cual, los servicios de video bajo demanda de alcance internacional (*v.gr.* Netflix, Amazon Prime, YouTube) podrían adquirir ventajas competitivas frente a plataformas VoD locales, puesto que, debido a su músculo financiero y posicionamiento en el mercado, podrían detentar mayor poder en las negociaciones para la adquisición de contenido en mercados aguas arriba, al paso que podrían ser preferidos por agrupadores de contenido (como fabricantes de *Smart TV* y otros dispositivos de *streaming*) dada su mayor influencia frente a los consumidores (2019, p. 14). Igualmente, el tamaño y el alcance global de plataformas OTT de VoD incrementaría el rango de audiencia al cual podrían acceder (lo que puede resultar de particular interés para proveedores enfocados en contenido de nicho, que carece de grandes audiencias potenciales), y permitiría a los proveedores OTT amortizar sus gastos en tecnología en un mercado más amplio (Ampere Analysis, 2019, p. 22).

Con todo, al tratarse de una industria que está en constante cambio, el análisis de dichas barreras (y la posibilidad que puedan tener de impedir una competencia efectiva en los mercados asociados a contenidos audiovisuales) deberá efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta factores como la participación y poder de mercado de las empresas que concurren a los mercados relevantes, el poder de negociación de los productores y oferentes de contenido, las preferencias actuales de los consumidores y la estructura de costos (*v.gr.* si los costos hundidos son representativos).

[25] Concluye la CRC:

> […] [E]l empaquetamiento al interior de los servicios que se prestan podría estar jugando un papel importante en la ausencia del fenómeno de cord-shaving. Más aún, el empaquetamiento entre servicios (voz y mensajes, o voz, mensajes y televisión, por ejemplo) podría explicar que no se presenta sustitución de servicios audiovisuales tradicionales por servicios a través de plataformas en línea, esto es, cord-cutting (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 63).

### B. Competencia en la industria de contenido audiovisual deportivo y la dinámica de los operadores OTT

En recientes decisiones, distintas autoridades de competencia en ejercicio del control *ex ante* de concentraciones empresariales (destacándose el caso *The Walt Disney Company–Twenty-First Century Fox*), han analizado de manera detallada las condiciones de competencia en mercados asociados a contenidos deportivos, por tratarse de una categoría programática especial con impacto significativo en otros eslabones de la cadena de valor y mercados conexos como el de pauta publicitaria. En estos casos, asumen, de forma errada, que el contenido deportivo no compite con otros tipos de contenido. Y el yerro consiste en que, al segmentar el contenido, por el tipo de contenido, no determinan de forma particular la capacidad que tiene cierto tipo de contenido de captar la atención de los demás tipos de contenido.

Así se refleja en la evaluación del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, donde la principal preocupación frente a la integración fue precisamente que la misma combinaría dos de las cadenas de canales deportivos más importantes en ese mercado geográfico: la franquicia de ESPN, controlada por The Walt Disney Company, y veintidós cadenas regionales deportivas de propiedad de Twenty-First Century Fox (*Estados Unidos c. The Walt Disney Company y Twenty-first Century Fox*, 2018). El Departamento de Justicia destacó que la existencia de canales que ofrezcan contenido deportivo en vivo dentro de los paquetes ofrecidos a los consumidores finales es un factor **determinante** al momento de adquirir servicios de televisión por suscripción (*Estados Unidos c. The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox*, 2018, pp. 5-6).

Así pues, en concepto de la entidad, existía un riesgo de que, corolario del mayor poder de negociación que ostentaría The Walt Disney Company en la reventa de contenidos deportivos, en calidad de operador mayorista, se presentara un alza en el valor de las licencias para la transmisión —y retransmisión— de dichos contenidos adquiridas por distribuidores minoristas, lo que se trasladaría a los consumidores finales mediante precios más elevados para los servicios de televisión por suscripción. Lo anterior, comoquiera que, atendiendo al atractivo de determinados contenidos deportivos[26], la entidad integrada podría amenazar a los distribuidores minoristas con la eliminación simultánea de sus canales (ESPN más las RSN de Fox) de su parrilla de programación (*blackout*), haciendo que los últimos se vieran conminados a acceder a los términos contractuales de The Walt Disney Company para no perder su clientela (*Estados Unidos c. The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox*, 2018, p. 7).

Esto podría articularse con el precedente *NCAA c. Board of Regents of the University of Oklahoma* (1984), en el cual la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció, respecto de los partidos de fútbol americano interuniversitario, que la emisión televisiva de los mismos, por resultar **especialmente atractivos** para los fanáticos del deporte, genera una audiencia única y singularmente llamativa para anunciantes publicitarios y para las cadenas de televisión, las últimas en su calidad de clientes de los titulares de los derechos sobre el contenido (usualmente, ligas y equipos de fútbol). Ello implica que las programaciones alternativas que se ofrezcan en televisión en la misma franja horaria no puedan, en la práctica, cautivar a una audiencia de igual magnitud. En este sentido, para las cadenas que realizan la emisión, y los anunciantes interesados en adquirir espacios publicitarios de dichas cadenas, no existen sustitutos efectivos frente a tales partidos. En consecuencia, los titulares de los derechos sobre el contenido deportivo detentan también un poder de mercado significativo que puede influenciar los precios cobrados a los consumidores finales por los servicios de televisión por suscripción, al igual que los precios cobrados a los anunciantes de pauta publicitaria por los operadores mayoristas de contenidos para televisión.

Bajo la misma línea, el análisis del IFT de México, denota cómo los contenidos audiovisuales deportivos, a diferencia de otro tipo de contenidos que, según se vio en la Sección II, no conforman mercados producto independientes dado el interés de los consumidores en acceder a una amplia gama de contenidos y canales, "[…] son no replicables y tienen un valor perenne. La versión de máximo valor ocurre cuando se transmiten de manera simultánea al evento a partir del cual se crea. Las

[26] En el caso concreto, las veintidós RSNs de propiedad de Fox licenciaban derechos locales y regionales para la transmisión televisiva en vivo del 48% de equipos profesionales de los Estados Unidos en tres de las cuatro ligas deportivas principales del país: Major League Baseball (MLB), National Basketball Association (NBA) y National Hockey League (NHL). Específicamente, las RSNs de Fox controlaban los derechos de transmisión del 50% de los equipos de la MLB, del 57% de los equipos de la NBA, y el 39% de la NHL. Véase, *Estados Unidos c. The Walt Disney Company y Twenty-first Century Fox* (2018, p. 4).

[27] Además de ingresos por publicidad elevados, en tanto la atención que captan estos contenidos es constante (y se mantiene incluso durante las inserciones publicitarias).

transmisiones diferidas en temporalidad pierden valor significativamente" (Acuerdo P/IFT/110319/122, 2019, p. 88). Bajo esta perspectiva, los contenidos audiovisuales deportivos *premium*, debido a su potencialidad para atraer altos niveles de audiencia[27], y a su atributo de escasez derivado de su no replicabilidad, generan una demanda estable que se ha traducido en un aumento significativo en la adquisición —y el precio— de derechos de transmisión para distintas ventanas de visualización (*v.gr*. televisión de pago, televisión abierta, OTT que ofrecen video bajo demanda) (Acuerdo P/IFT/110319/122, 2019, p. 88).

Finalmente, el análisis de la FNE también reconoce que, dada la importancia que los consumidores chilenos atribuyen a los contenidos deportivos (en especial, el fútbol en vivo), los canales que los transmiten ejercen una influencia trascendental en mercados descendentes, en concreto, en la contratación del servicio de televisión por suscripción (Informe de aprobación, Rol de causa FNE F155-2018, 2019, párr. 18). Empero, pese a que la transacción conllevaba la agregación de los canales deportivos de The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox y, de contera, un eventual incremento en el poder de negociación del agente integrado, la autoridad no impuso condicionamientos en este ámbito. Lo anterior, debido a que (i) en el mediano plazo, el mercado para la adquisición de derechos de transmisión era contestable, debido a que los derechos suelen asignarse por términos de tres a cinco años[28]; (ii) existían dificultades técnicas para implementar una orden de desinversión dado el alcance regional de algunos de los derechos de transmisión en dicho momento detentados por ambas compañías; y (iii) por último, en vista del "fuerte dinamismo existente en la industria de consumo audiovisual […], que se evidencia en la introducción de nuevas tecnologías y nuevas formas de transmisión de contenido" (Informe de aprobación, Rol de causa FNE F155-2018, 2019, párrs. 122-123).

Efectivamente, en materia de contenido deportivo, la competencia producida por los operadores OTT es especialmente relevante. Los nuevos jugadores compiten activamente en la adquisición de derechos de transmisión para eventos deportivos, especialmente Facebook (UEFA Champions League[29] y Copa Libertadores de la Conmebol[30]), IMG con su Serie A Pass (Liga italiana)[31] y Amazon (Premier League[32] y juegos de la NFL). También cabe mencionar que las ligas deportivas están comenzando a lanzar sus propios servicios de transmisión, para entregar directamente el contenido a los consumidores finales, como la NBA (liga estadounidense de baloncesto), NFL (liga estadounidense de fútbol americano), MBL (liga estadounidense de béisbol), ATP (tenis profesional masculino) y Juegos Olímpicos. Incluso, algunos deportistas están firmando millonarios acuerdos con plataformas OTT para la transmisión de eventos deportivos en los que participan, como es el caso del boxeador Saúl Canelo Álvarez quien a finales de 2018 firmó con la plataforma DAZN un contrato por 365 millones de dólares[33].

Un ejemplo importante por la intensa y creciente competencia en esta industria es el de Facebook: esta exitosa red social se está convirtiendo en un operador OTT y ya ha ganado derechos de transmisión para la Champions League, cuyos partidos transmite en directo y de manera gratuita. Asimismo, resulta relevante resaltar que Facebook ha expresado su deseo de seguir penetrando el mercado de contenido audiovisual deportivo con otros eventos de reconocimiento global y regional. Concretamente, en Latinoamérica, Facebook ha contratado al cofundador de Esporte Interativo de Brasil, Leonardo Cesar, para ser el Director de Contenido Deportivo para América Latina, lo cual demuestra su intención de penetrar directamente este mercado en la región, iniciando con la transmisión de la Copa Libertadores. No en vano esta red social ocupa el tercer lugar a nivel de audiencias de VoD en España, y el quinto en Francia y Estados Unidos (Ampere Analysis, 2019, p. 7), y con su transmisión de la Copa Libertadores, tiene el potencial de atraer mayor demanda de parte de consumidores latinoamericanos.

De tal forma, no hay que subestimar la cada vez mayor penetración de las plataformas basadas en Internet que desde hace varios años vienen compitiendo con mucha fuerza en el mercado audiovisual, quienes, además de estar transformado el mercado audiovisual a escala global, inciden directamente en su contestabilidad. Al final de cuentas, incluso en el escenario en que se pensara que la concentración de contenidos deportivos en un

[28] La decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio es consonante con esta tesis de contestabilidad del mercado. Véase, la Resolución 92709 de la Superintendencia de Industria y Comercio (2018, pp. 33-35).

[29] Véase, EFE (2018).

[30] Véase, Blanco (2018).

[31] Véase, Portafolio (2018).

[32] Véase, AP (2018).

[33] Véase, Rodríguez, S. (2018b) y Corbella (2018).

único agente reduce el bienestar del consumidor, esta apreciación desestima que los consumidores tienen múltiples formas de acceder a contenido, y que las productoras de este compiten particularmente por la atención de los consumidores independientemente del tipo de contenido (Evans, 2013, p. 317). Si insistimos en que la atención es una cantidad limitada de tiempo de visualización (Budzinski & Lindstädt-Dreusicke, 2018), en tanto el tiempo es limitado y el contenido audiovisual es básicamente ilimitado, los productores, independientemente del tipo de contenido, seguirán compitiendo por el tiempo que los consumidores asignan para prestar atención al mismo. No tener esa perspectiva en cuenta, hace de cualquier análisis de estos mercados, inocuo.

## IV. CONCLUSIONES

En la actualidad, es dable aseverar que cada vez más son las empresas que compiten por el tiempo que los consumidores dedican a prestar atención al contenido. Este enfoque hace que el alcance de la competencia en la economía cultural y creativa sea mucho más intenso, y que las definiciones convencionales de mercados relevantes de producto, que trazan líneas divisorias basadas en criterios como las tecnologías de transmisión, o los contenidos que comercializan, puedan resultar insuficientes para captar la realidad del entorno competitivo.

Bajo la misma perspectiva, una teoría del daño en la economía cultural y creativa no debe medirse principalmente en términos de precios, producción reducida u otros daños relacionados con el dinero, sino las posibles limitaciones del consumidor para acceder a una variedad de productos culturales a los que prestar atención, mediante prácticas como el cierre de mercados (*v.gr*. originadas en estrategias de *blackout* de contenidos relevantes), cláusulas de exclusividad anticompetitivas o ventas atadas, entre otras.

Dentro del ámbito de la economía naranja, es decir del sector de la economía que recoge aquellas actividades que tienen su origen en la creatividad y que genera riqueza a través de la explotación de la propiedad intelectual, este artículo se centra en la industria de contenidos audiovisuales. Como se ha visto, esta industria está caracterizada en la actualidad por su dinámica competitiva cambiante, en razón a que la tecnología está modificando la oferta y la demanda. Por el lado de la oferta, la digitalización ha reducido las barreras para la creación y distribución de contenido. Por el lado de la demanda, el cada vez más fácil acceso a Internet de banda ancha y las mejoras en la infraestructura tecnológica, han permitido una proliferación en las opciones de los consumidores.

De lo anterior se desprende que la producción de contenido es un negocio global altamente competido, en donde los agentes de mercado buscan desarrollar contenido que atraiga espectadores que se enfrentan a múltiples alternativas de visualización. Igualmente, debe decirse que se trata de una industria multinivel en la que múltiples participantes están activos en diversos eslabones de la cadena de valor y que, en la actualidad, está siendo desafiada por una ola de nuevos competidores; en efecto, el mercado está siendo influenciado por aplicaciones en línea y otras aplicaciones de medios digitales. Así, por ejemplo, a nivel de producción de contenido y de suministro de películas y series, entre otros contenidos audiovisuales, la dinámica competitiva se ha disparado en los últimos años debido a la Internet, a las nuevas tecnologías, y por ende a los hábitos cambiantes de los consumidores. Por lo anterior, se ha facilitado la entrada de nuevos competidores al mercado, incluyendo los servicios de Video Gratis Por Demanda, Video Transaccional por Demanda, Video por Suscripción por Demanda, entre otros.

La dinámica competitiva en la industria de contenidos audiovisuales y plataformas digitales antedicha tiene un impacto evidente en los productos ofrecidos. A raíz de la proliferación de servicios de transmisión de contenidos a través de Internet, de la evolución de los servicios por pedido y la visibilidad de alternativas para los consumidores, es posible sostener que cada vez es más común ver múltiples opciones disponibles una al lado de la otra, de hecho, en la misma plataforma (*v.gr*. Apple ofrece en su plataforma tanto la opción de compra, de alquiler o de simple reproducción del contenido). De tal suerte, tanto la dinámica competitiva como el aumento en los productos ofrecidos en la industria de contenidos audiovisuales y las plataformas digitales evidencian nuevamente, como se mencionó, que la competencia gira en torno a la atención de los consumidores.

En este contexto, este artículo ha explorado la definición de mercados relevantes que tradicionalmente han acogido los organismos reguladores y las autoridades de competencia, complementándola con la inclusión de servicios OTT de video bajo demanda como factibles sustitutos o, cuando menos, complementos de los servicios de televisión abierta y televisión por suscripción. De igual forma, se analizó una categoría particular de contenido (contenidos deportivos), con miras a demostrar, por un lado, su incidencia en la competitividad de la oferta de los operadores audiovisuales en mercados aguas abajo, y de otro, la intensa competencia que existe entre proveedores de televisión abierta, proveedores de televisión por suscripción y plataformas OTT para adquirir los derechos de

transmisión y ofrecerlos en los mercados mayoristas y/o minoristas.

Al respecto, y en aras de establecer una definición de mercado producto más acertada con relación a los mercados de la economía naranja (y puntalmente, de la industria de contenidos audiovisuales), se colige que un factor determinante para la inclusión de los servicios OTT como sustitutos de los servicios tradicionales de televisión será el nivel de penetración de Internet de banda ancha de calidad en un país específico (o en una región dentro del mismo, en caso de que proceda una definición más estrecha del mercado geográfico), y de dispositivos que soporten el consumo de contenidos OTT, de suerte que los consumidores efectivamente puedan incluir, dentro de los servicios que compiten por su atención/tiempo dedicado al entretenimiento, a estos medios digitales. Estos dos factores, a su turno, estarán determinados por la asequibilidad de los servicios de acceso a Internet de alta velocidad y los dispositivos habilitados para transmitir contenidos audiovisuales OTT.

Además de este constreñimiento estructural, será importante tener en cuenta las preferencias —declaradas y reveladas— de los consumidores en un mercado geográfico dado, lo que incluye considerar los niveles de audiencia e ingresos percibidos por los proveedores tradicionales y los servicios OTT como indicador de relevancia de ambos servicios en la mente de los consumidores.

Por ejemplo, Estados Unidos ha sido reconocido como uno de los mercados en donde la sustituibilidad entre productos de televisión tradicional y servicios OTT, a raíz de fenómenos como el *cord-cutting* y el *cord-shaving*, sumado a los altos niveles de penetración de la Internet de banda ancha y los dispositivos para visualizar contenidos OTT, puede ser más factible. Sin embargo, sobre la base de las proyecciones de eMarketer, citadas en el reciente estudio publicado por la CRC, es posible afirmar que, en las regiones de Asia-Pacífico (donde el uso de servicios OTT audiovisuales supera con creces los de las demás regiones) y América Latina, las cuales tienen mayores proyecciones de crecimiento entre 2019 y 2023 (Comisión de Regulación de Comunicaciones, 2020, p. 9), podrían llegar a encontrarse fenómenos de sustitución entre jugadores tradicionales y los OTT, siempre que las condiciones de penetración de Internet y dispositivos conectados estén dadas.

Por último, no debe olvidarse que, salvo por algunas excepciones puntuales relacionadas con la transmisión de eventos deportivos de interés nacional, en los mercados de distribución minorista de contenidos audiovisuales (en donde actúan proveedores FTA, de televisión paga y OTT), los consumidores buscan acceder a la mayor variedad posible de contenidos de calidad, por lo que no es dable establecer mercados producto diferenciados basados en el contenido ofrecido. Este principio sirve de fundamento para determinar definiciones más amplias de mercado, lo que facilita la inclusión de servicios OTT en el mismo, junto con una teoría del daño asociada a las limitaciones injustificadas que podrían tener los consumidores para acceder a dicha variedad de contenidos y ocupar así su atención.

**REFERENCIAS**


Ampere Analysis (2019). *The UK VoD market. Current status and future developments*. Estudio comisionado por OFCOM. https://www.ofcom.org.uk/__data/assets/pdf_file/0026/149075/ampere-analysis-current-status-future-development.pdf

AP (7 de junio de 2018). Amazon compra derechos para transmitir partidos de la Premier League. *El Economista*. https://www.eleconomista.com.mx/tecnologia/Amazon-compra-derechos-para-transmitir-partidos-de-la-Premier-League--20180607-0042.html

Batura, O., Van Gorp, N., & Larouche, P. (2015). *Online Platforms and the EU Digital Single Market: A response to the call for evidence by the House of Lords Internal Market Sub-Committee*. e-Conomics.

Blanco, T. (5 de octubre de 2018). Desde el próximo año, Facebook transmitirá la Copa Libertadores. *El Espectador*. https://www.elespectador.com/deportes/futbol-internacional/desde-el-proximo-ano-facebook-transmitira-la-copa-libertadores/

BOP Consulting (2010). *Guía práctica para mapear las industrias creativas.* British Council. https://cerlalc.org/wp-content/uploads/publicaciones/olb/PUBLICACIONES_ODAI_Guia-practica-para-mapear-las-industrias-creativas_v1_010110.pdf

Budzinski, O., & Lindstädt-Dreusicke, N. (2018). The New Media Economics of Video-on-Demand Markets: Lessons for Competition Policy. *Ilmenau Economics Discussion Papers*, *24*(116). https://ssrn.com/abstract=3276036

Buitrago Restrepo, F. & Duque Márquez, I. (2013). *La economía naranja: Una oportunidad infinita.* Banco Interamericano de Desarrollo.

Cabrera Blázquez F.J., Cappello M., Grece C., & Valais S. (2016). *VOD, platforms and OTT: which promotion obligations for European works?* IRIS Plus, European Audiovisual Observatory. https://rm.coe.int/1680783489

Comisión de Regulación de Comunicaciones (2015). *Mercados audiovisuales en un entorno convergente*.

(2016). *Análisis de Mercados Audiovisuales en un Entorno Convergente*. https://www.crcom.gov.co/recursos_user/2016/Actividades_regulatorias/analisis_mercados_audiov/160401_Documento_Amarillo.pdf

(2019). *El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia.* https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/ESTUDIO-OTT-COLOMBIA.pdf

(2020). *El rol de los servicios OTT en el sector de las comunicaciones en Colombia – Año 2019*. https://www.crcom.gov.co/uploads/images/files/CRC-EstudioOTT-2020-publicar-vf.pdf

Competition and Markets Authority (2019). *Online platforms and digital advertising. Market study interim report.* https://assets.publishing.service.gov.uk/media/5dfa0580ed915d0933009761/Interim_report.pdf

Conseil supérieur de l'audiovisuel (2016). *Platforms and Access to Audiovisual Content. Competitive and Regulatory Issues*. https://www.csa.fr/content/download/223681/597949/version/7/file/Platforms%20and%20access%20to%20audiovisual%20content.pdf

Corbella (18 de octubre de 2018). Canelo Álvarez firma el contrato más alto de la historia del deporte: 365 millones. *Marca*. https://www.marca.com/buzz/2018/10/17/5bc6e31ae5fdeae37f8b46b2.html

Departamento Nacional de Planeación (2016). *El futuro del sector audiovisual en Colombia: Necesidad de política pública y reformas normativas en el marco de la convergencia tecnológica y las tendencias del mercado*. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/Publicaciones/Informe%20convergencia%20dyd%20rev_STEL%2018-01-2017CEVC.pdf

EFE (16 de agosto de 2018). Facebook transmitirá gratis la Champions League. *El Espectador*. https://www.elespectador.com/deportes/futbol-internacional/facebook-transmitira-gratis-la-champions-league/

Engleson, S. (14 de agosto de 2018). When Linear TV and Digital Collide: The Rise of the Virtual MVPD. *Comscore*. https://www.comscore.com/Insights/Blog/When-Linear-TV-and-Digital-Collide-The-Rise-of-the-Virtual-MVPD

European Audiovisual Observatory (2014). *On-demand audiovisual markets in the European Union* (Reporte SMART 2012/0028). https://doi.org/10.2759/51823

Evans, D. S. (2013). Attention rivalry among online platforms. *Journal of Competition Law and Economics*, *9*(2), 313-358.

Falkinger, J. (noviembre 2003). *Attention Economies* (CESifo Working Paper Series No. 1079). https://ssrn.com/abstract=466580

Farrell, J., & Klemperer, P. (2007). Coordination and Lock-In: Competition with Switching Costs and Network Effects. En Armstrong, M. & Porter, R. (Eds.), *Handbook of Industrial Organization*, (Vol. 3., pp. 1970-2072). Elsevier B.V. http://doi.org/10.1016/S1573-448X(06)03031-7

Festré, A., & Garrouste, P. (2015). The 'Economics of Attention': A History of Economic Thought Perspective. *Œconomia, 5*(1), 3-36. https://doi.org/10.4000/oeconomia.1139.

Goldfarb, A., & Tucker, C. (2011). Substitution Between Offline and Online Advertising Markets. *Journal of Competition Law and Economics, 7*(1), 37-44. https://doi.org/10.1093/joclec/nhq034

Hotelling, H. (1938). The general welfare in relation to problems of taxation and of railway and utility rates. *Econometrica*, *6*(3), 242-269. https://doi.org/10.2307/1907054.

Instituto Federal de Telecomunicaciones (2018). *Visión regulatoria de las telecomunicaciones y la radiodifusión 2019-2023.* http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/transparencia/1vision19-23.pdf

Izquierdo Castillo, J. (2007). *Distribución y exhibición cinematográficas en España. Un estudio de situación del negocio en la transición tecnológica digital* (Tesis doctoral). Universitat Jaume I, Valencia, España.

Morales Montejo, C. (2014). *El emprendedor de organizaciones innovadoras.* Siglo del Hombre Editores.

Oxford Economics (2014). *The economic impact of the creative industries in the Americas.* https://

publications.iadb.org/en/publication/12503/economic-impact-creative-industries-americas

Portafolio (17 de agosto de 2018). Plataforma de streaming transmitirá en Colombia la Liga italiana. *Portafolio*. https://www.portafolio.co/tendencias/entretenimiento/plataforma-de-streaming-transmitira-en-colombia-la-liga-italiana-520186

Ratliff, J. D., & Rubinfield, D. L. (2010). Online Advertising: Defining Relevant Markets. *Journal of Competition Law and Economics, 6*(3). https://doi.org/10.1093/joclec/nhq011

Rodríguez. A. (2018a, 12 de junio). The internet is finally going to be bigger than TV worldwide. *Quartz*. https://qz.com/1303375/internet-usage-will-finally-surpass-tv-in-2019-zenith-predicts/

Rodríguez, S. (2018b, 17 de octubre). Canelo Álvarez firma espectacular contrato con DAZN por 365 millones de dólares. *ESPN Digital*. https://www.espn.com.co/boxeo/nota/_/id/4875971/canelo-alvarez-firma-espectacular-contrato-con-dazn-por-365-millones-de-dolares

Russo (15 de agosto de 2019). Brasil: OTT gana terreno mientras TV paga pierde fuerza. Prensario Internacional. https://prensario.tv/novedades/4362-brasil-ott-gana-terreno-mientras-tv-paga-pierde-fuerza

SAI Derecho y Economía (2018). *Estudio sobre el mercado de contenidos audiovisuales y relaciones verticales en la industria de telecomunicaciones*. http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/autoridad-investigadora/estudioversioncompletafinal-3.pdf

Sartor, P. (2016) La economía digital. *Revista de Negocios del IEEM*, (2), 22-26.

Semana (5 de octubre de 2016). Los colombianos prefieren Netflix y Youtube sobre la TV abierta. *Semana*. https://www.semana.com/tecnologia/articulo/los-colombianos-prefieren-netflix-y-youtube-sobre-la-tv-tradicional/473071/#:~:text=De%20acuerdo%20con%20su%20estudio,televidentes%20que%20los%20canales%20tradicionales.

Shier, G. (2018). *It's what you know about who you know: market power in digital platforms*. Oxera Agenda December 2018. https://www.oxera.com/agenda/its-what-you-know-about-who-you-know-market-power-in-digital-platforms/

Slaughter and May (2018). *Securing the Benefits of the Digital Economy for European Consumers – A Case Study*. https://ec.europa.eu/competition/information/digitisation_2018/contributions/slaughter_and_may.pdf

Teixeira, T. (2014). *The Rising Cost of Consumer Attention: Why You Should Care, and What You Can Do about It* (Working Paper 14-055). Harvard Business School. https://www.hbs.edu/faculty/Publication%20Files/14-055_2ef21e7e-7529-4864-b0f0-c64e4169e17f.pdf

Ulin, J. C. (2014). *The Business of Media Distribution. Monetizing Film, TV, and Video Content in an Online World* (2da ed.). Focal Press Taylor and Francis Group.

Valens, A. (19 de octubre de 2017). Report shows Twitch audience bigger than HBO's and Netflix. *Gamepur*. https://dotesports.com/the-op/news/twitch-audience-hbo-netflix-18122

Waldfogel, J. (2018). *Digital Renaissance: What Data and Economics Tell Us about the Future of Popular Culture (English Edition)*. Princeton University Press. Kindle file.

Wu, T. (2017). *Blind S*pot: The Attention Economy and the Law. *Antitrust Law Journal*, 82(3). https://doi.org/10.2139/ssrn.2941094

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Caso M.1219, Seagram/Polygram, 1998 EUR-Lex CELEX LEXIS 31998M1219 (29 Sept. 1998) (UE).

Caso M.2050, Vivendi/Canal+/Seagram, 2000 EUR-Lex CELEX LEXIS 32000M2050 (13 Oct. 2000) (UE).

Caso M.8785, The Walt Disney Company/Twenty-First Century Fox, 2018 EUR-Lex CELEX LEXIS 32018M8785 (06 Nov. 2018) (UE).

Directiva 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, 2018 O.J. (L 303) (EU).

Estados Unidos c. AT&T Inc. et al., 310 F. Supp. 3d 161 (D.D.C. 2018).

Estados Unidos c. The Walt Disney Company and Twenty-First Century Fox, 83 FR 40553, Competitive Impact Statement submitted by the Department of Justice. (S.D.N.Y. 2018).

Fiscalía Nacional Económica, 19 de marzo de 2019, Informe de aprobación, Rol de la causa: FNE F155-2018 (Chile).

Instituto Federal de Telecomunicaciones, 11 de marzo de 2019, Acuerdo P/IFT/110319/122, Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones resuelve la concentración radicada bajo el expediente UCE/CNC-001-2018, notificada por The Walt Disney Company y Twenty-First Century Fox, Inc., Expediente UCE/CNC-001-2018 (Mex.).

Instituto Federal de Telecomunicaciones, 15 de agosto de 2017, Acuerdo P/IFT/150817/487, Resolución mediante la cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones autoriza llevar a cabo la concentración radicada bajo el expediente UCE/CNC-004-D16, notificada por AT&T Inc., West Merger Sub Inc. y Time Warner Inc. sujeta al cumplimiento de condiciones, Expediente UCE/CNC-004-D16 (Mex.).

NCAA v. Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 U.S. 85 (1984).

Ley 182 de 1995, 20 de enero de 1995, 41.681 Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 19 de abril de 2010, Resolución 20065, Radicación 09-122453 (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 21 de diciembre de 2018, Resolución 92709, Radicación 18-201153 (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 15 de febrero de 2017, Estudio Económico, Radicación 17-38927 (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 17 de diciembre de 2012, Radicación 12-226871 (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 21 de junio de 2017, Radicación 17-192278 (Colom.).

Superintendencia de Industria y Comercio, 31 de octubre de 2016, Radiación 16-335436 (Colom.).

MARTINOT

ABOGADOS

Av. Armendáriz 480, Piso 2, Miraflores, Lima, Perú.
(511) 625 4780 www.martinotabogados.pe

10.18800/themis.202002.025

# INNOVACIÓN Y ANTITRUST: UNA RELACIÓN COMPLICADA

## *INNOVATION AND ANTITRUST: A COMPLICATED RELATIONSHIP*

**Richard Tepper Maturana***
**Universidad Católica del Norte**

*It is generally considered that competition is normatively desirable due to its effects on the creation and distribution of economic resources. Nonetheless, determining its impact on the innovation rate is a highly complex issue.*

*This article analyses the most relevant aspects of that link and its consequences for competition law. In this regard, the author explores the literature on the relationship between innovation and competition, and appraises the issues create by innovation on antitrust's structuralist tradition and the setting of its substantive standards.*

*Keywords: Innovation; competition; market power; antitrust; Competition Law; Company.*

*En general, se estima que la competencia es normativamente deseable debido a sus efectos en la creación y distribución de recursos. Sin embargo, su impacto en la tasa de innovación es una cuestión altamente compleja y debatida.*

*En el presente texto, el autor explora los lineamientos más relevantes de dicho asunto, así como sus consecuencias para el Derecho de la Competencia. En ese sentido, analiza la literatura económica sobre la relación innovación-competencia y reflexiona sobre los problemas que genera la innovación en el seno de la tradición estructuralista del antitrust y en la fijación de sus estándares sustantivos.*

*Palabras clave: Innovación; competencia; poder de mercado; antitrust; Derecho de la Competencia; empresa.*

* Abogado. Master of Laws (LL.M.) y candidato a Doctor en Derecho (Ph.D.) por la Universidad de Edimburgo. Profesor auxiliar en la Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte (Antofagasta, Chile). Contacto: richard.tepper@ed.ac.uk.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 26 de septiembre de 2020, y aceptado el mismo el 30 de septiembre de 2020.

## I. INTRODUCCIÓN

### A. El Derecho *Antitrust* y los costos del poder de mercado

La interpretación del Derecho de la Competencia es una operación compleja. La fuente de esta dificultad es la ambigüedad con la que sus normas están redactadas. Aunque esa ambigüedad es necesaria, considerando que conductas externamente idénticas pueden ser pro o anticompetitivas dependiendo del contexto y la posición de las empresas involucradas, su consecuencia natural es la incerteza jurídica. En este sentido, la uniformidad en la actuación de las agencias y los tribunales es muy importante.

El desarrollo de criterios interpretativos uniformes es el motor de la historia del *antitrust*. Por ejemplo, el carácter equívoco de los términos más importantes de la *Sherman Act* es una preocupación que ya aparece en comentarios tempranos de su contenido (Dodd, 1893, p. 165). Sus normas, que incluían **toda** restricción de comercio y a **cualquier** persona que monopolizara, intentara monopolizar o conspirara para monopolizar alguna parte del comercio, eran evidentemente problemáticas. Una interpretación literal, en tal caso, podía sencillamente incluir todas las actividades empresariales dentro del ámbito de las prohibiciones. Al respecto, Dana indicó que era **imposible** predecir la forma en que los tribunales iban a interpretar la ley (1894, p. 355). La Corte Suprema, vacilante en los primeros años, comenzó a fijar la regla de la razón como estándar interpretativo general en *Standard Oil c. Estados Unidos* (1911). Con ello, el desarrollo de las reglas de competencia quedó principalmente en manos de los tribunales, característica institucional típica de los sistemas de libre competencia, incluso de aquellos que rigen en países de tradición jurídica continental.

El contexto histórico, ideológico y filosófico, además de los avances de la ciencia económica, han sido importantes en este proceso. Estos ingredientes le han dado complejidad a la evolución del Derecho de la Competencia. No obstante, el principal fundamento detrás de la elaboración progresiva de criterios interpretativos es una idea simple, esto es, que la competencia es normativamente deseable. Salvo contadas excepciones, el discurso dominante asume que más competencia siempre es algo bueno para la sociedad (Stucke & Ezrachi, 2020).

En parte, esto se debe a que la teoría económica es clara respecto a la mayoría de los efectos del poder de mercado. Una comparación entre los modelos de competencia perfecta y monopolio evidencia cómo el poder de mercado genera ineficiencias en la asignación de recursos. Además, motivados por la posibilidad de obtener mayores ganancias, las empresas desperdician recursos intentando adquirir una posición monopólica, situación conocida como *rent-seeking* (Posner, 1975, p. 807). Adicionalmente, la falta de competencia tiene efectos al nivel de los costos de producción. Esto ocurre porque, por un lado, la presión competitiva limita la discrecionalidad de los administradores de las empresas, forzándolos a tomar decisiones que busquen maximizar las ganancias, en línea con los intereses de los accionistas. Por otro, la competencia puede funcionar como un mecanismo de selección evolutiva de las empresas más eficientes (Motta, 2004, pp. 46-51).

Además de generar pérdidas para la sociedad, el poder de mercado también afecta la forma en que los recursos son distribuidos dentro de ella. Mientras en un mercado perfectamente competitivo el bienestar de los consumidores se encuentra en el nivel teóricamente óptimo, el poder de mercado ejercido por la empresa genera que parte de estos excedentes sean transferidos a los productores. Debido a esto, la competencia también se relaciona con los estándares de justicia distributiva imperantes en la comunidad.

### B. Poder de mercado y eficiencia dinámica

Las consideraciones anteriores constituyen argumentos normativos sólidos para que el sistema jurídico proteja la competencia. Sin embargo, el análisis se oscurece al introducir la **eficiencia dinámica**. Tanto la eficiencia en la asignación de los recursos como la eficiencia productiva son fenómenos de carácter estático, puesto que se refieren a un momento particular en el tiempo. Son fotografías de un instante. En cambio, la eficiencia dinámica se refiere al uso óptimo de los recursos a través del tiempo. Se trata de una película que nos muestra a la economía en movimiento. Considerando que existe un consenso amplio en que la sociedad gana más aumentando su nivel de tecnología que optimizando el uso de recursos a un nivel de tecnología constante (Hovenkamp, 2011, p. 751), la película es más importante que la fotografía. En esto deben enfocarse principalmente las sociedades para aumentar su nivel de bienestar económico.

La protagonista de la película es conocida. La **innovación** abarca la creación, comercialización y distribución de productos y procesos (Van Cleynenbreugel, 2018, p. 3). Por un lado, la **innovación de productos** se refiere a la alteración de un producto ya existente o la creación de uno nuevo. En cambio, la **innovación de procesos** incluye la disminución de costos en el proceso productivo de un bien que

no cambia (Kwoka, 2018, p. 15). Esta distinción es importante, considerando que estos tipos de innovación son afectados por distintas fuerzas (Gilbert, 2006, pp. 193-194). Además, como señalan Manne y Wright, la innovación puede referirse a cambios en la forma de hacer negocios (2010, pp. 168-169).

Asimismo, la innovación es la culminación de un proceso que consta de tres fases: (i) la investigación, que suma conocimiento científico; (ii) el desarrollo, que toma este conocimiento y lo hace operativo para su uso práctico en el mercado; y, (iii) la comercialización. De este proceso surge un producto nuevo y mejor valorado o un proceso de producción más barato que el previamente usado (Kwoka, 2018, p. 15). En ambos casos, la frontera de posibilidades de producción se mueve, lo que se denomina **progreso tecnológico**. Esto último no implica que toda innovación sea igualmente disruptiva. Por el contrario, algunas crean un mercado completamente nuevo, mientras que otras cambian la dinámica de un mercado ya existente (Van Cleynenbreugel, 2018, pp. 3-4).

Todo esto implica que la innovación puede ser muy importante en el proceso competitivo. Muchas empresas buscan crear nuevos productos o mejorar los que ya tienen en el mercado para adquirir una ventaja competitiva o ponerse a la par de un competidor. De forma similar, innovar en un proceso les puede permitir ofrecer precios más bajos y capturar una mayor cuota de mercado. Esta dinámica puede ser lo suficientemente dominante del proceso competitivo, al punto de que es posible aseverar que la innovación es el motor en algunos mercados. Es más, en ciertos casos, la innovación es la única forma de satisfacer las demandas de los consumidores (Marcos, 2018, p. 34). Un ejemplo de esto último es el mercado de teléfonos móviles. En esta circunstancia, la competencia se extiende más allá del precio y es llevada al campo de la inversión en innovación.

### C. Objetivo de este artículo

Considerando las dificultades que rodean el nexo entre poder de mercado e innovación, además de la vasta literatura económica teórica y empírica existente, este artículo pretende explorar los lineamientos principales del asunto y sus consecuencias para la aplicación del Derecho de la Competencia. Para lo anterior, el segundo acápite revisa literatura fundamental sobre el problema, partiendo desde las líneas clásicas de Schumpeter y Arrow, para luego progresar al entendimiento contemporáneo del asunto. El tercer y cuarto acápite reflexionan sobre los problemas generados por la innovación para la tradición estructuralista del *antitrust* y para la fijación de sus estándares sustantivos. El ultimo acápite concluye.

## II. EL PROBLEMA DE LA RELACIÓN COMPETENCIA – INNOVACIÓN

Es posible distinguir dos asuntos al relacionar competencia e innovación. Por un lado, hay mercados en los que la innovación es un ingrediente importante del proceso competitivo. Así, este es el ingrediente principal en algunos casos, como ocurre en la industria farmacéutica. Por otro lado, un problema diferente es si acaso la competencia incentiva la innovación de la misma forma en que promueve precios bajos o mejoras en la calidad de los productos. Esta última pregunta es el foco de esta sección.

Vale la pena mencionar que este artículo asume, en general, que la innovación es un fenómeno económico deseable y que, por ende, la inversión en innovación también lo es. Sin embargo, la literatura también ha establecido que hay ocasiones en que las empresas invierten en innovación más de lo socialmente deseable (Katz & Shelanski, 2005, p. 134). De esta forma, una reducción de los incentivos para innovar a través de una operación de concentración podría ser un evento positivo para el bienestar social[1]. Sin embargo, esta no parece ser la situación habitual, por lo que este argumento no será analizado a profundidad.

### A. Schumpeter c. Arrow

La relación entre la tasa de innovación y el nivel de competencia es uno de los asuntos más interesantes en la literatura sobre organización industrial. A propósito de la teoría schumpeteriana, examinada a continuación, Aghion y Tirole (1994, p. 1195) indicaron la relación entre las variables que presumiblemente afectan los incentivos para innovar y el *input* o el *output* de las actividades de investigación y desarrollo, el segundo set de hipótesis más testeadas en el área, solo después de los estudios inter-industria relacionados con el paradigma estructura-conducta-performance (en adelante, SCP). Tal nivel de interés puede haber sido influido por la existencia de dos líneas teóricas sobre el nivel de competencia y la intensidad de los incentivos para innovar que, en principio, parecen opuestas.

En general, el incentivo para innovar está compuesto por "la diferencia entre las ganancias que

[1] Al respecto, para mayor información, véase a Reinganum (1989, pp. 852-853).

una empresa puede obtener si invierte en investigación y desarrollo (R&D) en comparación a las ganancias que obtendría en caso de no hacerlo" (Gilbert, 2006, p.159). Al respecto, Joseph Schumpeter asoció un mayor incentivo para innovar con la existencia de monopolios, mientras que Kenneth Arrow lo relacionó con los mercados competitivos (1962, pp. 619 -622). Visto desde una perspectiva puramente estructural (que puede no ser un indicador real de la tensión competitiva existente en el mercado), para Schumpeter la innovación necesita **menos** competencia, mientras que para Arrow necesita **más**.

Por un lado, Schumpeter argumenta que los monopolios generan los incentivos y las mejores condiciones, tanto para emprender el proceso de innovación, como para disfrutar de sus resultados. En este sentido, las empresas invierten en investigación y desarrollo (en adelante, R&D) porque son atraídas por la idea de obtener o mantener un monopolio, esto es, la expectativa de alcanzar un nivel importante de poder de mercado es lo que mueve al empresario. Adicionalmente, los monopolistas están en mejores condiciones para financiar tal nivel de inversión, dado que es esperable que una empresa con un nivel relevante de poder de mercado tenga más fondos disponibles o pueda obtener mejores condiciones de financiamiento en el mercado. Finalmente, un monopolista tiene una mejor oportunidad de disfrutar las recompensas de un proceso de innovación exitoso. Así, debido a que las empresas pequeñas no tienen la reputación ni los recursos necesarios para emular las innovaciones creadas por las empresas dominantes, la probabilidad de que las ganancias se dirijan completamente a los bolsillos del monopolista es más alta que en la situación inversa.

Es interesante ver como la teoría de Schumpeter encaja en un contexto más amplio. Por un lado, cabe resaltar que este paradigma trasciende de la relación entre competencia e innovación, toda vez que es una concepción general sobre el proceso competitivo que constituye el arquetipo de competencia dinámica en la filosofía económica. En esto, no está solo. Por el contrario, el rechazo de la idea estática de competencia es un planteamiento extendido en la escuela económica austríaca y los economistas influenciados por ella. Por ejemplo, el propio Hayek consideraba que la competencia era, por naturaleza, un proceso dinámico (1948, p. 94).

Además, la teoría schumpeteriana formó parte de un movimiento más amplio contra el irreal modelo de competencia perfecta previamente dominante. En ese momento, Chamberlin (1933, pp. 65-68) y Robinson (1938, pp. 3-4) ya habían colocado en duda varios de los supuestos de la competencia perfecta, introduciendo sus ideas sobre competencia monopolística y competencia imperfecta, respectivamente. Por otro lado, Clark argumentó que el modelo de competencia perfecta era un parámetro normativo dañino, proponiendo la alternativa de la competencia funcional también conocido como *workable competition* (1940, pp. 241-242). Este último sería consagrado explícitamente algunas décadas después por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en ese momento, Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas) en *Metro I* (1977), aunque señales en el mismo sentido ya habían aparecido en *Société Technique Minière* (1966). Sin embargo, a diferencia de los paradigmas de competencia imperfecta, monopolística o funcional, la teoría schumpeteriana ve a la economía como un fenómeno esencialmente evolutivo y el carácter dinámico del proceso competitivo es una consecuencia natural de esto. Así, la competencia es un proceso en que las firmas innovan y adquieren altos niveles de poder de mercado, los que luego son destruidos por otro competidor que innova y adquiere poder de mercado para sí. Este proceso de destrucción creativa es el que genera progreso social en el largo plazo.

La teoría de Arrow sostiene, al menos en apariencia, lo opuesto. En su visión, los monopolistas tienen un menor incentivo que las empresas que participan en un mercado competitivo para innovar, debido a su interés financiero en mantener el *statu quo*. Considerando el poder que ya posee, el monopolista no tiene mucho que ganar invirtiendo sus recursos en innovación, pues, incluso si es exitoso en innovar, su cuota de mercado no va a crecer (o no lo hará significativamente). Esta limitación al incentivo de innovar es denominada como **efecto Arrow** o **efecto de reemplazo**, en virtud de que un monopolista que innova se está reemplazando a sí mismo (Tirole, 1988, p. 395).

### B. ¿Entonces?

Ambas posturas presentan problemas que han sido descritos por Sidak y Teece (2009, pp. 587-589). Por un lado, la teoría schumpeteriana está basada en una visión anticuada del financiamiento empresarial. Así, Schumpeter asume lo siguiente: (i) que el mercado de capitales es ineficiente y ii) que la diferencia del flujo de recursos entre una empresa que compite y un monopolio es suficiente como para que solo la segunda pueda invertir en investigación y desarrollo. Sin embargo, si bien el mercado de capitales no es completamente eficiente, hay alternativas suficientes en él para que muchas empresas puedan acceder al financiamiento necesario para innovar, como el capital de riesgo. Por otro lado, incluso si la diferencia en el flujo de recursos entre ambos tipos de empresas

fuera alta, el invertir en innovación puede implicar gastos lo suficientemente altos como para no poder ser financiados solo a través de las ganancias monopólicas.

Adicionalmente, Schumpeter no toma en consideración que los esfuerzos en investigación y desarrollo pueden ser emprendidos en forma colaborativa entre dos o más empresas, posibilidad que aumenta el nivel de recursos disponibles para este fin. De la misma manera, tampoco toma en cuenta la existencia de empresas multiproducto, caso en que la estructura interna puede permitir que las ganancias generadas por alguno de los productos sea empleada en R&D en otra línea de la empresa.

Por otro lado, el modelo de Arrow no toma en cuenta el problema de la apropiabilidad, asumiendo un sistema de propiedad perfecto. Dicho de otro modo, no nota que parte del incentivo que el emprendedor tiene para innovar depende del nivel de protección legal que el sistema puede garantizarle, especialmente a través de los derechos de propiedad intelectual. Además, la influencia del modelo de negocios en el proceso de innovación tampoco es considerada (Winter, 2006, pp. 1102-1103). En este sentido, Arrow parece sencillamente asumir que "el productor y el inventor son la misma persona" (Sidak & Teece, 2009, p. 589).

Es posible proponer que la respuesta, entonces, no es Schumpeter o Arrow, sino que Schumpeter y Arrow. No existe incompatibilidad entre ambas propuestas si se les reconocen sus aportes y sus propios campos de acción. Durante las últimas décadas, modelos que incluyen interacciones estratégicas de dos o más períodos han complicado el panorama (Gilbert, 2020, pp. 55-76). Sin embargo, tres fuerzas derivadas de los modelos de Schumpeter y Arrow aparecen como lugares comunes en estas nuevas teorías. Estas son la apropiabilidad, el efecto de reemplazo y, además, el **incentivo a anticiparse**. El modelo de Arrow depende, en parte, de la existencia de barreras de entrada. Cuando el monopolio puede verse afectado por competencia proveniente desde fuera del mercado, puede tener incentivos a anticiparse a la competencia, siempre y cuando el innovar le conceda una ventaja significativa en el mercado (Gilbert, 2020, pp. 47-50). Como una aplicación especial de la idea de competencia potencial, este argumento es intuitivo para los interesados en la política de competencia.

En forma similar, Shapiro (2012, pp. 363-365) ha reconducido las teorías de Schumpeter y Arrow a tres principios guía:

a) Contestabilidad, que se refiere al número de ventas que es posible ganar o proteger a través de la innovación. El premio al innovador es determinado por el nivel de contestabilidad del mercado y, por ende, este afecta el incentivo para innovar.

b) Apropiabilidad, que alude al grado en el cual la empresa que innova puede capturar los beneficios creados por su innovación. Depende fuertemente de la protección entregada por el sistema jurídico a la ventaja competitiva que la innovación genera, pues cuando esta protección es baja, la tasa de innovación disminuye.

c) Sinergias, que se relacionan a la combinación de recursos complementarios que potencia la capacidad de innovación. Si son protegidas, la tasa de innovación aumenta.

Como se puede apreciar, el principio de contestabilidad se relaciona con el efecto Arrow y el incentivo a anticiparse a la innovación externa, mientras que la apropiabilidad constituye un principio *per se*. En ese sentido, la propuesta realizada líneas atrás es similar a la de Shapiro (2012), aunque esta última considera un elemento adicional, esto es, la forma en que los recursos que tiene la empresa o las empresas, en el caso de una operación de concentración o un acuerdo de colaboración, pueden fortalecer las capacidades usadas para innovar.

En una forma similarmente ambiciosa, Baker (2007, pp. 579-583) ofrece cuatro principios orientadores:

a) La competencia por innovar (es decir, la competencia por desarrollar un producto o proceso en particular) fomenta la innovación.

b) La competencia entre rivales en el mismo mercado impulsa a estas empresas a encontrar formas de disminuir sus costos, mejorar la calidad o desarrollar mejores productos.

c) Las empresas que esperan enfrentar más competencia en el mercado de productos después de haber innovado tienen un menor incentivo para invertir en investigación y desarrollo.

d) El incentivo para innovar aumenta cuando la innovación desincentiva la inversión en investigación y desarrollo por parte de los rivales potenciales (2007, pp. 579-583).

Esta propuesta añade como ingrediente la distinción explícita entre tipos de competencia; es decir, la competencia por innovar y competencia en el

mercado de productos. Además, recalca la diferencia entre el incentivo derivado de la competencia existente antes de la innovación y la esperada en caso de innovar exitosamente. Finalmente, la idea de que el incentivo para innovar aumenta cuando la inversión en R&D desincentiva la competencia potencial es una forma distinta de explicar el incentivo a anticiparse a la innovación externa.

Es posible añadir un punto adicional. Al revisar la literatura, Gilbert nota la importancia de la distinción entre la innovación de productos y la innovación de procesos (2006, pp. 165-178, 192-194). Sistematizando sus hallazgos, Kwoka (2018, pp. 17-18) indica que:

a) El valor de una innovación de procesos depende fuertemente del nivel de protección de los derechos de propiedad intelectual. Si esta protección es fuerte, el inventor puede asegurar para sí el retorno de la innovación a través de contratos de licencia. En el caso contrario, la posibilidad de que los rivales usen el mismo proceso sin pagar la compensación respectiva disminuye el incentivo de innovar.

b) En cambio, la innovación de productos no se ve desincentivada por la existencia de más competidores. Por el contrario, la competencia puede empujar la innovación. La diferenciación otorga poder de mercado y, por ende, un bien diferenciado puede generar mayores ganancias para la empresa.

Así, tanto Schumpeter como Arrow aportan elementos para la comprensión contemporánea de la relación entre poder de mercado e innovación. Más aún, el dominio de las fuerzas recalcadas por uno o por otro depende de las circunstancias del caso, las que en parte importante se relacionan con las características de la industria analizada. Por ejemplo, Lemley (2012, pp. 641, 645) cree que las diferentes direcciones en que apuntan Schumpeter y Arrow se deben a distintas intuiciones sobre el nivel de recursos necesario para innovar. La competencia schumpeteriana considera que la innovación es una actividad que requiere una inversión significativa y que no culmina con la invención en sí, la que constituye sólo la primera parte de un largo y costoso proceso. En cambio, ésta cede su espacio a la teoría de Arrow cuando innovar no requiere gastos tan importantes. En este punto, cabe notar que el nivel de recursos invertidos puede depender de la complejidad de la invención o de características particulares de la industria como, por ejemplo, la existencia de externalidades de red y ventajas de primer movimiento (*first-mover advantages*).

Hecha esta salvedad, es necesario notar que la contraposición entre Schumpeter y Arrow se basa principalmente en factores estructurales. De esa manera, lo que se denomina más y menos competencia se trata, en realidad, muchas veces de industrias menos y más concentradas, respectivamente. Este aspecto no refleja necesariamente el nivel de rivalidad existente en el mercado. Por el contrario, expresa una visión estructural de la competencia que parece superada. Sin embargo, gran parte del problema es causado por las dificultades de observación y cuantificación contra las que la investigación ha tenido que luchar (Kwoka, 2018, pp. 15-16; Aghion & Griffith, 2005, pp. 21-23; Gilbert, 2020, pp. 108-112). Así, en vez de relacionar directamente la tasa de innovación con el nivel de competencia, la organización industrial ha tenido que limitarse principalmente a factores como los niveles de inversión en investigación y desarrollo, el número de patentes y los niveles de concentración en la industria.

En conclusión, es necesario evitar juicios categóricos en el asunto. Por ejemplo, no se ha demostrado que la concentración por sí misma sea un factor determinante importante de la tasa de innovación. Al contrario, parece ser que no existe una relación particularmente fuerte (Cohen & Levin, 1989, p. 1078; Cohen, 2010, pp. 154-157). De manera general, considerando lo controvertidos de la naturaleza del proceso de innovación y la generación de incentivos para emprenderlo, solo es posible hacer generalizaciones excesivamente amplias (Nicholas, 2011, p. 787). En el mismo sentido, debido a que las peculiaridades del proceso innovativo dependen en forma relevante de la industria en que ocurre, las conclusiones a las que lleguen académicos o agencias administrativas deben ser tomadas normalmente como específicas para el caso analizado (Lemley, 2012, pp. 648-651). En este contexto, formular políticas públicas y criterios legales es una tarea compleja. En particular, las próximas secciones considerarán algunas de las dificultades introducidas en el Derecho de la Competencia.

## III. Innovación y la tradición estructural del Derecho de la Competencia

La tendencia de las últimas décadas en el Derecho de la Competencia es superar la ambigüedad de sus normas a través de interpretación teleológica basada en la protección del bienestar social y de los consumidores. El problema es que, si bien la innovación es la principal fuerza creadora de bienestar económico, su relación con la competencia no está clara. Como consecuencia, los órganos que conforman los sistemas de libre competencia no tienen una directriz normativa manifiesta. Esto puede generar dificultades importantes cuyo

análisis exhaustivo trasciende lo abordado en este artículo. Por lo tanto, esta sección y la siguiente se enfocarán en una selección de asuntos que, de cualquier manera, tienen consecuencias transversales en el Derecho de la Competencia.

Antes de la revolución impulsada por la Escuela de Chicago, el *antitrust* estuvo dominado por un fuerte grado de estructuralismo, asociado al paradigma económico estructura-conducta-performance[2]. La fe de Chicago en la eficiencia productiva derivada de economías de escala y la teoría de los mercados contestables aminoraron esta característica, pero no la eliminaron. Así, si bien las consideraciones estructurales del Derecho de la Competencia hoy no parecen tan fuertes como antes, ellas han perdurado. Por ejemplo, las operaciones de concentración siguen siendo inicialmente evaluadas a través de los índices HHI, calculados a partir de las cuotas de mercado de las empresas.

Esto demuestra que uno de los principios que guían la política de competencia es que los mercados caracterizados por un gran número de competidores promueven el bienestar de los consumidores, o al menos lo hacen más que los mercados concentrados.

Esta visión es el resultado de ideas económicas excesivamente simplificadas. La evidencia empírica muestra que las consecuencias estructurales en la performance del mercado deben ser interpretadas con cuidado (Schmalensee, 1989, p. 1000). Los modelos teóricos tampoco son unánimes en este punto. Cuando el objetivo del Derecho de la Competencia es leído en clave de poder y no de bienestar, la preferencia *per se* por la desconcentración tiene más sentido, pero esto no parece ir en línea con el discurso oficial de las agencias de competencia.

El estructuralismo del *antitrust* es particularmente notorio en su metodología. Como es sabido, el primer paso en la gran mayoría de casos de libre competencia es la definición de un mercado relevante. A partir de dicha definición, se calculan las cuotas de mercado respectivas y de ellas se infieren efectos competitivos. Aunque la idea de mercado relevante recién aparece en forma clara a mediados del siglo XX, la idea de definir un área en la que calcular el nivel de control poseído por las empresas involucradas ya había surgido antes (Werden, 1992, pp. 125 -130). La lectura de la sentencia en el caso Alcoa (1945) no solo es una prueba de esto, sino que también de la inclinación de los tribunales a obtener consecuencias jurídicas a partir de las cuotas de mercado (en tal caso, determinar la aplicación de la Sección 2 de la *Sherman Act*). Así, la definición de mercado relevante nació y se desarrolló de la mano de una preocupación estructural.

A su vez, el test del monopolista hipotético, marco conceptual aceptado hoy para delimitar mercados relevantes, está basado en la idea de que un mercado en el *antitrust* es un grupo de productos y un área geográfica en que una empresa con una cuota de mercado del cien por ciento (100%) es una empresa con poder monopólico (Werden, 2003, p. 254). De esta forma, la cuota de mercado es vista como un *proxy* del poder de mercado, que es la habilidad de la empresa para elevar el precio por sobre el nivel competitivo o causar daños análogos en otros parámetros competitivos como la calidad o las posibilidades de elección de los consumidores (Comisión Europea, 2009, apartados 9, 11; Comisión Europea, 2004, apartado 25).

Este marco analítico ha sufrido ataques académicos importantes durante los últimos años. La definición de mercado relevante ha sido calificada de contraproducente, imposible y arbitraria (Kaplow, 2010, p. 440; Markovits, 2014, p. 166). Adicionalmente, métodos directos de evaluación del poder de mercado han debilitado su rol en algunas circunstancias específicas. Un ejemplo de esto es el uso de razones de desvío para calcular la presión al alza en los precios en operaciones de concentración relativas a bienes diferenciados[3].

En cuanto a las cuotas de mercado, su cálculo nunca ha sido simple incluso cuando el mercado relevante ya está definido[4]. Más allá de esta dificultad práctica, es notorio un cierto consenso en que ellas deben ser interpretadas con precaución y deben estar vinculadas a una teoría coherente de los efectos competitivos que, además, debe estar fundada en los hechos del caso. Esto implica que debe existir una teoría clara sobre la forma en que las cuotas de mercado y el nivel de concentración afectarán las condiciones competitivas del mercado, idea que ha sido aceptada por las agencias de competencia. Un ejemplo de esto se encuentra en las prioridades de la Comisión Europea en la aplicación del artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, norma que prohíbe el abuso de posición dominante (Comisión Europea, 2009). Sin embargo, también ha habido ataques más agresivos a su uso

[2] Véase, por ejemplo, Bain (1968).

[3] Al respecto, para mayor información, véase a Farrell y Shapiro (2010).

[4] Revisar las dificultades expuestas por Werden (2002).

en el último tiempo. Por ejemplo, Kaplow (2011, pp. 252-258) argumenta que usarlas como *proxy* del poder de mercado es sencillamente un error lógico. El poder de mercado y la cuota de mercado son categorías distintas. Aunque la segunda puede influenciar al primero, la correlación entre ambos es **ruidosa** (Kaplow, 2011, p. 244).

Finalmente, la reevaluación de este esquema alcanzó la idea de poder de mercado en sí. Kaplow (2017, p. 1305) argumenta convincentemente que el poder de mercado, pese a ser un concepto principal en el Derecho de la Competencia, es una noción subdesarrollada desde el punto de vista teórico. El Derecho de la Competencia, pese a ocupar el poder de mercado como principal elemento determinante de la aplicación de las reglas de competencia, mantiene la noción subdesarrollada desde un punto de vista teórico. Asimismo, Markovits expone inconsistencias en la aplicación práctica de la idea en casos de predación, crítica que ha sido extendida a otras formas de exclusión (Harrison, 2016, pp. 157-161).

Esta metodología tradicional entra definitivamente en crisis cada vez que la innovación es introducida en la ecuación, pues la relación entre el nivel de concentración de un mercado y el bienestar del consumidor es mucho más débil cuando el nivel de tecnología no es constante (Katz & Shelanski, 2005, pp. 137-139). Además, esto puede apreciarse en varios asuntos distintos.

Un primer factor es que las consideraciones estructurales son un *proxy* deficiente para el nivel de apropiabilidad de una invención. Pese a que Schumpeter creía que los monopolios tenían una mejor posición para apropiarse de las recompensas de la innovación, la evidencia muestra que las cuotas de mercado en verdad no proporcionan mucha información sobre esto. Por el contrario, los factores que tienen más relevancia en este asunto son el nivel de eficacia de los derechos de propiedad intelectual y otros mecanismos de protección legal, la naturaleza del conocimiento creado en el proceso; y la propiedad de recursos que complementen la innovación (Teece, 1986, pp. 286-290). Estas consideraciones no son reflejadas por las cuotas de mercado.

Además, la innovación es un elemento desestabilizador de la estructura del mercado. En general, las cuotas de mercado calculadas en el presente no indican necesariamente cómo será la estructura del mercado en el futuro y, por supuesto, menos aún los niveles de poder de mercado. De cualquier forma, el uso de cuotas de mercado podría aún ser defendido en mercados estables. Sin embargo, la innovación es un elemento altamente desestabilizador que hace que la estructura futura del mercado sea difícil de predecir. Pese a las deficiencias de la idea de Schumpeter, hay mercados que desarrollan un modelo de competencia similar a su propuesta (mercados *winner-takes-all* o *winner-takes-most*). En estos casos de competencia schumpeteriana, las empresas compiten no **en el mercado**, sino **que por el mercado**. En esta lucha por dominar, una cuota de mercado alta hoy podría significar poco tras la introducción del siguiente producto (Katz & Shelanski, 2005, p. 129). Esto es destrucción creativa.

Por otro lado, tanto Schumpeter como Arrow parten sobre la base de que es la estructura la que afecta la innovación, pero hay evidencia que apunta a que la direccionalidad de la relación es la inversa. Sidak y Teece proponen que los factores exógenos afectan de manera importante la estructura del mercado (2009, pp. 596-598). Por un lado, las oportunidades tecnológicas tienen una influencia importante, pues son los avances en la ciencia y la tecnología los que generan posibilidades de innovar en forma rentable (Scherer & Ross, 1990, p. 645). Sin embargo, el origen de estos desarrollos es normalmente exógeno, como en el caso del financiamiento externo de la investigación o de innovaciones desarrolladas en otros mercados geográficos. Cómo y por qué las empresas aprovechan tales oportunidades, no es una idea aún bien desarrollada por la teoría económica. Ahora bien, tal como fue indicado en la sección anterior, es apropiado aseverar que la tasa de innovación depende de varios factores. De hecho, la relación entre la tasa de concentración y la de innovación parece ser débil.

A estos problemas sustantivos, se suma uno práctico: es sencillamente muy difícil definir el mercado relevante en presencia de altos niveles de innovación. Debido a que un mercado relevante intenta capturar aquellos bienes que compiten con aquel que es producido por la empresa bajo escrutinio, su demarcación está basada en determinar qué bienes pueden ser considerados sustitutos a ojos de los consumidores. Sin embargo, en estos casos la competencia normalmente vendrá de bienes o procesos que aún no están en el mercado. Esto puede complicar, particularmente, el análisis predictivo de las autoridades al controlar una fusión. De manera similar, en muchas ocasiones ni siquiera los ejecutivos de las empresas tienen una idea certera de cómo evolucionará la situación competitiva. Además, los mercados con altos niveles de innovación tienden a presentar dificultades adicionales. Por ejemplo, muchos de ellos son mercados de varios lados (Marcos, 2018, p. 42) o de un alto grado de diferenciación. Por ende, la idea de mercado relevante es poco apropiada en estos casos.

Lo anterior implica que el *antitrust* debe superar la fijación estructural e incluir factores que sean más determinantes en el desarrollo de la innovación en el mercado. En este sentido, la necesidad de acentuar la búsqueda de barreras de entrada es intuitiva. Si bien la innovación puede generar constantes desequilibrios en el nivel de poder de mercado, para esto es necesario que no existan barreras de entrada. Además, la literatura muestra que las empresas son más productivas e innovadoras en ausencia de barreras de entrada de carácter regulatorio (Holmes & Schmitz, 2010, pp. 636-638). De forma similar, el análisis sobre competencia potencial se hace mucho más importante. De todas formas, estas evaluaciones no son extrañas al Derecho de la Competencia y su énfasis no debiera implicar complejidades adicionales.

Una idea más novedosa es la de evaluar la situación competitiva según las capacidades que tienen las empresas para innovar, las que están influidas por su estrategia, su estructura organizativa y las decisiones tomadas en el pasado (Sidak & Teece, 2009, pp. 607-611) . El análisis de estos factores internos relacionados con la innovación está bastante menos desarrollado que la visión estructural. Sin embargo, es un camino atractivo de explorar, pues las capacidades de innovar son bastante más estables que la posición competitiva de la empresa en un momento particular en el mercado de productos y, además, este enfoque podría ser apto para detectar competidores potenciales. Esto implicaría, en un primer momento, entender qué es lo que se necesita para innovar en una industria particular, para luego examinar a las empresas y determinar cuáles de ellas tienen desarrolladas estas capacidades en forma relevante. La premisa basal de un examen de esas características es que la comprensión del proceso de innovación requiere mirar en dirección de los posibles innovadores, pues la identidad del que innova puede influir en las formas en que el conocimiento es creado e introducido en el mercado (Nicholas, 2011, pp. 799-802).

## IV. INNOVACIÓN Y LOS TESTS SUSTANTIVOS EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

### A. La diversidad de propuestas académicas

Las propuestas académicas sobre la dirección que el Derecho de la Competencia debiera adoptar en materia de innovación son variadas. Esto es natural considerando la naturaleza controversial del asunto, las diferentes sensibilidades ideológicas de los autores y las consecuencias institucionales que la introducción de criterios legales basados en la innovación puede tener. El primero de estos asuntos fue examinado en las secciones anteriores, mientras que los otros dos son examinados en las siguientes subsecciones.

Van Cleynenbreugel (2018, pp. 7-10) propone clasificar estas propuestas a través de dos ejes:

a) Distinguiendo si la innovación es vista como un valor exógeno o endógeno. En el primer caso, el Derecho de la Competencia debe seguir enfocándose en la competencia en sí, viendo a la innovación como su consecuencia. En este caso, la innovación no puede ser invocada como una justificación independiente para la intervención del *antitrust*. Por el contrario, si la innovación es un valor endógeno, las autoridades pueden y deben tomarla en consideración directamente para determinar el carácter pro o anticompetitivo de un comportamiento o concentración. Esto ha ocurrido, por ejemplo, en el control de operaciones de concentración en el sistema de la Unión Europea, donde el criterio del "impedimento significativo a la competencia efectiva" parece expresarse en algunos casos como un "impedimento significativo a la competencia en innovación" (Petit, 2019, pp. 878-881).

b) Distinguiendo si las propuestas particulares se refieren a los efectos positivos o negativos de la innovación. Más allá del carácter generalmente positivo de la innovación, hay casos en que ésta facilita la ejecución de acciones anticompetitivas. Ejemplos de esto son los problemas generados por el *big data*[5], la competencia algorítmica[6] y la innovación predatoria[7].

Una demostración rápida de cómo la innovación puede afectar el pensamiento tradicional en el *antitrust* es la propuesta de Wu (2012). Al menos desde la revolución impulsada por Chicago, el foco del Derecho de la Competencia ha estado puesto en los cárteles, ya que estos constituyen un ejercicio obvio de poder de mercado por parte de un grupo de empresas y difícilmente pueden tener una justificación competitiva. Manteniendo la visión estática de la competencia, es evidente que un cártel es



[5] Véase, para mayor información, a Grunes y Stucke (2016).

[6] Véase, para mayor información, a Ezrachi y Stucke (2016).

[7] Véase, para mayor información, a Schrepel (2018).

el ilícito anticompetitivo más grave. No obstante, Tim Wu propone invertir las prioridades.

En primer lugar, trae al debate la distinción entre innovación interna y externa. La **innovación interna** es la realizada por una empresa que ya está en el mercado, mientras que la **innovación externa** consiste en la introducción de un nuevo producto desarrollado por una empresa que está fuera del mercado. Esta última tiene mayor importancia porque es más probable que la innovación realmente disruptiva provenga desde fuera del mercado y porque la innovación interna también es incentivada por los retos externos (2012, pp. 317-318). Esto refuerza, como fue explicado anteriormente, la necesidad de poner atención en la existencia de barreras de entrada.

A partir de lo anterior, Wu argumenta que el *antitrust* debiera enfocarse en proteger la innovación externa de las conductas excluyentes del mercado. Las empresas incumbentes tienen dos alternativas frente a la amenaza de innovadores externos, invertir en innovación o invertir en exclusión (2012, p. 319). Considerando que una empresa que decide en forma económicamente racional elige la alternativa que es más barata, el Derecho de la Competencia debe ser aplicado en forma tal que la exclusión sea vista como la opción más cara. Esto implica que deben aumentar las sanciones o las posibilidades de ser sancionado.

A su vez, esto es moderado por el compromiso a respetar las recompensas producto de la innovación. Este compromiso debe ser creíble, pero también debe limitarse a lo estrictamente necesario para mantener el incentivo a innovar, considerando el riesgo que conlleva para mantener el mercado abierto a la competencia. Este equilibrio puede ser alcanzado a través de una política de **madurez** (2012, p. 327), que reserve la intervención para aquellos casos en que la dominancia ha alcanzado cierto grado de estabilidad y la evidencia del carácter anticompetitivo de la conducta es fuerte. El requisito de madurez permite respetar las ganancias como la recompensa del proceso de innovación, así como tomar en consideración que las empresas recientemente dominantes usualmente demoran un tiempo en aprender a excluir a sus competidores.

### B. Innovación, competencia e ideología

Como ha sido explicado, introducir la innovación en el razonamiento del Derecho de la Competencia ocasiona que sus directrices normativas pierdan claridad. A consecuencia de lo anterior, existe más espacio para que las autoridades de competencia puedan inmiscuir su visión personal en las decisiones adoptadas. Por un lado, siempre existe el riesgo de que las decisiones que determinan las prioridades de *enforcement* y la severidad del *antitrust* no sean tomadas en virtud del interés general; sino en atención a los intereses personales de las autoridades (Schrepel, 2020, pp. 334-339). Además, la parcialidad de las autoridades puede también surgir de un motivo algo más decoroso: sus prejuicios ideológicos.

El *antitrust* no es neutro pues, como un orden legal creado específicamente para resguardar a los agentes de mercado del poder de otros, protege al capitalismo de los capitalistas. En esta línea, no es una exageración decir que el Derecho de la Competencia es una declaración ideológica en sí. Es, en otras palabras, una consagración jurídica de la economía de mercado, pero al mismo tiempo una afirmación de la acción regulatoria estatal dirigida a mantener la competitividad, rivalidad y apertura de los mercados.

La proclamación ideológica que el Derecho de la Competencia constituye no es lo suficientemente precisa para determinar cómo aplicar sus normas. Al contrario, diferentes perspectivas políticas son admitidas dentro de ella, lo que genera el riesgo de interpretaciones contradictorias. Sin embargo, el *antitrust* ha sido objetivado asignándole en él un lugar especial a la economía (especialmente al área de la organización industrial) e interpretando sus normas en vistas a proteger el bienestar de los consumidores. De todas formas, el análisis a veces no genera la certeza suficiente sobre los efectos de la conducta, debido a la falta de información y la imposibilidad de medir todas las variables involucradas (Lao, 2014, pp. 654-655). Esto provoca que ciertos casos sean más proclives a ser decididos por los instintos ideológicos de los analistas, autoridades y jueces.

Ciertamente, los prejuicios ideológicos pueden constituir razones importantes para que los operadores jurídicos decidan un caso en cierto sentido. Conservadores pueden inclinarse a confiar en la capacidad del mercado para romper el poder monopólico a través de la destrucción creativa schumpeteriana. Socioliberales, por su parte, pueden verse más inclinados por la visión de Arrow y favorecer la intervención de la autoridad para mantener la apertura del mercado. Asimismo, la influencia de nuestros instintos ideológicos puede afectar la confianza que tenemos en la intervención del sistema en general. Dependiendo de la ubicación ideológica de quienes las plantean, las propuestas académicas se mueven entre el abstencionismo y el intervencionismo. Por ejemplo, basados en que los falsos positivos son más costosos que los falsos negativos, Manne y Wright (2010) tienen una

postura substantivamente abstencionista. Según argumentan, la falta de una teoría general sobre la innovación no permite determinar con cierto nivel de confianza la política a seguir en estos casos, por lo que el *antitrust* debiera ser humilde y cauteloso (2010, p. 193). Además, debido al efecto de la innovación en el crecimiento económico, los riesgos de los falsos positivos son aún más altos en estos casos (2010, p. 195). Sin embargo, es evidente que asumir que los falsos positivos son más costosos que los falsos negativos es, también, un juicio ideológico basado en la confianza en la acción correctora del mercado y la desconfianza en la intervención estatal.

Hovenkamp tiene una postura más equilibrada teóricamente, pero de similares consecuencias prácticas. Debido al rol crítico de la innovación en la tasa de crecimiento económico, el autor argumenta que las restricciones a la innovación son más dañinas que las restricciones anticompetitivas comunes (2011, pp. 751-752). Es decir, a partir de la misma base, arriba a una conclusión opuesta a la de Manne y Wright: ya que la innovación genera más bienestar, es aún más importante de la conducta que podría afectarla. Es necesario notar además que, siguiendo a Aghion *et al.* (2005), Hovenkamp cree que la relación entre innovación y competencia puede ser descrita como una "U invertida", esto es, que la estructura de mercado ideal para elevar la tasa de innovación es aquella con un nivel de concentración moderado (Hovenkamp, 2012, p. 802; Motta, 2004, p. 57). De esta forma, la postura de Hovenkamp es, en principio, menos abstencionista que la de Manne y Wright. Sin embargo, según argumenta, la política de competencia está limitada por motivos de carácter administrativo (Hovenkamp, 2007, pp. 255-256). Primero, por las dificultades que tienen los tribunales en prever los efectos de las prácticas comerciales en la tasa de innovación. Si en la práctica ha quedado demostrado lo difícil que es evaluar incluso los efectos inmediatos de las prácticas empresariales, predecirlos es prácticamente imposible. Segundo, porque la cuantificación de los impactos en la innovación es más dificultosa que observar desviaciones en el precio. Como consecuencia, incluso si un *antitrust* más intervencionista en casos de conductas que puedan afectar la innovación podría entregar considerables ganancias a la sociedad, construir esa política puede ser una tarea imposible.

Por otra parte, Baker nos recuerda que el *antitrust* no es un "intensificador de la competencia con propósito general" (2007, p. 589), por lo que el foco debe estar en aquellas industrias y conductas en que se pueda promover la innovación a través de las reglas de competencia. En particular, propone concentrar los esfuerzos en tres tipos de industrias, estas son: (i) mercados *winner-take-all* o *winner-take-most*; (ii) industrias en que los desarrollos regulatorios o técnicos determinan la competencia futura; y, (iii) industrias de crecimiento rápido (2007, pp. 593-598). En cuanto a las conductas, distingue dos áreas diferentes. En primer lugar, las conductas en las que el *antitrust* debe enfocarse para evitar restricciones en la innovación son las siguientes: (i) acuerdos injustificados que limiten los esfuerzos en R&D; (ii) operaciones de concentración que reducen el número de innovadores potenciales y que no crean eficiencias en materia de innovación; (iii) conductas que elevan los costos de transacción para fijar estándares tecnológicos comunes; y, (iv) restricciones en mercados tecnológicos (pp. 592 -593). Segundo, para promover la innovación en el mercado de productos, el Derecho de la Competencia debe enfocarse en: (i) acuerdos horizontales desnudos; (ii) acuerdos que faciliten la coordinación sin una justificación plausible; y, (iii) operaciones de concentración horizontales que puedan reducir la competencia en el mercado de productos (pp. 599-600).

La propuesta de Baker revela un importante grado de confianza en la competencia como impulsora de la innovación. Sus conclusiones derivan, en parte, de cierta incredulidad respecto a la supuesta relación de U invertida entre competencia e innovación. Tal escepticismo tiene una base fundada, pues los estudios en los que la U invertida se apoya han sido cuestionados por problemas metodológicos, principalmente relacionados con lo dificultoso de aislar el efecto de la competencia en el desarrollo del mercado (Baker, 2007, pp. 584 -586; Shapiro, 2012, pp. 373-374).

Los párrafos anteriores demuestran que, "para gustos, colores". La evidencia existente no es concluyente y, por ende, permite que la ideología permee la propuesta de los autores en una forma evidente. Esto no es, por cierto, un argumento para excluir la economía de estos casos. Por el contrario, es un llamado de atención: cuando se trata de innovación en el Derecho de la Competencia, las conclusiones de los especialistas están más distantes de lo habitual de la neutralidad ideológica.

### C. Eligiendo un modelo económico aplicable

En general, los casos de libre competencia están caracterizados por problemas de información incompleta. Jueces y autoridades se ven enfrentados entonces al problema de elegir modelos económicos para interpretar los datos con los que sí cuentan y, de esta forma, sustentar una teoría sobre el

supuesto daño competitivo. Este es el problema de la selección de modelo (Wright, 2012).

Debido a los asuntos ya descritos en este artículo, este problema es más difícil de resolver en los casos relacionados con innovación. La respuesta que finalmente se dé dependerá de variadas consideraciones. Por un lado, como ya se ha explicado en la subsección anterior, un motivo de importancia detrás de la elección podría ser la ideología de los operadores del sistema. Otros factores significativos pueden ser los intereses personales de las autoridades, su nivel técnico, la cantidad de recursos y la disponibilidad de información.

Wright argumenta que existen pocos mecanismos institucionales que obliguen a las agencias y tribunales a elegir el modelo más apoyado por la evidencia empírica para analizar el caso al que se enfrentan (2012, p. 256). Esto es lamentable, considerando que es deseable comenzar con el mejor análisis económico disponible y que "a través de la elección astuta de supuestos, cualquier estructura de mercado podría tener cualidades superiores para la innovación" (Scherer & Ross, 1990, p. 642).

Las respuestas que Wright entrega son dos. Por un lado, el sistema debe asumir un compromiso con el fortalecimiento del nivel técnico de los agentes involucrados (2012, pp. 264-267). Por otro, existen tres reglas metodológicas que debieran quedar reflejadas en la construcción institucional del sistema de libre competencia (2012, p. 263). Primero, el sistema debe comprometerse a elegir las teorías económicas más apropiadas para predecir el impacto de la práctica particular en la competencia. Segundo, tales teorías deben ser identificadas a partir de la evidencia empírica disponible. Finalmente, el sistema debe aplicar las herramientas de la teoría decisional (*decision theory*) para minimizar los costos de las decisiones erróneas. La teoría decisional se refiere a una metodología usada en marcos de información imperfecta que racionaliza, básicamente, las condiciones en que los agentes deben seguir recabando información para tomar sus decisiones o, por el contrario, simplemente adoptarlas (Beckner & Salop, 1999, pp. 41-42).

Los puntos de Wright son sensatos, al menos desde la óptica de un Derecho de la Competencia comprometido con una aproximación económica. Sin embargo, ellos no deben ser vistos como una solución definitiva, pues las dudas que dejan planteadas no tienen respuestas precisas. ¿Cómo determinar cuál es el modelo más apoyado por la evidencia disponible? ¿Cómo determinar cuándo es apropiado, en un caso específico, no seguir recabando información? Estos son asuntos que, en definitiva, dependen de los equilibrios institucionales dentro del sistema. Dicho de otra forma, dependerán de los mecanismos de control y contrapeso que existan dentro de ellos, como, por ejemplo, el nivel de deferencia judicial hacia la autoridad o el estándar probatorio aplicable.

### D. Construyendo estándares normativos sustantivos: ¿valor exógeno o endógeno?

Un dilema final se refiere a la forma de inclusión de las consideraciones sobre innovación en el Derecho de la Competencia. ¿Deben incluirse en forma directa o indirecta? ¿Deben ser incluidas en absoluto? La respuesta es un asunto complejo, puesto que el *antitrust* está compuesto por normas ambiguas que necesitan de patrones reconocibles y uniformes a través del tiempo para cumplir con un estándar aceptable de certeza jurídica para los agentes de mercado.

Ibáñez Colomo ha analizado la introducción de la idea de innovación en el Derecho de la Competencia de la Unión Europea (2016, pp. 203-214). Por un lado, la Comisión Europea ha ocupado la innovación como criterio en **forma indirecta**, interviniendo debido a la reducción de competencia, pero relacionando esta con la afectación de los incentivos y la capacidad de innovación. En otras ocasiones la innovación ha sido introducida **directamente** en la teoría del daño, oportunidades en que la intervención es justificada en que la innovación ha sido dañada. Esto último ocurrió, por ejemplo, en el caso *Microsoft* (2007). El problema, como demostró la decisión del Tribunal General, es que fundar la aplicación de las reglas de competencia en la afectación de la tasa de innovación puede provocar cambios en los requisitos considerados necesarios para activar la prohibición. En esta línea, exigir un daño a la innovación y no a la competencia genera incertidumbre y abre un mayor espacio a la arbitrariedad. En particular, el autor (2016, pp. 214-216, 217-218) menciona dos asuntos que se ven afectados: el estándar probatorio y la discrecionalidad administrativa.

En cuanto al estándar probatorio aplicable, el Derecho de la Competencia de la Unión Europea no es claro. Los tratados europeos no contienen normas expresas sobre el asunto, así como tampoco lo hacen las regulaciones. Por su parte, los tribunales europeos se han limitado a declarar si las partes cumplen o no con el estándar probatorio requerido legalmente, pero no especifican cuál. No obstante lo anterior, de existir un estándar probatorio preciso, sería difícil afirmar si aquel fue cumplido o no por las partes en los casos en que la teoría del caso se base en la existencia de un daño a la tasa de innovación. En estos casos, los tribunales tendrían dos alternativas: rechazar las alegaciones fundadas puramente en este daño directo parali-

zando parcialmente el *enforcement*, o relajar sus estándares probatorios, dejando a las partes acusadas en indefensión.

El asunto también es complicado desde la óptica de la discrecionalidad administrativa. El tamaño real del problema para el sistema de libre competencia de una jurisdicción en particular depende del diseño institucional en su totalidad. En el Derecho de la Unión Europea, el dilema es importante. La Comisión Europea posee amplios poderes como la agencia de competencia al nivel de la Unión, los que incluyen la adopción de decisiones. Así, se trata de un organismo administrativo que tanto investiga como juzga. Además, los tribunales no ejercen una revisión judicial intensa en todos los asuntos, puesto que hay materias en que esta tiene un carácter limitado. Un ejemplo de esto son las denominadas "evaluaciones económicas complejas". En materias como la definición de mercado relevante, la Comisión tiene que cometer un error manifiesto para que el Tribunal General anule la decisión. Para el caso de controlar teorías del daño basadas puramente en la afectación de la capacidad y los incentivos para innovar, el asunto es ligeramente distinto. Aunque en la determinación del Derecho aplicable, la revisión judicial es completa *de iure* (y la determinación de estándares sustantivos se encuentra ciertamente en esta área), la introducción de la innovación puede disminuir la intensidad de *control de facto*. Esto ocurre porque es difícil tener estándares operativos contra los que comparar la realidad de los casos. Dicho de otra manera, el problema no es que las cortes se hayan abstenido de controlar a la Comisión, sino que es muy dificultoso hacerlo.

En consecuencia, aunque es cierto que la innovación es más importante para el crecimiento que la competencia estática y, por ende, las restricciones competitivas que afectan la innovación normalmente serán más dañinas que las conductas anticompetitivas tradicionales, parece sensato no permitir teorías del daño que estén basadas solo en consideraciones sobre innovación. En caso contrario, existe el riesgo de que la incerteza aumente a un nivel intolerable para los regímenes jurídicos que pretenden cumplir con estándares mínimos de justicia y respeto a los derechos fundamentales.

## V. CONCLUSIONES

Ginsburg y Wright aseveran que "no importa qué tan sofisticado es el análisis ni el nivel de confianza que tengan las predicciones, el futuro siempre será más incierto que el presente" (2012, pp. 14-15). Esta incerteza es aún mayor cuando se trata de predecir algo que ni siquiera es comprendido del todo, como la innovación. Si bien ésta puede ser el elemento más importante del progreso económico de las sociedades a largo plazo, su interacción con el nivel de competencia no ha sido acarada completamente y esta incertidumbre afecta el análisis realizado por el Derecho de la Competencia.

De todas formas, es posible enfocarse en ciertas fuerzas y principios claves que permiten ordenar el análisis en casos particulares: apropiabilidad, efecto de reemplazo, incentivo a anticipar una innovación externa y sinergias. Adicionalmente, es sensato realizar las distinciones correspondientes entre incentivos pre-innovación, incentivos post-innovación, competencia por innovar y competencia en el mercado de productos.

En cuanto a los problemas, la innovación hace poco apta la metodología tradicional de análisis del *antitrust*, basada en el uso de cuotas de mercado calculadas a partir de la definición del mercado relevante. En este panorama, es sensato buscar alternativas, como el estudio de las capacidades internas que permiten a las empresas convertirse en innovadores. Asimismo, las incertezas creadas por la innovación hacen al *antitrust* más permeable que de costumbre a consideraciones ideológicas, lo que afecta las propuestas doctrinales y la elección de modelos económicos en los que sustentar las teorías del daño defendidas por las agencias de competencia. Estas complicaciones se extienden también a factores sustantivos e institucionales. La introducción de la innovación en el razonamiento del *antitrust* genera dudas en torno a los requisitos exigidos por los tribunales para aplicar las prohibiciones respectivas o para controlar las operaciones de concentración en que ella sea un factor relevante. Adicionalmente, esto puede imponer retos a la estructura institucional del Derecho de la Competencia, los que deben ser resueltos en forma tal que ni el *enforcement* sea paralizado ni los derechos de defensa de las partes sean afectados.

De esta manera, la innovación es probablemente el mayor desafío que enfrenta el Derecho de la Competencia en la actualidad. Las agencias y los tribunales quedan día a día más expuestos a decidir casos que pueden afectarla sustancialmente y, en mayor o menor medida, sus decisiones son apuestas que seguirán dando forma a esta área del Derecho. En este proceso es deseable que los agentes sepan, al menos, las complicaciones y la importancia de lo que se están jugando.

## REFERENCIAS

Aghion, P., Bloom, N., Blundell, R., Griffith, R., & Howitt, P. (2005). Competition and innovation: an inverted-u relationship. *The Quarterly Journal of Economics, 120*(2), 701-728.

Aghion, P., & Griffith, R. (2005). *Competition and growth: Reconciling theory and evidence.* The MIT Press.

Aghion, P., & Tirole, J. (1994). The management of innovation. *The Quarterly Journal of Economics, 109*(4), 1185-1209.

Arrow, K. (1962) . Economic welfare and the allocation of resources for invention. En Universities National Bureau Committee for Economic Research and the Committee on Economic Growth of the Social Science Research Councils, *The rate and direction of inventive activity: economic and social factors* (pp. 609-626). Princeton University Press.

Bain, J. S. (1968). *Industrial Organization* (2nd Ed.). Wiley & Sons.

Baker, J. B. (2007). Beyond Schumpeter v. Arrow: how antitrust fosters innovation. *Antitrust Law Journal, 74*(3), 575-602.

Beckner, C. F., & Salop, S. C. (1999). Decision theory and antitrust rules. *Antitrust Law Journal, 67*(1), 41-76.

Chamberlin, E. (1933). *The theory of monopolistic competition*. Harvard University Press.

Clark, J. M. (1940). Toward a concept of workable competition. *The American Economic Review, 30*(2), 241-256.

Cohen, W. M. (2010). Fifty years of empirical studies of innovative activity and performance. En Hall, B. H., & Rosenberg, N. (Eds.), *Handbook of Economics of Innovation* (pp. 129-213), Elsevier.

Cohen, W. M., & Levin, R. (1989). Empirical studies of innovation and market structure. En Schmalensee, R., & Willig, R. (Eds.) *Handbook of Industrial Organization* (pp. 1059-1107), Elsevier.

Dana, W. F. (1894) . "Monopoly" under the National Anti-trust Act, *Harvard Law Review, 7*(6), 338-355.

Devlin, A., & Jacobs, M. (2012). Anticompetitive innovation and the quality of invention. *Berkeley Technology Law Journal,27*(1), 1-53.

Dodd, S. C. T. (1893). The present legal status of trusts. *Harvard Law Review, 7*(3), 157-169.

Easterbrook, F. H. (1984). The limits of antitrust. *Texas Law Review, 63*(1), 1-40.

Ezrachi, A., & Stucke, M. E. (2016). *Virtual competition: the promise and perils of the algorithm-driven economy.* Harvard University Press.

Farrell, J., & Shapiro, C. (2010). Antitrust evaluation of horizontal mergers: An economic alternative to market definition. *The BE Journal of Theoretical Economic, 10*(1).

Gilbert, R. (2006). Looking for Mr. Schumpeter: Where are we in the competition-innovation debate? *Innovation Policy and the Economy,* (6), 159-215.

(2020) *Innovation matters: Competition policy for the high-technology economy*. The MIT Press.

Ginsburg, D. H., & Wright, J. D. (2012). Dynamic analysis and the limits of antitrust institutions. *Antitrust Law Journal, 78*(1), 1-21.

Grunes, A. P., & Stucke, M. E. (2016). *Big data and competition policy.* Oxford University Press.

Harrison, J. L. (2016). Comments on Richard Markovits's claim that the requirement of possession of pre or post market power is unnecessary in monopolization and attempt to monopolize cases and a proposed second-best reconciliation of the per se and conventional approaches to dangerous probability. *The Antitrust Bulletin*, *61*(1), 155-166.

Hayek, F. A. (1948). *Individualism and economic order*. University of Chicago Press.

Holmes, T. & Schmitz, J. (2010). Competition and productivity: a review of evidence. *Annual Review of Economics*, (2), 619-642.

Hovenkamp, H. J. (2007). Restraints on innovation. *Cardozo Law Review*, *29*(1), 247-260.

(2011). Antitrust and innovation: where we are and where we should be going. *Antitrust Law Journal*, *77*(3), 749-756.

(2012). Competition for innovation. *Columbia Business Law Review,* (3), 799-833.

Ibáñez Colomo, P. (2016). Restrictions on innovation in EU competition law. *European Law Review*, *41*(2), 201-219.

Kaplow, L. (2010). Why (ever) define markets? *Harvard Law Review*, *124*(2), 437-517.

(2011). Market share thresholds: on the conflation of empirical assessments and legal policy judgments. *Journal of Competition Law and Economics*, *7*(2), 243-276.

(2017). On the relevance of market power. *Harvard Law Review*, *130*(5), 1303-1407.

Katz, M. L., & Shelanski, H. A. (2005). Merger policy and innovation: must enforcement change to account for technological change? *Innovation Policy and the Economy*, (5), 109-165.

(2007). Merger analysis and the treatment of uncertainty: should we expect better? *Antitrust Law Journal*, *74*(3), 537-574.

Kwoka, J. (2018). The effects of mergers on innovation: economic framework and empirical evidence. En Niohul, P. & P. Van Cleynenbreugel (Eds.) *The roles of innovation in competition law analysis* (pp. 13-33). Elgar.

Landes, W. M., & Posner, R. A. (1981). Market power in antitrust cases. *Harvard Law Review*, *94*(5), 937-996.

Lao, M. (2014). Ideology matters in the antitrust debate. *Antitrust Law Journal*, *79*(2), 649-686.

Lemley, M. A. (2011). Industry-specific antitrust policy for innovation. *Columbia Business Law Review*, (3), 637-653.

Lerner, A. P. The concept of monopoly and the measurement of monopoly power. *Review of Economic Studies*, *1*(3), 157-175.

Manne, G. A., & Wright, J. D. (2010). Innovation and the limits of antitrust. *Journal of Competition Law & Economics*, *6*(1), 153-202.

Marcos, F. (2018). Innovation by dominant firms in the market: damned if you don't … but damned if you do? En Nioul, P. & P. Van Cleynenbreugel (Eds.) *The roles of innovation in competition law analysis* (pp. 33-50). Elgar.

Markovits, R. S. (2014). *Economics and the interpretation and application of US and EU antitrust law: economics-based legal analyses of mergers, vertical practices, and joint ventures*. Springer.

Motta, M. (2004). *Competition policy: Theory and practice*. Cambridge University Press.

Nicholas, T. (2011). What drives Innovation. *Antitrust Law Journal*, *77*(3), 787-809.

Petit, N. (2019). Innovation competition, unilateral effects and merger policy. *Antitrust Law Journal*, *82*(3), 873-920.

Posner, R. A. (1975). The social costs of monopoly and regulation. *The Journal of Political Economy*, *83*(4), 807-828.

Reinganum, J. F. (1989). The timing of innovation: research, development, and diffusion. En Schmalensee, R. & R. Willig (Eds.) *Handbook of Industrial Organization* (pp. 849-908), Elsevier.

Robertson, V. H. S. E. (2020). *Competition law's Innovation factor: the relevant market in dynamic contexts in the EU and the US*. Hart.

Robinson, J. (1938). *The economics of imperfect competition*. Palgrave Macmillan.

Sidak, J. G., & Teece, D. J. (2009). Dynamic competition in antitrust law. *Journal of Competition Law & Economics*, *5*(4), 581-631.

Scherer, F. M. & Ross, D. (Ed.). (1990). *Industrial market structure and economic performance* (3rd ed.). Houghton Mifflin.

Schmalensee, R. (1989). Inter-industry studies of structure and performance. En *Handbook of Industrial Organization* (pp. 951-1009). Elsevier.

Schrepel, T. (2018). Predatory innovation: the definite need for legal recognition. *SMU Science and Technology Law Review*, *21*(1), 19-73.

(2020). Antitrust without romance. *NYU Journal of Law & Liberty*, *13*(2), 326-432.

Schumpeter, J. (2010). Capitalism, socialism and democracy. Taylor & Francis (Original publicado en 1943).

Shapiro, C. (2012) Competition and innovation Did Arrow Hit the Bull's Eye? En Lerner, J. & S. Stern (Eds.), *The rate and direction of inventive activity revisited* (pp. 301-404), University of Chicago Press.

Stucke, M. E., & Ezrachi, A. (2020). *Competition Overdose: How free market mythology transformed US from citizen kings to market servants*. Harper Collins Publishers.

Teece, D. J. (1986). Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy, *Research Policy*, *15*(6), 285-305.

Tirole, J. (1988). *The theory of industrial organization*. The MIT Press.

Van Cleynenbreugel, P. (2018). Innovation in competition law analysis: making sense of ongoing academic and policy debates. En Niohul, P. & P. Van Cleynenbreugel (Eds.) *The roles of innovation in competition law analysis* (pp. 2-13). Elgar.

Werden, G. J. (1992) . The history of antitrust market delineation. *Marquette Law Review*, *76*(1), 123-216.

(2002). Assigning market shares. *Antitrust Law Journal*, *70*(1), 67-104.

(2003). The 1982 merger guidelines and the ascent of the hypothetical monopolist paradigm. *Antitrust Law Journal*, *71*(1), 253-275.

Winter, S. G. (2006). The logic of appropriability: from Schumpeter to Arrow to Teece. Research Policy, *35*(8), 1100-1106.

Wright, J. D. (2012). Abandoning antitrust's Chicago obsession: the case for evidence-based antitrust. *Antitrust Law Journal*, *78*(1), 241-272.

Wu, T. (2012). Taking innovation seriously: antitrust enforcement if innovation mattered most. *Antritrust Law Journal*, *78*(2), 313-328.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Comisión Europea (2009), Comunicación de la Comisión – Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, 2009/C 45/02.

Comisión Europea (2004), Comunicación de la Comisión – Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, 2004/C 101/08

Decisión del Tribunal de Primera Instancia del 17 de septiembre de 2007, Microsoft Corp. c. Commission of the European Communities, Caso T-201/04, EU: T:2007:289.

Decisión del 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG c. Commission of the European Communities, Caso 26-76, EU:C:1977:167.

Decisión del 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (L.T.M.) c. Maschinenbau Ulm GmbH (M.B.U.)., Caso 56-65, EU:C:1966:38.

Ley Sherman Antitrust, 15 U.S.C. §§ 1-7 (EE.UU).

Standard Oil Co. of New Jersey c. United States, 221 U.S. 1 (1911).

United States c. Aluminum Co. of America (Alcoa), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

# MISCELÁNEAS

10.18800/themis.202002.026

# LA MUERTE DIGNA BAJO LA JURISPRUDENCIA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

## *THE RIGHT TO DIE WITH DIGNITY UNDER THE JURISPRUDENCE OF HUMAN RIGHTS LAW*

**Josefina Miró Quesada Gayoso***
**Ex miembro de THĒMIS**
**Pontificia Universidad Católica del Perú**

*Currently, the right to die with dignity has come to the forefront in the Peruvian political debate since the domestic legal framework not only denies this right to whom aims to exercise, but penalizes it. However, when transcending this legal framework, the outlook varies.*

*This article explores the scope and content of the human rights that underpin the right to die with dignity exercised by a conscious person in full mental faculties requesting to put an end to its life due to intolerable pain suffered as a result of an incurable disease. Based on the study of international instruments of human rights protection, as well as the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, it is argued that one's faculty to intervene in one's life not only does not constitute a violation of international obligations of States Parties to treaties such as the American Convention, but represents the respect and guarantee of such rights.*

*Keywords: Right to die with dignity; dignified life; autonomy; freedom; euthanasia.*

*El derecho a morir dignamente ha ganado relevancia en el debate público en el Perú a partir del caso de Ana Estrada. Se trata de la primera peruana que solicita al Estado reconocer este derecho y evitar la criminalización de una de sus formas: la eutanasia. Por encima del marco jurídico interno, se aprecian importantes contribuciones desde el derecho internacional en la delimitación de este derecho.*

*El presente artículo analiza los alcances, y el contenido de los derechos humanos que fundamentan al acceso a una muerte digna por parte de una persona consciente y en plenas facultades mentales, que solicita el cese de su vida debido a dolores intolerables que padece como resultado de una enfermedad incurable. A partir del estudio de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, así como la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la autora sostiene que la facultad de cada quien de intervenir sobre su proceso de muerte no solo no constituye una vulneración a las obligaciones internacionales de Estados Parte de tratados como la Convención Americana, sino que representa el respeto y garantía de tales derechos.*

*Palabras clave: Muerte digna; vida digna; autonomía; libertad; eutanasia.*

* Abogada. Candidata a Máster en Criminología por la Universidad de Cambridge. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Penal y Criminología (GRIPEC) y del Grupo de Investigación sobre Protección Internacional de los Derechos de las Personas y los Pueblos (PRIDEP-PUCP). Miembro de Gabinete en la Defensoría del Pueblo (Lima, Perú). Contacto: a20111818@pucp.edu.pe

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 7 de junio de 2020, y aceptado por el mismo el 9 de octubre de 2020.

*"Si se nos da la opción entre una muerte dolorosa y otra sencilla y apacible, ¿por qué no escoger esta última? Del mismo modo que elegiré la nave en que navegar y la casa en que habitar, así también la muerte con que salir de la vida".*
*SÉNECA*

## I. INTRODUCCIÓN

La muerte digna ha aparecido en el debate público, en el Perú, a partir del caso de una ciudadana de 44 años que, por primera vez en este país, solicita al Estado peruano el reconocimiento de su derecho a la muerte en condiciones dignas. Su nombre es Ana Estrada Ugarte y padece de polimiositis, una enfermedad muscular incurable, degenerativa y progresiva, en etapa avanzada, que debilita sistemáticamente sus músculos, manteniéndola en un estado de muy alta dependencia, bajo un grave riesgo de desarrollar infecciones respiratorias.

La Defensoría del Pueblo ha asumido la defensa de que los derechos humanos que reclama sean respetados, protegidos y garantizados por el Estado ante un juzgado constitucional. Esto debido a que hoy el acceso a una muerte digna, a través del procedimiento médico de la eutanasia, tal como ella lo solicita, está tipificado como un delito en el Código Penal de 1991. Por eso, se solicita inaplicar esta norma a fin de reconocer y hacer valer el conjunto de los derechos humanos que subyacen a esta prohibición penal.

Hay que reconocer que la muerte digna encuentra su fundamento en el ejercicio de derechos humanos y no solo implica no perseguir penalmente la conducta a través de la cual esta se ejerce, sino también cumplir la obligación que tiene el Estado de brindar un marco normativo y funcional que permita dar entidad a los mandatos de protección de tales derechos (Alvites Alvites, 2017, p. 155). Por eso, además de no aplicar los efectos de la norma, se solicita un procedimiento legal para implementar la eutanasia.

En un blog inaugurado en enero de 2019, espacio en el que Ana Estrada escribe sobre su derecho a la muerte digna, ella sostuvo lo siguiente:

> […] [M]ientras no tenga el poder de mi libertad seguiré viviendo presa en un cuerpo que se está deteriorando cada minuto y que me atará a mi cama conectada las 24 horas al respirador y empezarán las úlceras en la piel que no son otra cosa que heridas que se expanden y profundizan hasta que se logra ver el hueso. Esas heridas supurarán pus y olerán a podrido y el tejido se va a necro[s]ar. Pero eso será solo el comienzo de sendas infecciones y más medios invasivos y amputaciones y no moriré. **Ese infierno será eterno y, repito, mi mente estará completamente lúcida para vivir cada dolor en una cama de hospital sola y queriendo mori**r (Estrada Ugarte, 2020) [el énfasis es nuestro].

Para entender el concepto de muerte digna, primero hay que definirlo. Cuando en este artículo me refiera a aquella, aludiré al derecho a acceder a una muerte sin sufrimiento, ni dolor físico o psicológico, en el que una persona tiene la posibilidad de tener control sobre su proceso de muerte cuando su vida resulta incompatible con su idea de dignidad. Como estableció la Corte Constitucional de Colombia, morir dignamente involucra aspectos que garantizan que "luego de un ejercicio sensato e informado de toma de decisiones, la persona pueda optar por dejar de vivir una vida con sufrimientos y dolores intensos" (Sentencia T-970/14, 2014, fundamento 5.3). En su momento, aquel tribunal determinó que se trata de una garantía compuesta de dos aspectos básicos: la dignidad humana y la autonomía individual (Sentencia T-970/14, 2014, fundamento 5.2).

Este derecho puede concretarse a través de diversos comportamientos: la asistencia al suicidio, en la cual un paciente se da muerte a sí mismo y un tercero se limita a suministrar los fármacos para concretarlo; la eutanasia, en la que un tercero –usualmente, un médico– causa deliberadamente la muerte de un paciente con enfermedad grave e irreversible que así se lo solicita; la limitación del esfuerzo terapéutico, en el que se retiran las medidas de soporte vital que resultan fútiles para mejorar su calidad de vida futura; u otros, como los cuidados paliativos, que buscan prevenir y aliviar el sufrimiento de personas con enfermedades que amenazan la vida mediante el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales[1].

Hablar sobre la decisión de disponer la vida de uno implica, como señala Dworkin, tres escenarios donde la persona que lo solicita puede (i) estar

[1] La Organización Mundial de la Salud la define como

> un enfoque que mejora la calidad de vida de los pacientes y sus familias que enfrentan los problemas asociados con una enfermedad que amenaza la vida, a través de la prevención y alivio del sufrimiento mediante la identificación temprana y la evaluación minuciosa, y el tratamiento del dolor y otros problemas físicos, psicosociales y espirituales (2007, p. 3) [traducción libre].

consciente y tener competencia para decidir sobre sí; (ii) estar inconsciente, por lo general, en estado de coma o vegetativo, situación en que los familiares o el médico toman la decisión de prolongar o no su vida; o, (iii) estar consciente, pero carecer de capacidad para decidir, como ocurre, por ejemplo, en el caso de menores de edad o personas con alguna discapacidad psicosocial que así se lo impide (Dworkin, 1994, p. 183). En esta oportunidad, me limitaré al supuesto más claro de muerte digna a través de un procedimiento de eutanasia, en el que una persona consciente y en pleno uso de sus facultades mentales, libre de una situación de vulnerabilidad que vicie su voluntad, solicita expresamente poner fin a su vida debido a los dolores intolerables que padece producto de una enfermedad incurable.

A nivel internacional, no existe un tratado que recoja expresamente la muerte digna como un derecho humano a ser protegido por el Estado. De hecho, la mayoría de los Estados, incluido el Perú, no solo no lo reconocen como tal, sino que criminalizan actos que buscan materializar este derecho bajo pena de prisión, tales como la eutanasia o el suicidio (médicamente) asistido, a través de figuras como el delito de homicidio piadoso o auxilio al suicidio, dependiendo de la regulación penal de cada país. Muy pocos Estados a nivel internacional[2] lo han reconocido como un derecho, sea a través de la despenalización de los delitos que lo sancionan y, en ciertos supuestos, mediante la posterior legalización del procedimiento médico. En su mayoría, el reconocimiento ha venido impulsado por la vía jurisprudencial, antes que por la vía legislativa.

La ausencia de una regulación expresa en el sistema universal y regional de protección de derechos humanos no es óbice, sin embargo, para sostener que, a partir del reconocimiento de una serie de derechos humanos que lo fundamentan –como es el derecho a la dignidad, a la vida digna, al libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir tratos crueles e inhumanos– es posible afirmar que existen obligaciones internacionales de respetar, proteger y garantizar el derecho de una persona que así lo desea, de acceder a una muerte en condiciones dignas, a partir de fuentes convencionales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH) y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) que vinculan a los Estados parte de los respectivos tratados que lo regulan. En esa línea, el presente trabajo pretende ofrecer alcances importantes sobre los derechos humanos que fundamentan el ejercicio del derecho a una muerte digna.

Para ello, este trabajo divide el análisis en dos partes. Una primera parte abocada al estudio del contenido y alcance de los Derechos Humanos que fundamentan el derecho a una muerte digna, a partir de la lectura que ofrecen los principales instrumentos internacionales de Derechos Humanos del Sistema Interamericano[3] y el Universal, léase la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante, DADH) de 1948, la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH) de 1969[4], la Declaración Universal de los Derechos Humanos (en adelante, DUDH) de 1948 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en adelante, PIDCP) de 1966, así como de los órganos encargados de interpretar y aplicarlos. En la segunda parte, debido a que, en la actualidad, no existe caso alguno sobre muerte digna, suicidio asistido o eutanasia que haya llegado a la Corte IDH, se estudiará uno de los casos más emblemáticos abordados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), *Pretty c. Reino Unido*, a la luz de la protección de Derechos Humanos que desarrollo en la primera sección. Una breve conclusión, finalmente, cierra el trabajo.

## II. DERECHOS HUMANOS QUE FUNDAMENTAN LA MUERTE DIGNA

### A. Derecho a la vida

La muerte constituye el desenlace de la vida. La muerte digna, por su parte, es la potestad de decidir cómo vivir los últimos momentos de nuestras vidas: ¿Queremos agonía? ¿En sufrimiento? ¿O queremos controlar el estadio final de una vida que ya dejó de ser digna para quien la vive? Entender la muerte digna como parte de la vida exige comprender que el derecho a la vida no se limita a una subsistencia en el sentido fisiológico del término. Reducir la vida a una existencia biológica,

[2] Entre ellos, Colombia, Países Bajos, Suiza, Luxemburgo.

[3] Otros tratados que resultan relevantes, pero que no serán abordados en este artículo, aprobados por la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) son la Convención Americana para Prevenir y Sancionar la Tortura, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer.

[4] La Convención Americana de Derechos Humanos cuenta con dos protocolos: uno sobre los derechos económicos, sociales y culturales (de San Salvador), y otro sobre la abolición de la pena de muerte.

sin preocupación por las condiciones mínimas para desarrollar las potencialidades del individuo implicaría vaciar el derecho de contenido.

Ahora bien, ¿qué lleva a una persona en situación de sufrimiento físico y psicológico, producto de una enfermedad, a optar por la muerte como una salida al término de sus dolores? En términos sencillos, es la idea de que la existencia en dichas condiciones deja de ser para esta persona compatible con su dignidad humana, pues habiendo descartado alternativas de mejoras de la salud, solo queda seguir prolongando una vida no deseada que es, a su vez, dolorosa.

Frente a ello, ¿debe un Estado exigirle a una persona cuya vida es fuente de agonías –y en esto, nadie mejor que un paciente para delimitar lo que vive y siente– seguir resistiendo el dolor hasta la muerte? Quienes sostienen que sí, señalan que el Estado tendría un deber de preservar la vida de las personas bajo su jurisdicción; por ende, no solo estaría prohibido de realizar actos que le pongan fin, aun si es a pedido del titular de este derecho, sino que estaría obligado a impulsar acciones encaminadas a protegerla a como dé lugar, por encima de la voluntad del titular de esta vida.

En estos casos, es frecuente que el legislador se pliegue a una moral católica que considera a la vida un don sobrenatural, y rechace, aún de lejos, toda intromisión del ser humano en ella, al atribuirle una cualidad de santidad, cuyo origen divino genera que el único legitimado para ponerle fin sea su creador (García Rivas, 2001, p. 152). En otras palabras, no se le reconoce al individuo poder alguno sobre su vida, pues el designio divino manda que solo Dios la da y solo Él la puede quitar. Si en la Antigüedad clásica, la cultura griega elogiaba el autogobierno y el buen morir, el triunfo del cristianismo fue convertir a los seres humanos en menores de edad, negándoles toda capacidad de decidir sobre sus vidas (Martínez Sampere, 2000).

Esta postura de proteger una vida como objeto independiente de la voluntad de su titular, además de ser contraria a un Estado laico, confunde el derecho a la vida con la vida en sí misma (Aguilera Portales & Gonzalez Cruz, 2012). En esa línea, la Corte Constitucional de Colombia señala que "no se trata de restarle importancia al deber del Estado de proteger la vida sino, como ya se ha señalado, de reconocer que esta obligación no se traduce en la preservación de la vida s[o]lo como hecho biológico" (Sentencia C-239-97, 1997). Considerar que ello es así, destacan Siverino y Mujica, implicaría asumir

> una concepción casi parasitaria del individuo que debe sostener este valor biológico superior a sí mismo, a su biografía, su identidad, su humanidad misma, debido a que es el antecedente material que lo soporta, desconociendo las condiciones de humanidad que le dan sentido a esta existencia, que no sólo es biología sino fundamentalmente biografía (2012, p. 92).

En otras palabras, implicaría proteger la biología, sobre la biografía de los seres humanos, o sostener que el derecho a la vida se funda, en última instancia, en el ADN.

Sin embargo, si el derecho a la vida fuera solo la existencia biológica, ¿cómo se explica que su contracara, la **muerte**, tenga más de una definición en distintos ordenamientos jurídicos[5], dando cuenta que, antes que un hecho fisiológico, este es cultural? De hecho, la muerte por inactividad cerebral presupone una transición del concepto de **vida sagrada** al de **dignidad de la persona**, en tanto valor supremo, al punto de que, una vez muerto el cerebro, el cuerpo puede usarse, aunque siga vivo, para bien de otras personas, contando con su consentimiento expresado en vida (Chamorro, 2001, p. 121).

Sin duda, la formación del concepto **vida** ha estado marcado por consideraciones políticas, científicas y teológicas. El hecho de que, para definirla, siga anclándose su contenido en indicadores biomédicos genera no pocas veces una confusión entre el concepto de vida digna de las personas y vida del viviente biológico, que penetra el discurso de lo jurídico. Como expresan Siverino y Mujica, al ubicar a la persona en un cuerpo biológico y al construir derechos de defensa de la vida biológica universal, es que los derechos quedan imbricados a la biología y al cuerpo como entidades de control, supervisión y tutela (2012, p. 96).

Una concepción así de la vida, empero, despoja de todo sentido la base en la que se funda un Estado democrático: la dignidad humana. El derecho a la vida no puede desligarse de la dignidad reconocida a los seres humanos, y no así a todo ser viviente. Este define el derecho a vivir hasta el último momento (lo que incluye la muerte, modo y momento

[5] Así, por ejemplo, en distintos ordenamientos jurídicos, la figura de la muerte civil se determina en función a la muerte cardiopulmonar (cuando deja de latir el corazón), o a partir de la muerte encefálica (cese irreversible de la actividad cerebral), o la muerte presunta. Y ni qué decir de la ficción del Derecho romano que consideraba jurídicamente **muerto** a un ciudadano que había caído en la esclavitud.

de la misma), acorde a la valoración individual que se tenga sobre la calidad de vida de uno (Martínez Sampere, 2000, p. 20).

Veamos, entonces, qué ofrece la jurisprudencia en materia de DIDH sobre los alcances del derecho a la vida. En lo que respecta al sistema interamericano, este se encuentra protegido en el artículo 4 de la CADH, el artículo 1 de la DADH[6], y los artículos 6[7] y 9[8] del Protocolo Adicional a la CADH en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (o Protocolo de San Salvador), en concreto referidos a una **vida digna**.

Dada la naturaleza jurídica de la CADH[9], este tratado no solo pretende evitar posibles vulneraciones a los derechos humanos contemplados en él, sino que busca, a su vez, promoverlos (Salmón Gárate, 2019, p. 54). Por esta razón, los Estados parte no solo se encuentran obligados, según el artículo 1, a respetar los derechos (no violarlos directa e indirectamente), pero, además, a garantizar (adoptar todas las medidas necesarias para evitar la obstaculización) su libre y pleno ejercicio sin ningún tipo de discriminación (obligación general). Ello implica, acorde al artículo 2, el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades regulados. El incumplimiento de estas obligaciones genera su responsabilidad internacional.

En lo que concierne al sistema interamericano, el artículo 4 de la CADH regula el derecho de toda persona a que se respete su vida y agrega: "nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente". Se trata de uno de los derechos más desarrollados por la Corte IDH, concebido también como un presupuesto para el ejercicio de los demás derechos[10]. Entre sus manifestaciones, se encuentra la prohibición de la pena de muerte, las ejecuciones extrajudiciales y el uso desproporcionado de la fuerza, las desapariciones forzadas, la protección de la vida en el contexto de la pena privativa de la libertad y el concepto de vida digna (Carpizo & Valadés, 2010, p. 34). Los tratados internacionales de protección de derechos humanos, así, no imponen a los individuos un deber de vivir, sino reconocen y protegen el derecho a hacerlo en condiciones de dignidad, con lo cual, asimismo, prohíben la privación arbitraria de la misma.

En términos sencillos, entonces, el derecho a la vida del artículo 4 recoge una obligación negativa, consistente en la prohibición de que una persona sea arbitrariamente privada de su vida, y otra positiva, que incluye el deber estatal de adoptar todas las medidas apropiadas para "proteger y preservar el derecho a la vida, conforme al deber de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos de todas las personas bajo su jurisdicción" (*Pacheco León y otros c. Honduras*, 2017, párr. 144). A fin de determinar la compatibilidad del acceso a una muerte digna con el derecho a la vida, habría que preguntarse si ello supone, en primer término, una privación arbitraria de la vida, y en segundo, si colisiona con el deber del Estado de proteger y garantizar el derecho a la vida en condiciones de dignidad.

Sobre lo primero, es importante recordar que no cualquier privación de la vida es una vulneración a este derecho y que la disposición de la vida la realiza quien es el titular de este derecho. En otras palabras, no es una privación **arbitraria** por parte de terceros. En todo caso, la participación de un tercero en facilitar el cese de la vida sea a través de un suicidio asistido, o de concretarlo a través de la eutanasia, se produce como resultado de la autonomía y libre decisión del titular de la vida, quien así lo solicita. No está de más reiterar que, a pesar de su innegable importancia, el derecho a la vida no es un derecho absoluto y



6 El artículo I de la DADH establece lo siguiente: "Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona" (1948).

7 El artículo 6.1 del Pacto de San Salvador establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada" (1988).

8 El artículo 9.1 del Pacto de San Salvador establece lo siguiente:

> Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes (1988).

9 La Corte IDH, a través de su Opinión Consultiva 02/82 ha señalado lo siguiente:

> los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales de tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción (1982, párr. 29).

10 Véase el caso *Pacheco León y otros c. Honduras* (2017, párr. 144).

admite limitaciones. Por eso, la prohibición es exclusivamente respecto de las muertes **arbitrarias**, pero, ¿qué entendemos por eso?

Aunque la Corte IDH no define de forma expresa el concepto de **arbitrariedad**, sí ha desarrollado ejemplos para medirlo. Algunos son las muertes que resultan del uso de la fuerza por parte de funcionarios encargados de hacer cumplir la ley que, en el desempeño de sus funciones para mantener el orden público, cumplen estrictamente con criterios de legalidad, proporcionalidad y necesidad del DIDH[11]. Otras son las causadas por agentes del Estado, en contextos de conflicto armado, cuando, en el marco de las hostilidades, se cumple con los estándares recogidos por las costumbres y leyes de la guerra del Derecho Internacional Humanitario[12]. Finalmente, abarca la aplicación de la pena capital –en los países donde aún se mantiene vigente– sin observar una sentencia ejecutoriada emitida por un tribunal competente y de conformidad a la ley que establezca tal sanción, dictada con anterioridad (Díaz Huertas *et al.*, 2005, p. 130).

Ninguno de estos ejemplos responde al caso de una muerte solicitada por el titular de este derecho, menos aún, por quien padece de una condición médica que le genera un sufrimiento intolerable incompatible con su idea de dignidad. El derecho a la vida, en su acepción negativa, implica el derecho de toda persona de exigir a un tercero la obligación de que no se le mate arbitrariamente. No toda muerte vulnera este derecho. No ocurre así, por ejemplo, cuando quien acaba con la vida de otro lo hace bajo causas justificantes como la legítima defensa, el estado de necesidad, o el consentimiento de su titular (Figueroa García-Huidobro, 2008). Puede sostenerse así que el reconocimiento de un Estado del derecho a morir en condiciones dignas no constituye una vulneración del derecho a la vida.

Sobre la obligación positiva del Estado de proteger y preservar el derecho a la vida, la Corte IDH ya ha establecido que esto incluye adoptar medidas para salvaguardar el derecho a que no se impida el acceso a condiciones que garanticen una vida digna (*Artavia Murilo y otros c. Costa Rica*, 2012, párr. 172). En otras palabras, no brindar las prestaciones básicas para proteger el derecho a una vida digna constituye, de hecho, una vulneración del artículo 4.1 de la CADH (*Comunidad indígena Xákmok Kásek c. Paraguay*, 2010, párr. 217).

Sobre este punto, el tribunal ha precisado en el caso *Comunidad indígena Yakye Axa c. Paraguay* (2005, párrs. 162-163) que

> una de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan.

Esto significa que la protección de este derecho abarca no solo que la vida sea respetada y garantizada, sino que el Estado no debe obstaculizar el acceso a una vida digna, y, además, debe establecer medidas positivas para satisfacer este derecho.

Es importante reiterar que el artículo 26 de la CADH sobre derechos económicos, sociales y culturales, que se remite al Protocolo de San Salvador, protege también en sus artículos 6 y 9, respectivamente, el derecho a una vida digna, aunque vinculado al derecho al trabajo y a la seguridad social, a fin de que el Estado brinde los medios que aseguren condiciones de dignidad. A partir de ello, se refuerza la obligación del Estado Parte de la CADH de asegurar una vida, no solo en términos de subsistencia biológica, sino en función de una existencia en condiciones dignas.

Dicho esto, es posible sostener que, desde el sistema interamericano de protección de derechos humanos, el acceso a una muerte digna no vulnera el derecho a la vida del artículo 4 de la CADH, en tanto obligación del Estado de prohibir privaciones arbitrarias de la vida. Por el contrario, el hecho de negar este derecho criminalizándolo, si consideramos que es una manifestación del derecho de una persona de vivir hasta sus últimos días en condiciones de dignidad, libre de sufrimientos físicos y psicológicos, constituye una vulneración al derecho a la vida digna protegido por esta misma disposición.

Sumado a ello, en lo concerniente al sistema universal de protección de derechos humanos,

---

[11] La Corte IDH en el caso *Cruz Sánchez y otros c. Perú* estableció lo siguiente:

> no cualquier privación de la vida será reputada como contraria a la Convención, sino solo aquella que se hubiera producido de manera arbitraria, por ejemplo por ser producto de la utilización de la fuerza de forma ilegítima, excesiva o desproporcionada (2015, párr. 261).

[12] La Corte IDH en el caso *Cruz Sánchez y otros c. Perú*. señala lo siguiente: "para determinar si la privación de la vida es arbitraria hay que referirse a la lex specialis aplicable, a saber, el derecho aplicable en caso de conflicto armado, que tiene por objeto regir las situaciones de hostilidades [...]" (2015, párr. 272).

al interpretar el derecho a la vida, recogido en el artículo 6 del PIDCP, el Comité de Derechos Humanos, encargado de supervisar la aplicación del tratado, en su Observación General número 36 del año 2019, reconoció expresamente el derecho a una vida con dignidad. Con relación a los supuestos referidos a una muerte digna, sin embargo, estableció que, aunque la autonomía personal en la dignidad humana es importante, los Estados parte deben reconocer también que hay casos donde una persona puede querer suicidarse como parte de una crisis transitoria, lo que no significa que todos los casos sean así. Así, sostuvo en sus palabras:

> los Estados parte [pueden permitir] [no deben impedir] a los profesionales médicos proporcionar tratamientos o recursos médicos con vistas a facilitar la terminación de la vida de adultos [catastróficamente] aquejados de dolencias, como los heridos mortalmente o los enfermos en fase terminal, que padecen graves dolores y sufrimientos físicos o psíquicos y desean morir con dignidad. Esto implica necesariamente la obligación de contar con los mecanismos necesarios e idóneos para corroborar que se trata de una decisión libre, informada, explícita e inequívoca por parte de los pacientes, a efectos de protegerlos de presiones o de abusos (párr. 10)[13].

Con ello, el Comité de Derechos Humanos reconoce que hay casos en los que la decisión de una persona de cesar con su vida puede no ser resultado de una situación de vulnerabilidad o condiciones sociales o económicas que ejerzan tal presión que vicien su voluntad, sino producto de un razonamiento ponderado por parte de una persona con plenas facultades mentales que desea de manera libre e informada optar por esa decisión.

No resulta contrario así al derecho a la vida, recogido en el PIDCP, que los Estados Parte permitan a los profesionales médicos poner fin a la vida de personas que así lo desean expresamente y padecen graves sufrimientos al prolongar irracionalmente su existencia. Es importante dejar claro que esta opción debe ir acompañada de salvaguardias establecidas para asegurar que el acceso a una muerte digna sea producto de una manifestación auténtica de una voluntad indubitable, clara y expresa.

### B. Derecho a la dignidad

La dignidad como algo inherente a las personas y su vinculación expresa[14] con los derechos humanos es un fenómeno que surge una vez producida la Segunda Guerra Mundial, a mediados del siglo pasado (Sosa Sacio, 2017, p. 65). A partir de las atrocidades de la guerra y del movimiento humanista que reivindica inmediatamente el respeto de la persona humana por el hecho de serlo, se funda el valor preferente de la persona frente al resto de la naturaleza (Landa Arroyo, 2000, p. 21). Esta es la base que permite sostener un conjunto de derechos caracterizados por ser iguales para todos, universales, indivisibles y prepolíticos, los que a su vez fundamentan a los ordenamientos políticos y jurídicos, nacionales o internacionales (Sosa Sacio, 2017, p. 65).

El concepto de dignidad, sin embargo, no goza de un contenido uniforme, y más bien cuenta con distintas aproximaciones (Amezcua, 2007, p. 339). No obstante ello, podría bien clasificarse a partir de algunas de sus manifestaciones: (i) como mandato de no instrumentalización de las personas, lo que supone que "ninguna persona puede ser tratada como mero medio para lograr fines ajenos, ni ser rebajada a la condición de objeto" (Gutiérrez Camacho & Sosa Sacio, 2013, p. 40); (ii) como una condición inherente al ser humano, que sustenta la universalidad e igualdad de derechos que derivan de este; (iii) como autonomía personal, lo que implica la capacidad de todo ser humano de decidir racional o moralmente sobre sí mismo (Sosa Sacio, 2017, p. 90); y (iv) como aspiración política que exige al Estado garantizar a todos los seres humanos condiciones dignas de existencia.

En lo que respecta al reconocimiento de la dignidad humana en instrumentos internacionales, el preámbulo de la DUDH lo recoge al precisar que "la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la **dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables** de

[13] Traducción libre del texto en inglés de la Observación General CCPR-GC-36 en torno al derecho a la vida:

> States parties that allow medical professionals to provide medical treatment or the medical means in order to facilitate the termination of life of afflicted adults, such as the terminally ill, who experience severe physical or mental pain and suffering and wish to die with dignity, [21] must ensure the existence of robust legal and institutional safeguards to verify that medical professionals are complying with the free, informed, explicit and, unambiguous decision of their patients, with a view to protecting patients from pressure and abuse (2019, párr. 10).

[14] Si bien el concepto de dignidad se remonta a muchos siglos antes, la cualidad de condición inherente a la persona por el solo hecho de ser humano sí es reciente. De hecho, es a partir de los lamentables eventos históricos de la mitad del siglo pasado que se reitera como una cualidad de ser persona, en respuesta a los atropellos de gobiernos que condicionaban la dignidad humana a consideraciones de raza, condición económica, cultura, entre otros.

todos los miembros de la familia humana" (1948), y lo menciona también en sus artículos 1[15], 22[16] y 23, inciso 3[17]. Por su parte, el preámbulo del PIDCP también señala que los derechos que esta recoge se derivan de la **dignidad inherente de la persona humana**. El preámbulo de la DADH, a su vez, lo recoge igualmente al precisar que todos los "**hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos**" (1948) [el énfasis es nuestro]. Todas estas referencias dan sustento a la tesis de que la dignidad es concebida a partir de una mirada **iusnaturalista**, esto es, que es inherente y, por tanto, un derecho pre político.

Mención aparte merece la regulación que ofrece la CADH, en la cual la protección de la dignidad no está recogida expresamente en el preámbulo del tratado, sino en el artículo 5 que regula el derecho a la integridad personal, y a no ser sometido a torturas ni a penas ni tratos crueles o degradantes; en la prohibición de la esclavitud y la servidumbre del artículo 6; y finalmente, en la protección a la honra y al reconocimiento de la dignidad, en el artículo 11. Sobre los primeros dos alcances, uno podría afirmar que la vinculación entre dignidad y derechos humanos antes reseñada responde a una larga tradición de dictaduras latinoamericanas del siglo XX, donde se cometieron múltiples violaciones de derechos humanos en masivas privaciones de la libertad (Bohórquez Monsalve & Aguirre Román, 2009, p. 49).

La jurisprudencia de la Corte IDH mayoritariamente ha abordado el tema de la dignidad humana íntimamente vinculada a otros derechos, lo que implica que se ha desarrollado de manera indirecta (López Sánchez, 2018). Como recoge Amezcua, los casos resueltos están en su mayoría vinculados al derecho a la vida, desapariciones forzadas, privación ilegal de la libertad y torturas; esto es, principalmente referidos a la protección de derechos civiles y políticos (2007, p. 354).

Así, en el caso *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, la Corte IDH, al resolver sobre la desaparición forzada del estudiante universitario Manfredo Velásquez por parte de las fuerzas armadas hondureñas, sostuvo que "ninguna actividad del Estado puede fundarse sobre el desprecio a la dignidad humana" (1988, párr. 154). Al ser un supuesto de desaparición forzada, el pronunciamiento de la Corte IDH se circunscribió a reiterar la 'primera obligación' del Estado de 'respetar los derechos y libertades', lo que exige el deber de no vulnerarlos directa o indirectamente. Por su parte, en el caso *Reclusos del Penal Miguel Castro Castro c. Perú*, en el que se resolvió sobre el desarrollo de un operativo dirigido a trasladar a internos a una cárcel de máxima seguridad, la Corte IDH destacó que las condiciones en las que estas personas privadas de su libertad se encontraban –precarias de salud, forzadas a desnudarse, vigiladas por agentes armados, donde las mujeres internas fueron víctimas de violencia sexual– constituyó un trato violatorio de su dignidad personal (2006, párr. 305).

En el caso *"Niños de la Calle" – Villagrán Morales y otros c. Guatemala* se discutió el secuestro, la tortura y asesinato de cinco jóvenes que vivían en las calles y se estableció, así, que hay situaciones de vulnerabilidad, como la privación ilegal de una persona (más si es menor), en el que aumenta el riesgo de que se vulneren derechos como la integridad física y el trato digno (1999, párr. 166). Sin embargo, es el voto concurrente de dos jueces, A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, los que recogen una definición pertinente que vincula el derecho a la dignidad con la vida, desde una perspectiva de obligaciones positivas: "la privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad" (1999, párr. 4). Con ello, se establece que la dignidad humana no solo es un límite al abuso de poder en relación con la integridad personal o la vida, sino que **conlleva el disfrute de condiciones mínimas para el desarrollo de una "vida digna",** lo que fue desarrollado líneas atrás (Bohórquez Monsalve & Aguirre Román, 2009, p. 56).

Otro caso relevante para el tema de la muerte digna es el de *Ximenes López c. Brasil*, en el cual se discutió la vulneración de una serie de dere-

[15] Cuya redacción es la siguiente: "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros" (1948).

[16] Cuya redacción es la siguiente:

> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su **dignidad** y al libre desarrollo de su personalidad (1948) [el énfasis es nuestro].

[17] Cuya redacción es la siguiente:

> Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social (1948).

chos por parte de la República Federativa de Brasil de una persona con discapacidad mental, el Sr. Damião Ximenes López, quien falleció internado en un centro hospitalario, donde habría recibido golpes por parte de funcionarios tras haber recibido tratamiento psiquiátrico, y vivía en condiciones inhumanas y degradantes, que afectaban su dignidad (2006, párr. 138). La Corte IDH determinó, entonces, que todo tratamiento de salud dirigido a las personas con discapacidad mental debía tener como fin el bienestar del paciente y el respeto a su **dignidad como ser humano,** lo que implicaba el deber estatal de adoptar como principios orientadores del tratamiento psiquiátrico el **respeto a la intimidad y a la autonomía de las personas.**

Es importante reiterar que la Corte IDH ha recogido también la aproximación de la dignidad como una cualidad inherente al sujeto moral en tanto ser autónomo para decidir sobre sí mismo en el caso *López Soto y otros c. Venezuela* (2018). En esa línea, sostuvo que el artículo 11 de la CADH protege uno de los valores fundamentales de la persona humana, entendida como ser racional, al reconocerle su dignidad. En palabras del tribunal,

> el inciso primero de dicho artículo contiene una cláusula universal de protección de la dignidad, cuyo basamento se **erige tanto en el principio de la autonomía de la persona** como en la idea de que todos los individuos **deben ser tratados como iguales, en tanto fines en sí mismos** según sus intenciones, voluntad y propias decisiones de vida (*López Soto y otros c. Venezuela*, 2018, nota al pie 206)[18] [el énfasis es nuestro].

Así, podemos observar que, en lo que respecta al sistema interamericano, la dignidad aparece como el fundamento de los derechos humanos y una condición inherente a la persona, pero también como una cualidad que deriva de reconocerla como autónoma en las decisiones que corresponden al gobierno de su vida. En cuanto a la obligación positiva del Estado de garantizar la dignidad de las personas, destaca el deber de brindarles las condiciones mínimas para que puedan autodeterminarse o realizar su proyecto de vida. Esto se encuentra íntimamente vinculado con el acceso a una muerte digna, no solo porque implica reconocer el deber de brindar condiciones mínimas de dignidad a todo ser humano hasta el fin de sus días –y, por ende, no obstruir todo intento dirigido a dicho fin–, sino que su prohibición conduce a desconocer la autonomía de las personas, instrumentalizadas para fines ajenos a sí.

Como bien señala González Rus,

> negar la disponibilidad de la vida significa reconocer que intereses de naturaleza social (cumplimiento de deberes con el Estado, cargas económicas que asumir o que evitar, etc.) o moral (mantenimiento del tabú de la vida, interpretación paternalista desde el Estado de bienestar individual o de qué es lo mejor para el individuo, etc.) son más importantes que la libertad individual, hasta el punto de que deben sobreponerse y anular la capacidad personal para decidir lo que se quiere hacer con la propia existencia (2005, p. 72).

El respeto y la protección de la dignidad debe, por tanto, necesariamente incluir la capacidad de decidir sobre la muerte propia, cuando se presenten ciertas circunstancias y conforme lo dicte la conciencia de la persona, mas no la voluntad del Estado (Carpizo & Valadés, 2010, p. 149). Es decir, la dignidad también incluye el reconocimiento a la autonomía y, por tanto, del libre desarrollo de la personalidad.

### C. Derecho al libre desarrollo de la personalidad

Tal como lo señalamos líneas arriba, el campo de aplicación del derecho a la muerte digna analizada en este artículo se circunscribe a los casos en los que una persona consciente y en plenas capacidades mentales para decidir sobre sí misma busca en la muerte un modo de autorrealización personal, al encontrarse en una situación en la que prolongar su vida equivale a un sufrimiento físico y psicológico intolerable, lo que resulta en una incompatibilidad personal con su idea de dignidad.

En esa línea, se trata del supuesto más claro en el que la dignidad de una persona se manifiesta en el derecho a su libertad individual, que incluye la autonomía y libre desarrollo de la personalidad para decidir de qué manera uno le da sentido a su existencia, lo que abarca poder llevar a cabo una serie de actos necesarios para concretar su plan de vida sin interferencias de terceros que pretendan imponer un modelo de realización personal que no todas las personas comparten. Como refiere el Tribunal Constitucional peruano,

> son parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres

[18] Véase en ese sentido el caso *Poblete Vilches y otros c. Chile* (2018, párr. 168).

> (Sentencia recaída en el Expediente 02868-2004-AA/TC, 2004, fundamento 14).

En lo que respecta a la DUDH, cuyos derechos consagrados tienen naturaleza consuetudinaria y de *ius cogens* (Novak Talavera, 1998), su artículo 3 reconoce la libertad personal, pero lo hace en un sentido amplio y general. El artículo 22, sin embargo, recoge expresamente el derecho de toda persona a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad[19]. Ello se complementa con el artículo 29, el cual especifica que el ejercicio de los derechos de una persona y el disfrute de sus libertades deben estar únicamente limitados por ley, con el único fin de "asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática" (1948)[20].

En otras palabras, las limitaciones a la libertad personal deben darse netamente en función de la protección de los derechos y libertades de terceros, pues de ningún modo cabe admitir que una decisión que representa la autodeterminación de una persona y el cese de sus sufrimientos físicos y psicológicos pueda ser contraria a conceptos tan amplios y vagos como la moral, el orden público o el bienestar general. En todo caso, como dice Sternberg-Lieben, en un Estado Constitucional de Derecho

> la conducta a incriminar, más allá de suponer una molestia para los planteamientos morales de terceros, ha de ser al menos socialmente dañina: la intangibilidad de los planteamientos morales individuales no forma parte de las condiciones del libre desarrollo de la persona (2016, p. 114).

En lo que respecta a la CADH, no hay una regulación expresa del derecho al libre desarrollo de la personalidad, y el artículo 7, referido a la libertad personal[21], ha solido referirse a privaciones de libertad física, como el secuestro o detenciones que desembocan en desapariciones forzadas o privaciones de la vida (Casal, 2014, p. 183)[22]. Sin embargo, en el caso *Artavia Murillo y otros c. Costa Rica*, la Corte IDH estableció que este artículo debía de interpretarse de forma amplia como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido (2012, párr. 142). Siendo así, comprende "**la posibilidad de todo ser humano de autodeterminarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones**" (2012, párr. 142) [el énfasis es nuestro]. El tribunal ya ha sostenido que ello se relaciona también con el derecho a la dignidad (*Poblete Vilches y otros c. Chile,* 2018, párr. 168).

El derecho al libre desarrollo de la personalidad, por su parte, se encuentra íntimamente vinculado con el artículo 11 de la CADH que prohíbe toda "injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias" (1969).

En el caso *I.V. c. Bolivia* (2016), el tribunal, en esa línea, señaló que el concepto de 'vida privada' no se limita a la privacidad, sino que abarca una serie de factores relacionados a la dignidad de la persona, incluyendo, por ejemplo, la "**capacidad para desarrollar la propia personalidad y aspiraciones, determinar su propia identidad y definir sus propias relaciones personales**" (2016, párr. 152) [el énfasis es nuestro]. Siendo así, ello se encuentra estrechamente relacionado con el derecho a la autonomía personal sobre los cursos a futuro que un individuo considere sean relevantes para la calidad de vida que desee llevar, "lo que constituye una condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad" (2016, párr. 152).

Resulta interesante, asimismo, la vinculación que realiza la Corte IDH en el caso *Poblete Vilches y Otros c. Chile* (2018), entre el artículo 7 sobre libertad personal – y 11 sobre vida privada, y el 26 y el 13 sobre los DESCA, en concreto, el derecho a

---

[19] Este artículo expresa lo siguiente:

> Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad (1948).

[20] La redacción completa del inciso 2 del artículo 29 de la DUDH es como sigue:

> En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática (1948).

[21] Cuya redacción es la siguiente: "[t]oda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales" (1969).

[22] En este punto, se señala que el artículo 7 debe limitarse a la libertad física. Sin embargo, el referido trabajo que recoge jurisprudencia hasta 2012 no toma en cuenta la sentencia Artavia Murillo que amplía este supuesto.

la salud, cuando determinó que el Estado chileno vulneró estos derechos, junto al de dignidad, por no haber cumplido su deber de brindar información clara y precisa a los familiares de un paciente en relación al procedimiento médico que recibió, y al no haber obtenido el consentimiento informado del mismo sobre una intervención médica que le fue realizada. Esto último es relevante, pues en su faz negativa representa el derecho de toda persona de rechazar tratamientos médicos, en respeto a la autonomía de las personas para decidir sobre sí, tal como ocurre en el acceso a una muerte digna.

Como señala el tribunal,

> la existencia de una conexión entre el consentimiento informado con la autonomía personal y la libertad de tomar decisiones sobre el propio cuerpo y la salud exige, por un lado, que **el Estado asegure y respete decisiones y elecciones hechas de forma libre y responsable** y, por el otro, que se garantice el acceso a la información relevante para que las personas estén en condiciones de tomar decisiones informadas sobre el curso de acción respecto a su cuerpo y salud de acuerdo a su propio plan de existencia (*Poblete Vilches y otros c. Chile*, 2018, párr. 170) [el énfasis es nuestro].

De conformidad con lo previamente dicho, resulta razonable que la Corte Constitucional de Colombia haya establecido que el derecho al libre desarrollo de la personalidad se vulnera cuando a una persona "se le impide en forma irrazonable, alcanzar o perseguir aspiraciones legítimas en su vida o valorar y **escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia**, y **permiten su realización como ser humano**" (Sentencia T-429/94, 1994, fundamento 2) [el énfasis es nuestro]. Asimismo, agrega en otra sentencia que decidir por la persona supone "arrebatarle brutalmente su condición ética, reducirla a la condición de objeto, cosificarla, convertirla en un medio para los fines que por fuera de ella se eligen" (Sentencia C-355/06, 2006).

En lo que respecta al acceso a una muerte digna, es posible entonces afirmar que la decisión de poner fin a la existencia que, a criterio del titular de la vida, resulta incompatible con su idea de dignidad al ser una fuente irreversible de sufrimientos, representa una manifestación del derecho a la autonomía personal y, por ende, al libre desarrollo de la personalidad, amparado por los respectivos instrumentos internacionales. Negarlo a través de restricciones irracionales, en aras de cumplir un pretendido deber estatal de preservar la vida como entidad despojada de la libertad de su titular, no solo significaría que el derecho a la vida es más bien una obligación de vivir, sino que implicaría desconocer que existen distintos modelos de excelencia humana que, si bien pueden apartarse del ideal general de la población o el Estado, merecen la misma protección.

### D. Derecho a no ser sometido a tratos crueles e inhumanos

El derecho de toda persona a no ser sometida a tortura, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes forma parte del derecho humano a la integridad personal. En lo referido al sistema interamericano, el artículo 5 de la CADH así lo reconoce[23], y en lo concerniente al sistema universal, así lo establece el artículo 7 del PIDCP[24] y el artículo 5 de la DUDH[25]. Esta prohibición constituye, además, una norma *ius cogens* (*Caesar c. Trinidad y Tobago*, 2005, párr. 100; *J. c. Perú*, 2013, párr. 304).

Históricamente, el origen de esta protección nace en el contexto de interrogatorios desarrollados con conexión a la averiguación o proceso de la comisión de un delito, así como en escenarios de privación arbitraria de la libertad, donde se utilizan tales tratos como método de castigo o intimidación (*López Soto y otros c. Venezuela*, 2018, párr. 195). El radio de protección, sin embargo, ha ido ampliándose con el transcurso de los años, al punto de que hoy la Corte IDH, reconoce que puede ocurrir en contextos de custodia, dominio o control, en los que la víctima se encuentra indefensa, por ejemplo, en el ámbito de los servicios de salud (*I.V. c. Bolivia*, 2016, párr. 263), como pasa con la salud reproductiva, o en los supuestos de desaparición forzada, cuando a los familiares cercanos se les niega conocer la verdad del paradero de la víctima (*Rochac Hernández y otros c. El Salvador*, 2014, párr. 122).

La obligación del Estado en este ámbito no solo se extiende a funcionarios públicos y se restringe a

[23] El inciso 2 del artículo 5 de la CADH establece que "Nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano" (1969).

[24] Cuya redacción es la siguiente: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos" (1966).

[25] Cuya redacción es la siguiente: "Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes" (1948).

actos realizados en centros de detención, sino que comprende a todas las personas encargadas de hacer cumplir la ley, incluidos los trabajadores de la salud en entornos de atención sanitaria. De hecho, tal como lo recoge la Corte IDH, con relación a la Corte Europea de Derechos Humanos, la definición de tortura y malos tratos ha estado sujeta a constantes cambios a la luz de nuevas circunstancias y valores en evolución de las sociedades democráticas (*Cantoral Benavides c. Perú*, 2000, párr. 99). Por eso, ahora es posible sostener que, en espacios de atención a la salud, el personal médico puede perpetrar actos de tortura o malos tratos.

Aunque el derecho a no sufrir tortura está comúnmente regulado junto al de prohibición de malos tratos (crueles, inhumanos o degradantes), debido al contexto en el que se originan (las condiciones que dan lugar a malos tratos suelen facilitar la tortura), estos mantienen diferencias importantes. De hecho, si no concurre alguna de las cuatro características de la tortura (infligir dolor o sufrimiento grave, físico o mental; de modo intencional; con un fin concreto; y la aquiescencia de un funcionario), puede calzar en el resto. Una conducta negligente, por ejemplo, que carece la intención de infligir daño, puede ser constitutiva de malos tratos si provoca dolores o sufrimientos graves (Méndez, 2013).

Aplicado a la prohibición penal de la eutanasia y, en este caso, del acceso a la muerte digna, es posible considerar que la pasividad del Estado en mantener a una persona en situación de dolores intolerables, pese al pedido expreso de cesarlos a través de un procedimiento de eutanasia, constituye un supuesto de **trato cruel**[26], el cual involucra inflingir un sufrimiento físico, moral y psicológico en vida, contrario al principio de humanidad, pero también un **trato inhumano**[27], en tanto afectación al núcleo esencial de la dignidad humana, que comporta para quien lo padece una sensación de precariedad, anulándolo como sujeto moral.

## III. LA RESPUESTA DE LOS TRIBUNALES INTERNACIONALES A LA EUTANASIA

A nivel de la Corte IDH, no hay ningún caso que haya llegado al tribunal o a la Comisión IDH que discuta el acceso a una muerte digna, sea ante un supuesto de eutanasia o de muerte asistida. Su par europeo, sin embargo, sí se ha pronunciado sobre la materia en varios casos: *Pretty c. Reino Unido* (2002), *Hass c. Suiza* (2011), *Gross c. Suiza* (2013), *Lambert c. Francia* (2015), *Mortier c. Bélgica* (2019 - pendiente)

Si bien el primer caso –y el más emblemático– data del 2002, salvo en ciertos puntos donde reconoce el margen de apreciación de cada Estado sobre la protección a nivel interno de tales derechos, desde entonces el criterio del TEDH zanjado en Pretty no ha cambiado. Esto se evidencia en el último fallo de 2015 del caso *Nicklinson y Lamb c. Reino Unido*, donde el tribunal declaró inadmisibles las demandas de Jane Nicklinson, quien reclamaba por el derecho de su esposo, Tony Nicklinson, quien estaba casi completamente paralizado, de acceder a la eutanasia, y de Paul Lamb que, producto de un accidente automovilístico, quedó paralizado y exigía su derecho a poner fin a su vida con la ayuda de un tercero. En aquel fallo, el tribunal sostuvo que no se pronunciaría sobre el fondo, pues esto ya había sido determinado por las cortes británicas, las cuales reiteraron que no había cambiado el criterio de *Pretty c. Reino Unido*, precisando que el artículo 8 sobre derecho a la vida privada y familiar era plenamente compatible con la prohibición del suicidio asistido[28].

Por este motivo, y debido a que el caso presenta similitudes con el de la Sra. Ana Estrada Ugarte en

[26] Por trato cruel, entiéndase

> los actos que deliberadamente producen dolor y sufrimiento, pero que por su intensidad no son lo suficientemente severos para ser considerados y calificados como un acto de tortura. Pueden ser actos de violencia física, moral o psicológica, presentados en un contexto similar al de tortura, pero con menor intensidad en su conducta (Dirección del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2018, p. 22).

[27] Por tratos inhumanos, entiéndase las

> conductas que vulneran la propia condición y naturaleza humana y que pueden concurrir a través de daños corporales (más allá del sufrimiento físico o psicológico) con una provocación de sensación de precariedad en la existencia humana de la víctima; asimismo, pueden presentarse en esta modalidad actos de afectación tanto física como psíquica (Dirección del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, 2018, p. 22).

[28] Como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para este caso:

> In any event, the Court is satisfied that the majority of the Supreme Court judges did deal with the substance of the first applicant's claim. With the exception of Baroness Hale and Lord Kerr, they concluded that she had failed to show that developments since Pretty meant that the ban could no longer be considered a proportionate interference with Article 8 rights (see Lord Neuberger at paragraph 38 above; Lord Mance at paragraph 40 above; Lord Wilson at paragraph 43 above; and Lord Reed at paragraph 52 above) (*Nicklinson y Lamb c. Reino Unido*, 2002, párr. 85).

Perú, expongo a continuación un breve análisis de los argumentos utilizados por dicho tribunal, a la luz del alcance de los derechos humanos antes reseñados, y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte IDH y otros instrumentos de derechos humanos, que fundamentan el acceso a una muerte digna.

**A. Pretty c. Reino Unido**

Diane Pretty era una ciudadana británica de 43 años que se encontraba en fase terminal de una enfermedad neurodegenerativa incurable, la cual afectaba las neuronas motrices del interior de su sistema nervioso central y provocaba una alteración gradual de las células que hacían funcionar los músculos voluntarios de su cuerpo, llamada esclerosis lateral amiotrófica (ELA). Su condición le generaba un grave debilitamiento de los brazos y de las piernas, así como de los músculos encargados de la respiración, los que controlaban su voz y deglución. Ningún tratamiento podía detener la evolución de su enfermedad.

Consciente de que ello le generaría la muerte, debido al debilitamiento de los músculos de su aparato respiratorio, en 2001, envió una carta al director de la Procuraduría Pública en la cual solicitó que le otorgue inmunidad a su esposo para que este pueda asistirla a morir, en otras palabras, para que no sea perseguido penalmente por el delito de suicidio asistido, que en dicho país tiene una pena hasta de 14 años de cárcel. A diferencia de otras personas, su discapacidad física le impedía cometer un suicidio por sí sola, por lo que necesitaba la ayuda de un tercero. Ella deseaba tener el control de la forma y el momento en el que acabara con su vida, evitando el sufrimiento físico y psíquico propio de su enfermedad. El pedido fue rechazado, por lo que judicializó el caso.

Tanto la Corte Divisional, como la Cámara de los Lores, rechazaron el recurso. Una vez agotadas las instancias internas, Diane Pretty acudió al TEDH, alegando que el Estado de Reino Unido había vulnerado el artículo 2 sobre el derecho a la vida, el artículo 3 que prohíbe tratos inhumanos o degradantes, el artículo 8 sobre respeto a la vida privada, el artículo 9 que regula la libertad de conciencia y el artículo 14 que prohíbe la discriminación de la Convención Europea de Derechos Humanos. Con excepción del artículo 9, en el que solo se reitera que las creencias personales de Pretty no pertenecen al campo de aplicación de su pedido al suicidio asistido, veamos cada uno de estos extremos.

En lo que respecta al derecho a la vida, la defensa de la señora Pretty alegó que el tratado no protege exactamente la vida en sí misma, sino el derecho, y que la protección del Estado es respecto de terceros, y no de uno mismo, motivo por el cual no se prohíbe ni el suicidio ni el rechazo a tratamientos médicos que salven la vida o la prolonguen (*Pretty c. Reino Unido*, 2002, fundamento 14.3). "El derecho a morir no es la antítesis del derecho a la vida, sino su corolario, y el Estado tiene la obligación positiva de proteger ambas", sostuvo. Ante ello, el TEDH señaló que de su reconocimiento no era posible derivar un derecho negativo (derecho a morir), pues esta implicaba una obligación positiva del Estado de proteger la vida ante amenazas.

De cara al desarrollo referido al derecho a la vida, protegido por el artículo 4 de la CADH, un argumento de esta naturaleza no sería admisible, puesto que la obligación del Estado de proteger la vida, ya vimos, se refiere únicamente respecto a la privación arbitraria de la vida que no encaja en este supuesto. Además, este debiera estar complementado con la obligación positiva de garantizar, no la vida como soporte material biológico, sino como el derecho a disfrutar de una vida deseada en condiciones de dignidad que permitan a un individuo autorrealizarse.

En relación con el artículo 3 que prohíbe la tortura, los tratos inhumanos y degradantes, la defensa de Pretty alegó que el Estado, al ignorar su pedido, en la práctica, obligaba a su patrocinada a tener que mantenerse en una situación de dolor físico y mental, lo cual configuraba un supuesto de tortura. En este extremo, sostuvo que, si bien la criminalización del suicidio asistido tendría sustento en pretender prevenir que las personas en situación de vulnerabilidad e inestabilidad emocional, de naturaleza transitoria, opten por una decisión radical e irreversible, no todas las personas están en ese escenario.

El TEDH, sin embargo, señaló que si bien el Estado tiene el deber de asegurar que sus ciudadanos no sean sometidos a tratamientos inhumanos o crueles, este no ha violado directamente esta obligación, pues sus agentes no han infligido ningún maltrato (*Pretty c. Reino Unido*, 2002, fundamento 53). Además, agregó que el deber de proteger la vida impediría que pueda permitir o facilitarle la muerte. Este argumento, sin embargo, resulta nuevamente contrario a los estándares interamericanos, pues la obligación de respetar el derecho a no sufrir malos tratos no solo involucra el no incurrir en estos, sino garantizar la integridad de la persona, al margen de quién o qué está generando la fuente de dolor, más aún si está en un estado de custodia en contextos de servicios de salud. En este caso, no se trata solo de la enfermedad que una persona padece, sino de la omisión por parte de un Estado de tomar acciones para no colocar obstáculos que dificultan el acceso a una vida digna.

En lo que respecta al derecho a la vida privada regulado en el artículo 8, la defensa alegó que este incluiría el derecho a la autodeterminación, ergo, a decidir cómo y cuándo morir, motivo por el cual la prohibición absoluta del suicidio asistido resulta desproporcional frente al mismo. El Tribunal, sin embargo, destacó que este derecho implicaba la integridad física y moral de una persona, como la orientación o vida sexual; por ende, abarcaba el derecho de una persona a decidir cómo lleva su vida –incluyendo entregarse a actividades físicas o moralmente peligrosas para sí–, pero no a cómo ponerle fin. En lo que respecta al alcance de la dignidad y la vida privada del artículo 11 de la CADH, por ejemplo, un argumento de esta naturaleza no encuentra respaldo, pues no hay en sus alcances ninguna limitación que establezca de qué manera determinar la propia identidad o ejercer la autonomía individual.

Resulta interesante, además, que en este punto el TEDH haya citado un fallo del Tribunal Supremo de Canadá de 1994 (*Rodríguez c. Fiscal de Canadá*), en el que se discutió un caso muy similar al de la señora Pretty, para sostener en nombre de la libertad, que no podía uno quitarse la vida, y que no era discriminatoria la prohibición penal respecto de las personas que físicamente no pueden suicidarse. Una lectura actualizada de la jurisprudencia de este país exigiría repensar esta postura, a partir del fallo de 2015 de la Corte Suprema de Canadá, en el cual señala que una prohibición absoluta del suicidio asistido crea un "deber de vivir", y que esto es, además, discriminatorio[29] respecto de las personas con discapacidad física (*Carter c. Canadá*, 2019, párr. 29), que no podrían poner fin a sus vidas por sí solas.

Finalmente, en relación con el artículo 14 sobre el derecho a la igualdad y la prohibición de discriminación, la defensa alegó que la prohibición penal era discriminatoria para aquellas personas que, por su invalidez, no pueden decidir cómo y cuándo morir, salvo si es a través de la ayuda de un tercero. Sin embargo, el TEDH sostuvo que no existe un derecho a suicidarse, y que la razón por la cual se despenalizó fue político criminal: no era disuasivo, deshonraba a los parientes del familiar que se había querido suicidar y llevaba "al resultado abyecto de que los pacientes que se restablecían en el hospital de una tentativa fallida de suicidio eran perseguidos de hecho por su fracaso" (*Pretty c. Reino Unido*, 2002, párr. 35).

Esto último nuevamente resulta controversial cuando se trata no solo del derecho a poner fin a la vida, cualquiera fuera el motivo, a través de un acto como el suicidio, sino que la muerte digna involucra más que el ejercicio pleno de la libertad, y abarca el derecho de uno de vivir en condiciones dignas y de no sufrir tratos crueles e inhumanos hasta el último de sus días. En otras palabras, resulta mezquino obviar que existen de por medio derechos humanos que el Estado vulnera, a través de la criminalización de la conducta de terceros que hacen efectiva la voluntad del titular de la vida de disponer de esta. Con ello, las obligaciones internacionales que penden sobre este en tales extremos son desplazadas en nombre de un deber de preservar el soporte material que sostiene la vida, despojando de todo sentido el derecho a la vida en condiciones de dignidad.

## IV. REFLEXIONES FINALES

Si bien es cierto, el acceso a una muerte digna como un derecho fundamental ha sido reconocido en muy pocos países (en Latinoamérica, solo en Colombia[30]), es necesario discutir los alcances que fundamentan el mismo, entendiendo que se trata del ejercicio de un conjunto de derechos humanos que los Estados parte de tratados como la CADH y/o el PIDCP se han comprometido a respetar, proteger y garantizar.

Habiendo desarrollado el contenido de cada uno de estos, entre los cuales destaca el derecho humano a la vida digna, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y a no sufrir tratos crueles e inhumanos, es posible afirmar que la prohibición absoluta del derecho a la muerte digna, de la mayoría de los Estados de la región, incluido el Perú, a través de la criminalización de la eutanasia o el suicidio asistido, resultan, cuanto menos, contrarias a tales obligaciones internacionales.

---

[29] Como lo ha señalado la Corte Suprema de Canadá para el caso *Carter c. Canadá* (2015, fundamento 86):

> Applying this approach, we conclude that the prohibition on assisted dying is overbroad. The object of the law as discussed, is to protect vulnerable persons from being induced to commit suicide at a moment of weakness. Canada conceded at trial that the law catches people outside this class: "It is recognized that not every person who wishes to commit suicide is vulnerable, and that there may be people with disabilities who have a considered, rational and persistent wish to end their own lives" (trial reasons, at para. 1136). The trial judge accepted that Ms. Taylor was such a person — competent, fully informed, and free from coercion or duress (para. 16).

[30] Si bien es cierto, un fallo de 2015 en Argentina (D.M.A. S/declaración de incapacidad) reconoció el derecho a la muerte digna, esta es entendida en otros términos por el tribunal, circunscribiéndolo al derecho de toda persona de no prolongar artificialmente la vida. Es decir, refiere, más bien, al supuesto de limitación del esfuerzo terapéutico.

Una discusión de tal trascendencia, sobre los límites de la vida y las condiciones de dignidad en la que esta se ejerce, requiere tomar en cuenta los últimos pronunciamientos de la Corte IDH sobre los derechos humanos que fundamentan el derecho a la muerte digna, a pesar de que no ha llegado aún un caso contencioso referido a ello. Esta situación, sin embargo, no debe ser un impedimento para recordar que los Estados parte de la CADH son los principales responsables de garantizar tales derechos, y que los pedidos de las personas formulados a nivel interno para el reconocimiento de estos derechos deben ser primero satisfechos por el Estado a cuya jurisdicción pertenecen.

**REFERENCIAS**


Aguilera Portales, R., & González Cruz, J. (2012). Derechos humanos y la dignidad humana como presupuesto de la eutanasia. *Derecho PUCP*, (69), 151-168. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4271

Alvites Alvites, E.C. (2017). La Creación de las Autoridades Regionales Ambientales – ARA como Garantía del Derecho Fundamental al Ambiente Equilibrado y Adecuado para el Desarrollo de la Vida. En *II Jornadas Latinoamericanas sobre Derechos Fundamentales* (pp. 153-170). Facultad de Derecho PUCP; Fundación Konrad Adenauer.

Amezcua, L. (2007). Algunos puntos relevantes sobre la dignidad humana en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, (8), 339-355.

Bohórquez Monsalve, V., & Aguirre Román, J. (2009). Las Tensiones de la Dignidad Humana: Conceptualización y Aplicación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *SUR*, *11*(9), 41-63.

Carpizo, J., & Valadés, D. (2010). *Derechos humanos, aborto y eutanasia*. Dykinson.

Casal, J.M. (2014). Artículo 7: Derecho a la libertad personal. En C. Steiner & P. Uribe (Coords.), Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada (pp. 180-206). Konrad Adenauer Stiftung; Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú.

Chamorro Fletes, R. (2001). Sobre el derecho a la vida y la eutanasia. *ENCUENTRO, 33*(57), 115-124.

Díaz Huertas, O., Cáceres Tovar, V. M., Chacón Triana, N., & Gómez Carmona, W. (2005). El Derecho a la vida desde la perspectiva del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista de Temas Constitucionales, 2*(2), 107-138.

Dworkin, R. (1994). *Life's Dominion: An Argument About Abortion, Euthanasia, and Individual Freedom*. Vintage.

Estrada Ugarte, A. (2020, 31 de enero). La muerte digna (segunda parte). Anabuscalamuertedigna. https://anabuscalamuertedigna.wordpress.com/2019/01/31/la-muerte-digna-segunda-parte/

Figueroa García-Huidobro, R. (2008). Concepto de Derecho a la Vida. *Ius et Praxis*, *14*(1), 261-300. http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000100010

García Rivas, N. (2001). Hacia una justificación más objetiva de la eutanasia. En L. A. Arroyo Zapatero, M. Barbero Santos, & A. Nieto Martín (Coords.), *Homenaje al Marino Barbero Santos: In memorian* (Vol. 2, pp. 149-172). Ed. de la Univ. de Castilla-La Mancha [u.a.].

Gonzalez Rus, J.J. (2005). Del homicidio y sus formas (I). El homicidio. En M. Cobo del Rosal, *Derecho penal español: Parte especial* (pp. 69-92). Dykinson.

Gutierrez Camacho, W., & Sosa Sacio, J. M. (2013). Artículo 1. Dignidad de la persona. En *La Constitución Comentada. Tomo I* (2da Ed.). Gaceta Jurídica.

Landa Arroyo, C. (2000). La dignidad de la persona humana. *Ius et Veritas*, *10*(21), 10-25. https://doi.org/10.18800/ius.v10i21.15957

López Sánchez, R. (2018). La dignidad humana en México: Su contenido esencial a partir de la jurisprudencia alemana y española. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* (151), 135-173. http://dx.doi.org/10.22201/iij.24484873e.2018.151.12292

Martínez Sampere, E. (2000). El derecho a una vida digna hasta el final: Suicidio y eutanasia. *Araucaria*, *2*(3), 315-328.

Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. (2018). *Segundo Informe Anual*. Defensoría del Pueblo; Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

Méndez, J. E. (2013). *Informe del Relator Especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles,*

*inhumanos o degradantes.* [A/HRC/22/53]. Consejo de Derechos Humanos de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Novak Talavera, F. (1998). La Declaración Universal de Derechos Humanos cincuenta años después. *Revista Agenda Internacional*, *4*(10), 75-86.

Salmón Gárate, E. (2019). *Introducción al sistema interamericano de derechos humanos*. Fondo Editorial PUCP.

Siverino Bavío, P., & Mujica, J. (2012). Vivir y morir según la ley. Reflexiones teóricas interdisciplinarias sobre la vida de la persona y el derecho a la vida. *Revista Derecho PUCP*, (69), 81-97. http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/4267

Sosa Sacio, J.M. (2017). *Necesidades humanas básicas y fundamentación de los derechos.* Editorial Académica Española.

Sternberg-Lieben, D. (2016). Bien jurídico, proporcionalidad y libertad del legislador penal. En R. Hefendehl, A. Von Hirsch & W. Wohlers (Eds.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* (pp. 101-122). Marcial Pons.

**LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES**

Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) c. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 257 (Nov. 28, 2012).

Caesar c. Trinidad y Tobago, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 123 (Mar. 11, 2005).

Cantoral Benavides c. Perú, Fondo, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 69 (Ago. 18, 2000).

Carter c. Canadá (Attorney General), [2015] 1 SCR 331 (Can.), https://scc-csc.lexum.com/scc-csc/scc-csc/en/14637/1/document.do

Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, Observación General núm. 36, artículo 6 (derecho a la vida), Sept. 3, 2019, CCPR/C/GC/36.

Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 214 (Ago. 24, 2010).

Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 125 (Jun. 17, 2005).

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), Nov. 22, 1969, Serie sobre Tratados, OEA, No. 36.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer (Convención de Belém do Pará), Jun. 9, 1994.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, Dic. 9, 1985, Serie sobre Tratados, OEA, No. 67.

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, Jun. 9, 1994.

Corte Constitucional [C.C.], septiembre 29, 1994, Sentencia T-429/94 (Colom.), https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/T-429-94.htm

Corte Constitucional [C.C.], mayo 20, 1997, Sentencia C-239/97 (Colom.), https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/1997/C-239-97.htm

Corte Constitucional [C.C.], mayo 10, 2006, Sentencia C-355/06 (Colom.), https://www.corte constitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm

Corte Constitucional [C.C.], diciembre 15, 2014, Sentencia T-970/14 (Colom.), https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm.

Corte Suprema de Justicia de la Nación [CSJN], julio 7, 2015, 376/2013, “D.M.A s/ Declaración de Incapacidad” (Arg.).

Cruz Sánchez y otros c. Perú, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 292 (Abr. 17, 2015).

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, Abr. 30, 1948.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, Dic. 10, 1948, 217 A (III).

El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 74 y 75), Opinión Consultiva OC-2/82, Inter-Am. Ct. H. R. (ser. A) No. 2 (Sept. 24, 1982).

I.V. Vs. Bolivia, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 329 (Nov. 30, 2016).

J. Vs. Perú, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 275 (Nov. 27, 2013).

López Soto y otros c. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 362 (Sept. 26, 2018).

Nicklinson y Lamb c. Reino Unido, Ap. No. 2478/15 y 1787/15, Tribunal Europeo de Derechos Humanos (2015), https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-156476

"Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, Fondo, Sentencia, Voto concurrente de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 63 (Nov. 19, 1999).

Pacheco León y otros c. Honduras, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 342 (Nov. 15, 2017).

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Dic. 16, 1966, Serie de Tratados, Naciones Unidas, vol. 999, p. 171.

Penal Miguel Castro Castro c. Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 160 (Nov. 25, 2006).

Poblete Vilches y otros c. Chile, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 349 (Mar. 8, 2018).

Pretty c. Reino Unido, Ap. No. 2346/02, 2002-III Eur. Ct. H. R. 35, https://hudoc.echr.coe.int/fre?i=001-60448

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), Nov. 17, 1988, Serie sobre Tratados, OEA, No. 69.

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte, Jun. 8, 1990, Serie sobre Tratados, OEA, No. 73.

Rochac Hernández y otros c. El Salvador, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 285 (Oct. 14, 2014).

Tribunal Constitucional [T.C.], 24 de noviembre de 2004, sentencia recaída en el Expediente 02868-2004-AA/TC (Perú).

Velásquez Rodríguez c. Honduras, Fondo, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 4, (Jul. 29, 1988).

Ximenes Lopes c. Brasil, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia, Inter-Am. Ct. H.R. (ser. C) No. 149 (Jul. 4, 2006).

# DOS AÑOS EN LA CENTENARIA FACULTAD DE DERECHO PUCP

1

Hace dos años, José Daniel Amado nos recordaba una frase de L. P. Hartley: "El pasado es un país extraño: allí las cosas se hacen de otra manera". En aquella fecha, tan distante ya de nuestro extraño presente, un grupo de alumnos de THĒMIS se reunió para soñar con colores, formas e ideas. Meses de trabajo y esmero les enseñaron a quebrar los límites más grises para cumplir con el propósito institucional de honrar a nuestra Facultad en tan importante fecha. Hoy, la vigorosa frase de Hartley cobra aún más relevancia, sumergidos en la nostalgia de la antigua normalidad.

2

Connemorando el segundo aniversario del develamiento del mural, en esta página se muestra una progresión de estudios de color de la pieza obsequiada.

Emilio Paliza, Loana Huerta, Laura Bravo, Miluska Bobadilla, Alejandra Aquije y Axel Valverde

Comisión *ad hoc* para el centenario de la Facultad de Derecho

3

Todas la composiciones presentadas a continuación fueron elaboradas por Luis Bardales, Gabriel Furgiule y Luis Gustavo Rodriguez:

1. Estudio de colores de la propuesta ganadora.
2. Estudio de colores de la primera modificación hecha como alternativa a la propuesta inicial.
3. Estudio de colores de la segunda modificación hecha como alternativa a la propuesta original, opción electa por el jurado* y plasmada en el espacio designado.

* Jurado: Alfredo Villavicencio, Verónica Crousse de Vallongue, Alejandro Alayza, Alonzo Costa y Emilio Paliza.

# HOMENAJES

https://doi.org/10.18800/themis.202002.027


# JAVIER NEVES: LA LUCHA PERMANENTE*

## *JAVIER NEVES: THE PERMANENT FIGHT*

**Elmer Guillermo Arce Ortiz****
**Pontificia Universidad Católica del Perú**

Alguna vez, impresa en una de las paredes de en un local sindical, leí una frase que me llamó la atención. Inmediatamente, le tomé una foto. Y, días después, supe que era de Bertolt Brecht: "Hay hombres que luchan un día y son buenos. Hay otros que luchan un año y son mejores. Hay quienes luchan muchos años y son muy buenos. Pero hay los que luchan toda la vida: esos son los imprescindibles". Entiendo, como cuestión obvia, que la frase de Brecht no puede excluir a las mujeres. Sin embargo, también entiendo que es posible establecer una tipología de hombres y mujeres que se diferencian entre sí, a partir de la contundencia de su lucha. Esos hombres y mujeres, que, a pesar de sus limitaciones, aspiran a realizar la belleza y perfección en su vida, se vuelven imprescindibles.

1

Recuerdo el instante en que caminaba con Javier por los pasillos de la Facultad de Derecho en dirección al salón de clases. Corría el año 1994 y era mi primer día como su asistente de docencia. El mismo profesor que 10 minutos antes estaba bromeando y sonriendo empezaba a ponerse serio y tenso. Llegaba a su clase puntual como un reloj. Y su manera de explicar el Derecho tenía una precisión casi matemática. Los conceptos los esquematizaba de una manera tan precisa, ordenada y clara, que era imposible no entender. Explicaba la idea general, pero con la misma profundidad explicaba las excepciones. En esa hora y media, me dijo alguna vez "vivo una tortura porque se me va el tiempo". Obviamente, la clase estaba planificada y estudiada siempre una hora antes, pero si el tiempo le quedaba corto o sentía que no había sido claro… lo que venía era la molestia consigo mismo. Ese era Javier, cuyo apellido era PROFESOR.

Quizá muchos de sus alumnos nunca se dieron cuenta de su timidez al entrar a un salón de clase. Quizá nunca se dieron cuenta del esfuerzo que hacía por ser conciso. Quizá tampoco repararon en la cantidad de horas que se dedicaba a estudiar para dar lo mejor de sí a sus alumnos. El Maestro, el profesor reconocido, se fue construyendo tras vencer sus limitaciones cada vez que empezaba una clase. Incluso, el 2020 durante las clases virtuales por la pandemia, él mismo sentía la dificultad de dictar una clase por Zoom. Pero, al final con su esfuerzo, todo lo vencía. ¿Y se han preguntado por qué? Porque su amor por la docencia pesaba más que cualquier limitación. Esa era su virtud monumental. Siempre decía que Beethoven en su carta-testamento mencionó que "cuando creía desfallecer atormentado por su sordera, el amor a la música lo sostuvo". Luego de varios años, llego a creer que sus limitaciones nunca lo abandonaron, pero su amor por la docencia, traducido en esfuerzo en el aula, tampoco desapareció. Eso lo volvió imprescindible.

Pero ¡cuidado!, no nos vayamos a equivocar. El "amor por la docencia" puede ser entendido de varias formas. Quizá puede haber un profesor que ama la docencia porque acrecienta su ego o su vanidad. Ese no era el caso de Javier. Él era el profesor más esforzado y el más humilde porque sabía que la docencia es una vocación de entrega, solidaridad y de generosidad. Démonos cuenta que la docencia era su pretexto para conocer jóvenes idealistas, que al igual que él, luchaban por la justicia. La docencia era un pretexto para escuchar opiniones sinceras de sus jóvenes alumnos, hasta ese momento desprovistos de intereses en la vida. En fin, no buscaba de sus estudiantes ni los reconocimientos ni las distinciones ni el dinero ni objetos brillantes, solo buscaba un abrazo, una palabra, una sonrisa, el calor humano "para vivir con un poco de ternura". En otras palabras, amaba la docencia porque le daba fuerzas para vivir en medio de un mundo sombrío y corrupto.

* El reseñado fue incorporado al Consejo Consultivo de THĒMIS-Revista de Derecho en 1989 y fue nombrado miembro honorario de la misma en 2015.

** Abogado. Doctor en Derecho por la Universidad de Cádiz. Profesor de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú). Contacto: egarce@pucp.edu.pe

Javier estaba convencido de que el mejor profesor era el que enseñaba con amor y con afecto a sus estudiantes. Y su actitud, vaya que tuvo sus efectos positivos… A muchos nos hizo creer que el Derecho del Trabajo era especial, pero, pasados los años, me doy cuenta que lo especial era su forma de sentir la docencia.

2

Eran como las 7 y 30 de la mañana de un día de abril de 2014. Ese día era la vista de la causa de la acción de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuesto en Arequipa ante el Tribunal Constitucional. Nosotros defendíamos la negociación colectiva de remuneraciones en el sector público. Javier viajó la noche anterior y yo llegué a Arequipa a eso de las 7 a.m. Recuerdo que, en principio, viajábamos juntos, pero mi hijo se enfermó esa tarde, así que tuve que viajar al día siguiente en el primer avión. Bueno, al llegar al hotel, dejé mis cosas en la habitación y fui a ver a Javier. Abrió la puerta con la sonrisa de siempre, pero noté una congestión en su nariz y algo de tos. "¿Qué te pasó, amigo?, le pregunté". En ese momento, me contó que se había olvidado su piyama en Lima. Había dormido con frío porque la única ropa que tenía era la que iba a utilizar en la audiencia. En realidad, yo me preocupé, pero al parecer para Javier era una anécdota sin importancia. Me dijo "vamos a desayunar, Elmercillo, en un rato tenemos la audiencia". Así fue.

Llegamos al Tribunal Constitucional y llegaron los dos abogados que defenderían al Congreso. Tanto Javier como yo, tuvimos que exponer y responder preguntas ante los magistrados. Pero la participación de Javier en la audiencia fue espectacular. De ninguna manera, ni el frío ni la tos, limitaron sus ganas de darse íntegro en la defensa de los derechos laborales. Siempre fue así, se puso del lado de los más débiles. Incluso, muchas veces, defendió causas justas de los trabajadores ante los jueces, sin recibir honorario alguno a cambio. Pero el punto de inflexión toda la vida lo puso en la justicia. Más de una vez diría que le aterraba depender económicamente del ejercicio profesional de abogado porque cuando ocurre eso es muy difícil diferenciar en qué casos el abogado defiende a su cliente por el hecho de serlo o cuando defiende la justicia. Amaba su profesión de abogado, pero le parecía muy difícil sobrevivir en el "mundo de los abogados". A pesar de los obstáculos que la realidad quería ponerle al ejercicio de su libertad, para defender con consecuencia la justicia, Javier encontró de modo brillante una salida: depender económicamente de la docencia y vestirse de abogado cuando la causa justa lo amerite. En este caso, también se hizo imprescindible.

3

Otros de los motivos para admirar a Javier como luchador es el haber padecido durante quince años de insuficiencia renal. Creo que, sin esa fortaleza espiritual y esa paz con la que vivía su vida, no hubiera resistido los embates de la enfermedad. No obstante, no solo resistió, sino que nunca le escuché ninguna queja y, al contrario, él sentía que eso era una razón más para valorar la luz de la vida.

A todos nos dejó una gran lección. Incluso, en el lugar donde recibía su diálisis tres veces a la semana, conformó un grupo de amigos. Y doy fe que, a todos ellos, como a todos nosotros, nos enseñó que, a pesar de las limitaciones, el luchador nunca se rinde. A varios de ellos, los convenció para que realicen estudios superiores. Y, aunque él nunca lo mencionó, sé de muy buena fuente que les ayudó económicamente para que puedan estudiar. Su figura fue tan inmensa, que hoy su partida deja un inmenso vacío.

4

El verano de 1996 fue un verano especial para Javier. Se dedicó a escribir su "Introducción al Derecho del Trabajo". Recuerdo que, en sus vacaciones de ese año, organizó un horario sumamente disciplinado para cumplir con su meta. Muchas veces me dijo que le costaba mucho escribir. Le generaba mucha tensión organizar los temas, buscar la frase directa y concisa. Además, era un obsesivo por la claridad. Le costaba mucho escribir un libro, porque también la disciplina le restaba libertad y tiempo para estar con sus amigos. Pero igual nos regaló a todos los laboralistas varias joyas de la literatura jurídica. Sin embargo, insisto: "Introducción al Derecho del Trabajo" fue su obra cumbre. Ese libro significa refundar la teoría general del derecho laboral en el Perú.

A pesar de que su "Introducción" robó todo su verano y su tranquilidad, nunca eludió su responsabilidad. Sabía que lo tenia que hacer. Personalmente, lo que me sigue impresionando de su libro es la claridad y simpleza con que Javier aborda temas tan complejos de la teoría del Derecho. Es un libro al que no le sobra ninguna palabra, pues todas están ubicadas en el lugar preciso como si de un rompecabezas se tratara. Y, nuevamente, lo hizo con su sello personal: le sacó fotocopias a su primer manuscrito, para luego repartirlo entre sus discípulos y asistentes. El Maestro nos pedía a nosotros, sus alumnos, que le diéramos nuestra opinión. Esa humildad y ese esfuerzo permanente han marcado vidas como la mía… y estaré agradecido eternamente a Javier, por enseñarme que a la cima

se llega no con atajos y trampas, sino con brillo en la conducta y en el trabajo. Esta actitud también lo volvió imprescindible.

5

El ministro de Trabajo Javier Neves y su viceministro Alfredo Villavicencio me incorporaron a su equipo de asesores. Eran las 8 de la mañana en un día de marzo del 2004 y yo llegaba temprano a trabajar al Ministerio. Recuerdo que en ese momento llegó su carro con toda su comitiva policial. Lo que más recuerdo era la bulla que armaban y que Javier detestaba. Detestaba la forma en que los policías cerraban las calles para que pase su auto. En ese momento, Javier bajó de su carro con lunas polarizadas y, al verme, me sonrió, me dio un abrazo y me invitó a subir por el ascensor que solo usaba el ministro. Sus meses al frente del Ministerio, yo diría que no fueron momentos de felicidad plena. Extrañaba mucho los jardines de la PUCP. Extrañaba la cercanía con sus alumnos que el cargo le había cambiado por formalismos vacíos, que él detestaba. Le costaba que las decisiones demoren tanto tiempo en ejecutarse.

Hizo de todo para convivir con las presiones. Siempre decía que en las primeras semanas que fue ministro, antes de dormir se tomaba un vasito de whisky para relajarse. Fueron meses en que buscaba reírse para sobrellevar la responsabilidad que tenía. Una vez fue a la Comisión de Trabajo del Congreso y ante la intervención inquisidora de un congresista tuvo una frase de antología… El congresista acusó agresivamente a Javier de contradecirse con su propio libro de "Introducción al Derecho Laboral". A lo que Javier le respondió genialmente: "Revisa tu edición, porque estas leyendo la edición pasada". Todo acabó en una carcajada generalizada de la Comisión y el tema quedó allí no más. O como olvidar el día que dejó de lado sus obligaciones ministeriales para ir a la PUCP a disfrutar de las olimpiadas de derecho con sus alumnos. Encima se disfrazó de inca, situación que al presidente Toledo no le gustó nada. En fin, creo que el poder ni sus aspectos exteriores nunca le importaron. Pero él sabía que en su estancia en el Ministerio iba a ayudar a muchos trabajadores. De hecho, el fortalecimiento de la inspección laboral o el restablecimiento del registro de sindicatos públicos fue posible gracias a su compromiso.

Otra vez, Javier luchaba todos los días contra el formalismo del Ministerio y contra las presiones propias del cargo, pero buscó su forma de sobrellevar el tema. Simplemente, él sabía que su lucha por la justicia y por los derechos de los trabajadores era más importante que las malas anécdotas del día a día. Otra vez, poco a poco se fue convirtiendo en imprescindible.

Quiero terminar agradeciendo a Thēmis y a los estudiantes de derecho por hacer este reconocimiento a un profesor especial como Javier Neves. A todos los jóvenes que van a leer esta semblanza de Javier, les cuento algo más. Un día Javier me regaló un libro de poemas de un poeta griego llamado Constantino Cavafis. Realmente, yo nunca lo había escuchado. Por supuesto, viniendo de Javier me leí el poemario completo. A la semana siguiente, me preguntó: ¿Qué poema te gustó más de Cavafis? Y, sin dudarlo, le respondí: "Termópilas". Él sonrió y me dijo: "Tienes razón, es el más bello. Honor a aquellos que sabiendo que iban a morir o a perder, decidieron defender con dignidad Termópilas". Ese era el corazón del luchador.

Lima, 25 de febrero de 2021

# MEMORIA INSTITUCIONAL

## 2020-1

THĒMIS
desde 1965

## INCORPORACIÓN DE JOSÉ DANIEL AMADO VARGAS COMO MIEMBRO DE CONSEJO CONSULTIVO DE THĒMIS

Tenemos el placer de anunciar que el Doctor José Daniel Amado Vargas, ex editor general de THĒMIS-Revista de Derecho, socio de Miranda & Amado y docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, se incorpora como miembro del Consejo Consultivo de THĒMIS a partir de la presente edición. José Daniel Amado nos ha brindado su constante apoyo durante los últimos años y ha sido coordinador de la edición 77 de THĒMIS-Revista de Derecho, dedicada al Arbitraje. Este es un honrado reconocimiento a su trayectoria y su gran apoyo.

## COMISIÓN DE CONTENIDO

La comisión de Contenido es la encargada de la edición y publicación de THĒMIS-Revista de Derecho. Durante el ciclo 2020-1, el Consejo Ejecutivo de la Revista logró adaptar exitosamente sus labores a las demandas de los tiempos, resguardando siempre la claridad en los objetivos trazados para la revista: internacionalización, rigurosidad académica e indización.

La Comisión tuvo el placer de publicar la edición 76 de THĒMIS, número que recoge y renueva la discusión académica en la rama del Derecho Tributario, y que estuvo bajo la coordinación académica de los profesores Eduardo Sotelo (PUCP) y Fernando Sam (Estudio Echecopar). Fieles al lema, esta fue la ocasión para trasladar el tradicional evento de presentación al espacio virtual.

Los días 16 y 23 de mayo, la Comisión llevó a cabo el evento "Política tributaria y Derecho: dilemas ante el COVID-19", organizado con motivo de la presentación de la edición 76 de la revista, y hecho posible gracias al apoyo de los auspiciadores. En la primera fecha, Luis Durán Rojo (PUCP) realizó la ponencia "Alcances de la cláusula antielusiva general peruana" en torno a la aplicación e interpretación de la norma XVI. Hacia la segunda fecha, Rocio Liu Arévalo (Damma Legal Advisors) y Luis Hernández Berenguel (Hernández & Cía.), bajo la moderación de Jeff Riveros Vélez (Hernández & Cía.), actualizaron la discusión en torno a la internacionalización de políticas tributarias a la luz del nuevo escenario global en el panel "COVID-19: ¿Estamos a tiempo de seguir implementando el Plan BEPS?".

Continuando con los objetivos trazados para la Comisión, el Consejo Ejecutivo abocó sus esfuerzos a un segundo producto: la edición 77 de THĒMIS-Revista de Derecho, la cual gozó de una avasalladora acogida en la academia desde su convocatoria. Esta edición, dedicada al Arbitraje, se encontró bajo la coordinación de José Daniel Amado (Miranda & Amado) y Martin Doe Rodríguez (Corte Permanente de Arbitraje), junto a la asesoría temática de Fabio Nuñez del Prado (Clifford Chance).

Con motivo de la presentación de esta edición de THĒMIS-Revista de Derecho, la Comisión organizó el evento "Arbitraje y corrupción: reflexiones actuales". El día 7 de agosto, se llevó a cabo el panel "¿Oportunidad de regulación?: El rol del árbitro en el arbitraje comercial", el cual estuvo bajo la moderación de José Daniel Amado y contó con las ponencias de Gary Born (Wilmer Hale), Catherine A. Rogers (Penn State Law) y Jonathan Hamilton (White & Case). En la segunda fecha, 8 de agosto, el panel "¿Manos limpias? La corrupción en los arbitrajes con el Estado?" estuvo moderado por Martin Doe Rodríguez, y contó con la participación de Carmen Núñez-Lagos (Núñez-Lagos Arbitration), Fernando Cantuarias (Universidad del Pacífico) y Elina Mereminskaya (Wagemann Abogados & Ingenieros).

Finalmente, en la perpetua búsqueda de mejoras editoriales, la Comisión actualizó sus parámetros de edición a las normas de la sétima y más reciente edición del *Manual de Publicaciones de la American Psychological Association*. De manera similar, adoptó exitosamente las normas de *The Bluebook: A Uniform System of Citation* para las fuentes jurisprudenciales y legislativas.

## COMISIÓN DE DESARROLLO SOCIAL

Khuska, el Programa de Desarrollo Social de THĒMIS, de acuerdo con su finalidad, ha continuado trabajando permanente para promover el desarrollo social a través de la cultura jurídica durante el ciclo 2020-1. El particular contexto de la pandemia representó un desafío que la comisión aceptó, tomando medidas como la virtualización de la totalidad de sus productos, así como la innovación en muchos otros.

En este sentido, Khuska llevó a cabo una serie de conversatorios (Conversatorios en tiempos de Covid-19) que se realizaron a través de la modalidad virtual. Estos atendieron a problemáticas que surgieron o se acentuaron por la pandemia, y fueron los siguientes: i) Derechos Humanos y el Sistema Penitenciario en el Perú, ii) Violencia contra la mujer e integrantes del grupo familiar, iii) Discurso bélico y abuso de las fuerzas del orden, iv) Discusión actual sobre las técnicas de reproducción asistida y v) Situación en UCI de los/as adultos/as mayores: un análisis desde la bioética y los derechos humanos. Asimismo en miras a brindar mayor información de manera accesible y didáctica, se realizó una alianza con Abogadas Pro Bono, con quienes se elaboraron videos informativos: i) El protocolo para el reinicio de actividades, ii) Los problemas en el arrendamiento, iii) El retiro de AFP, iv) El traslado humanitario interprovincial y v) La suspensión perfecta de labores; todos ellos atendieron a la coyuntura en el contexto de pandemia. Sumado a ello, se creó una nueva sección en el blog *Espacio Sostenible*: "Una mirada al Estado de Emergencia", en el que se publicaron artículos sobre distintos temas de desarrollo social en el marco de estado de emergencia.

La visión de Khuska es ser una comisión líder en proyectos sostenibles, buscando generar un impacto positivo en la sociedad, por lo que se ejecutó por primera vez un proyecto completamente virtual: "Uniendo Fronteras", guiado bajo criterios de rigurosidad y en atención a las problemáticas actuales de la población en situación de vulnerabilidad. Este tuvo como objetivo brindar talleres jurídicos virtuales y gratuitos a personas migrantes y refugiadas en materia de salud, derecho a la identidad de género, y regularización de la calidad migratoria o solicitud de calidad de refugiado y trabajo. Uniendo Fronteras se llevó a cabo en alianza con María Eugenia Tamariz, la ONG Prosa, la Clínica Jurídica para migrantes y refugiados Pedro Arrupe SJ, PROMSEX, Nosotrans, la Oficina Académica de Responsabilidad Social de la Facultad de Derecho de la PUCP, Amnistía Internacional y la Clínica Jurídica de Personas Migrantes y Refugiadas - Facultad de Derecho PUCP.

La misión es promover el Desarrollo Social a través de la difusión de la cultura jurídica; por ello, se organizaron diversos eventos con alianzas estratégicas, en relación a los ejes temáticos de medio ambiente, género y educación legal. Se realizaron dos eventos en alianza con la Clínica Jurídica Ambiental - Facultad de Derecho PUCP y el Ministerio del Ambiente - Perú: "Guardaparques: defensores/as de la conservación de la biodiversidad y Acuerdo de Escazú: oportunidades y ratificación". En ellos, participaron diversas autoridades públicas, especialistas de la academia, representantes de las poblaciones en situación de vulnerabilidad y estudiantes universitarios/as. Asimismo, se realizó el evento "Violencia contra la mujer en época de Covid-19: un enfoque legal y psicológico", en alianza con el Grupo Interdisciplinario de Familias - PUCP. Por último, se realizó el evento "Yo elijo cuándo y dónde: el derecho a morir dignamente", junto con el Grupo de Investigación y Estudio de Derecho Penal y Criminología PUCP. El evento en mención contó con la participación de Ana Estrada, Paula Siverino, Josefina Miró Quesada, Iván Meini y Betzabé Marciani.

Finalmente, se realizaron dos activaciones virtuales, la primera por el Día Internacional de la Mujer y la segunda por la situación de las personas adultas mayores en el contexto de pandemia: "El problema no es la edad". Sumado a ello, en razón del denominado "mes del orgullo", en junio, se realizó el mes temático "#KhuskaDeColores", en el que se produjeron entrevistas con Re-generando Psicología, Javiera Arnillas, Movimiento Lesbia y Gabriela Salvador.

THĒMIS, a través de Khuska, fue reconocido por el Sistema Nacional de Voluntariado (SINAVOL) del Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables - Perú. Este reconocimiento permite la capacitación y articulación de forma más efectiva del trabajo de la comisión junto a los distintos actores del SINAVOL.

## COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN

La comisión de Administración es la encargada de la gestión económica y legal de la Asociación Civil THĒMIS. Durante el ciclo 2020-1, en el contexto de emergencia sanitaria, la Comisión debía ser una de las primeras en adaptarse a un ciclo virtual, pues su rol transversal en la Asociación exigía replantear el funcionamiento para lograr concretar los diversos proyectos para el año 2020.

Al recibir las primeras restricciones por parte del Estado de Emergencia, el tema presupuestal, que se establece a comienzos de ciclo, cambió de una política de inversión a una de reducción, que luego se modificaría de manera progresiva, debido a los excelentes resultados de la adaptación integral de THĒMIS. En los primeros meses, se realizó un análisis comparativo sustentado en Consejo Directivo para comenzar con un plan a corto, mediano y largo plazo que permita un correcto desarrollo de todos los proyectos 2020. Este consistió en la implementación de medidas institucionales que permitan alinear el trabajo de todas las comisiones, el paso a la virtualización total de los proyectos, la apertura y evaluación de nuevas oportunidades, y preservar la seguridad de nuestros asociados y asociadas.

Se consolidó la virtualización de boletas, facturas, inventarios, trámites legales y establecimiento de protocolos de entrega. Se decidió establecer el delivery gratuito a la mayoría de zonas de Lima Metropolitana, tomando como premisa siempre que el siguiente paso era llegar a diferentes partes del país. En definitiva, fue un trabajo progresivo, pero eficaz. A nivel interno, la confianza en el trabajo de los demás que brindó la Comisión fue fundamental para sobrepasar éxitos anteriores. Este ciclo se era consciente que el rol iba más allá de ser una comisión fiscalizadora o sancionadora; por el contrario, frente a un “golpe fuerte” a la “normalidad”, se necesitaba recordar que la gestión de recursos realizada es por y para el apoyo de los diferentes proyectos que busquen cumplir con el objetivo de THĒMIS.

## COMISIÓN DE RECURSOS HUMANOS

La Comisión de Recursos Humanos se encarga de velar por el bienestar de la Asociación para que esta sea un espacio en el que todas y todos los miembros se sientan cómodos y logren vivir su paso por THĒMIS de la mejor manera posible. Así, la Comisión trabaja dos ejes: fiscalización e integración.

En el ciclo 2020-1, se contó con cuatro nuevos miembros –de los cinco en total– en la Comisión; sin embargo, el gran reto fue realizar el trabajo de forma virtual. Recursos Humanos es una comisión que se caracteriza por trabajar con el contacto humano y en espacios físicos, realizando diferentes actividades que brindan la oportunidad para que los asociados y asociadas se conozcan. Debido a la crisis sanitaria, actividades típicas como el Inter Revistas o el tradicional CampaTHĒMIS quedaron canceladas, por lo que se tuvo que idear nuevos espacios para que nuestros miembros se integren.

Así, la Comisión continuó impulsando proyectos que ya se venían realizando desde ciclos anteriores y que aún eran factibles: se amplió el Banco Virtual, el cual reúne diferentes materiales académicos que pueden ser de utilidad para los miembros; y se siguió con las entrevistas individuales con los miembros de RR.HH., las cuales podían ser solicitadas por cualquier asociado o asociada. Adicionalmente a esto, se realizó la primera Semana THĒMIS virtual, la cual tiene como finalidad que los miembros se conozcan más allá de sus comisiones y, además, de que puedan tener un espacio extra académico. Esta Semana THĒMIS tuvo el gran reto de integrar a una Asamblea cuya mitad de miembros eran nuevos y no se conocían presencialmente. Sin embargo, la Comisión quedó contenta con los resultados, sin perjuicio de que aún quedan muchas herramientas virtuales por explotar.

Por el lado de la fiscalización, Recursos Humanos también experimentó grandes cambios, puesto que las asambleas también se tuvieron que adaptar a la modalidad virtual y el trabajo en la oficina de THĒMIS no pudo ser posible. No obstante, la Comisión elaboró pautas para las asambleas virtuales con el objetivo de ordenarlas y que sean más eficientes. La Comisión también estuvo completamente disponible si se la requirió como ente mediador o de diálogo, pues esto también es parte de procurar el bienestar de la asociación y de cada miembro THĒMIS.

## COMISIÓN DE CURSOS & CAPACITACIONES

Durante el ciclo 2020-1, la comisión de Cursos y Capacitaciones llevó a cabo dos eventos que se caracterizaron por sus innovadoras temáticas y el gran alcance que tuvieron. Del mismo modo, realizó un conversatorio cuyo contenido estuvo íntimamente relacionado con la coyuntura actual producto de la pandemia de COVID-19.

En el marco de sus funciones, el primer evento realizado durante el ciclo fue el Curso de Derecho Regulatorio: Nuevas tendencias en Energía y Minería, el mismo que se llevó a cabo los días 4, 5 y 6 de junio, siendo el primer evento desarrollado en su totalidad de manera virtual a través de la plataforma Zoom. En este, se buscó construir un espacio de análisis en torno a la normativa regulatoria de los sectores de energía y minería. El evento congregó a distinguidos y distinguidas ponentes tales como Xennia Forno (Rubio Leguía Normand), Rocío Liu (Damma Legal Advisors), Luis Miguel Elías (Rebaza, Alcázar & De Las Casas), Alberto Varillas (García-Sayán), Carlos Hamman (CMS Grau), entre otros.

Asimismo, los días 2, 3 y 4 de julio, se llevó a cabo el evento ¿Deal? Curso de Derecho Corporativo Financiero, por medio de la plataforma Zoom. El mismo tuvo por objetivo difundir las más recientes tendencias en Derecho Corporativo Financiero. En ese sentido, contó con la presencia de reconocidos y reconocidas especialistas en la materia tales como, Susan Castillo (Payet, Rey, Cauvi, Pérez), Alexandra Orbezo, Alberto Rebaza, Gonzalo de las Casas (Rebaza, Alcázar & De Las Casas), Mónica Martín de Vidales (Garrigues España), Rafael Corzo (Miranda y Amado), entre otros.

Finalmente, el día 30 de mayo se desarrolló el conversatorio "Financiamiento en tiempos de Crisis", el mismo que contó con la participación de Karina Chinguel (EY), especialista en el área. Este evento estuvo centrado en explicar las principales fuentes de financiamiento promovidas por el Poder Ejecutivo en la actual coyuntura del COVID-19 y los aspectos más relevantes de los préstamos Reactiva Perú y FAE MYPE.

## COMISIÓN DE FINANCIAMIENTO

La comisión de Financiamiento siempre ha tenido como consigna la innovación constante de la marca THĒMIS. Ello no ha sido ajeno en este ciclo, a pesar del gran reto que ha significado trabajar en un contexto de pandemia y sus consecuentes restricciones, sobre todo, a nivel de la industria del libro. Por la situación global, Financiamiento se vio impedida de realizar las actividades que le son propias desde su creación, como la organización de la Feria del Libro, evento central de la comisión, y las mesas de ventas en eventos jurídicos.

Sin embargo, la Comisión tomó ello como una oportunidad de inventiva y de exploración de nuevos ámbitos propios del ámbito digital. Es así que, por primera vez, THĒMIS tuvo presencia en la plataforma Amazon, siendo posible la compra de *ebooks* de algunas de las más renombradas publicaciones de la Asociación. Con ello, se abrió la puerta a la venta digital de libros y la difusión de la cultura jurídica ya no solo a nivel local, sino en el mercado internacional. Asimismo, conscientes de la limitación de no contar con un espacio de venta físico, la Comisión ideó la implementación del delivery con el propósito de cumplir con su función de ser los encargados de la sostenibilidad de la Asociación. Mediante un trabajo en conjunto, se implementó este servicio para el cuidado de los asociados y los clientes. De la misma manera, también se desarrolló el clásico evento de cierre de ciclo "RemaThemis", en el cual se logró ventas significativas mediante la creación de paquetes y ofertas ajustadas a las necesidades del público objetivo.

Por otro lado, Financiamiento no dejó de lado sus funciones más elementales como la búsqueda y obtención de auspicios, para la cual se puso en práctica la versatilidad característica de la comisión para adaptar nuestros paquetes al ámbito únicamente digital y a la situación económica del país. Además, se elaboró el *merchandising* del ciclo, el cual estuvo dedicado al fortalecimiento de la identidad de los miembros THĒMIS tanto actuales como pasados.

Finalmente, la Comisión ha propuesto estrategias de crecimiento para el bienestar de la Asociación, como la incursión en plataformas de gran acogida y el establecimiento de nuevas alianzas comerciales. Ello en línea con nuestro compromiso actual y futuro de permitir, y ayudar a la mejora de THĒMIS.

## COMISIÓN DE ACTUALIDAD JURÍDICA

EnfoqueDerecho.com tiene como misión ser un referente en cuanto al devenir cotidiano de los temas vinculados con el derecho en el Perú y el mundo, un portal en el que tanto estudiantes como profesionales pueden plasmar sus opiniones a través de artículos, entrevistas, blogs y demás productos. La comisión de Actualidad Jurídica realiza una labor constante de periodismo jurídico, mediante la cual se busca continuar con la labor a la que THĒMIS dio inicio hace 55 años, valiéndose de los medios tecnológicos que el mundo de hoy pone a disposición.

En ese sentido, durante el primer semestre del 2020, EnfoqueDerecho.com renovó algunos de sus espacios para la difusión de la cultura jurídica. En primer lugar, se retomó "Sin Prejuicio", blog gestionado con la Oficina de Plan de Carrera y Bienestar de la Facultad de Derecho de la PUCP, y se enfocó en el sector público. En segundo lugar, se crearon nuevos espacios como "Reales e Imaginarios", blog de derechos reales gestionado por José Carlos Fernández; "Bitácora Inmobiliaria", conformado por el área de Derecho Inmobiliario de Rubio Leguía Normand & Asociados; "Público Privado", blog gestionado por el área de Derecho Administrativo y Regulatorio del mismo estudio; "La otra regla", blog dedicado a estudiar y difundir el Derecho desde una perspectiva de género; "Asian Desk", blog colectivo conformado por los abogados del Estudio Rodrigo, Elías & Medrano Abogados; "Closing The Deal: Blog legal de fusiones & adquisiones", blog gestionado por Javier García Vélez; "Visibles por hecho y derecho", blog colectivo elaborado por los abogados integrantes de la asociación civil Adastra; "Regulación Ambiental", espacio gestionado por gestionado por Andrés Dulanto y Diego San Martín; "Enfoque Penal", blog dedicado a temas de Derecho Penal; y la columna de traducción de destacados artículos sobre Derecho Constitucional y Derechos Humanos con Juan Alonso Tello Mendoza.

En cuanto a redes, se repotenciaron las plataformas de Facebook, Twitter, YouTube e Instagram, y se recuperó la cuenta del portal en LinkedIn. Asimismo, el 11 de junio, se lanzó el *podcast* de EnfoqueDerecho.com en Podbean y Spotify. Para ello, se digitalizó "Diario de un practicante".

Por otro lado, continuando con su labor periodística, debido a la pandemia, EnfoqueDerecho.com tuvo que reinventarse y adaptarse a la nueva normalidad para realizar una cobertura completa y a tiempo real de la crisis sanitaria.

En ese sentido, además de haber realizado un especial por las elecciones congresales del 2020, y entregas sobre las diversas ramas del derecho y otras disciplinas, la Comisión realizó una serie de webinars: dos ediciones de "Conversando Derecho de Derecho Laboral durante la pandemia", "Mujeres en Derecho Civil y Arbitraje"; "¿Constitución del 79 o 93?: el rol del Estado en la economía a raíz del COVID-19"; "Homenaje a Santiago Mir Puig y Felipe Villavicencio"; "Lo que el peaje se llevó: crónicas de un arbitraje anunciado"; "Derecho Concursal durante la crisis sanitaria"; "Compliance: el retorno de las empresas en plena crisis del COVID-19"; "COVID-19 frente a la lex marcatoria: ¿una salida distinta?"; los webinars sobre M&A en el contexto de la pandemia, con el estudio Garrigues; "Los registros públicos ante un nuevo orden socioeconómico"; y "Alcances y novedades del procedimiento acelerado de refinanciación concursal".

## COMISIÓN DE IMAGEN INSTITUCIONAL

La comisión de Imagen Institucional se encarga del posicionamiento de la marca THĒMIS a través de la elaboración de campañas publicitarias de cursos, seminarios, publicaciones y revistas. Asimismo, apoya en la creación de líneas gráficas para el portal de Actualidad Jurídica, Enfoque Derecho, y el programa de Desarrollo Social, Khuska. Por último, administra las redes sociales de la Asociación y realiza dos eventos en el ciclo: la Liga THĒMIS y el tradicional Acércate a THĒMIS. Esta labor se intensificó como consecuencia (informal) de la virtualización de las comunicaciones producto del Covid-19 y la cuarentena focalizada en el ciclo 2020-1.

Con respecto a la Liga THĒMIS, esta se realizó de manera virtual, mediante la plataforma *Zoom Webinar*, los días 21 y 28 de mayo. La campaña versó sobre el Acceso Universal a la Salud, a propósito del Año de la Universalización de la Salud, y se denominó: "En sala de espera: Análisis al sistema de salud peruano". De esta manera, durante cuatro semanas, en nuestras redes sociales se publicaron infografías sobre la problemática del acceso a la salud en el Perú; tips legales sobre el derecho a la salud; estadísticas del presupuesto a los hospitales; y una entrevista a la jefa de enfermería de la clínica Cayetano Heredia, acerca de la respuesta del sector privado frente a la pandemia. Por otro lado, con respecto a los días del evento, en la sesión del día 21, se analizó el derecho a la salud, y su acceso desde el ámbito constitucional y administrativo. En esa oportunidad, se contó con la participación de reconocidas y reconocidos especialistas como César Landa (Ex presidente del Tribunal Constitucional); Elizabeth Salmón (Directora ejecutiva del IDEHPUCP); Oscar Quijano (Experto en Derecho a la Salud); y Sheyla Llacza (Especialista en Derecho Administrativo). En la sesión del día 28, participaron 8 especialistas, y se discutieron temas conexos a la protección al derecho a la salud, como las políticas públicas aplicables en pro de recuperar el presupuesto del Estado por el impacto del COVID-19, los beneficios tributarios a las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas, entre otros. Con respecto a ello, se extiende el agradecimiento a la comisión de Seminarios por el apoyo total y constante en la organización del segundo día de evento.

En relación al Acércate a THĒMIS, la temática utilizada se basó en el *climbing* o alpinismo, representando la "aventura" que significa postular y ser parte de la Asociación. El evento se realizó el día 9 de julio, por primera vez de forma virtual, pero con el sentimiento tradicional de escuchar el relato de exmiembros sobre su paso por THĒMIS. Para ello, se contó con la destacada participación de Ana Paula Mendoza, Alfredo Bullard, Cecilia O'Neill, José Daniel Amado, Juan José Ruda y Alejandra Quintanilla. Sin duda, fue un espacio que generó nostalgia no solo en quienes narraban las historias, sino en los exmiembros de generaciones recientes que asistieron al evento.

Finalmente, en el ciclo 2020-1 se alcanzó 33 mil me gusta en la página de Facebook, se creó la cuenta de Instagram de THĒMIS y se reactivó su correlato en LinkedIn. La expansión a nuevas redes sociales permitió que los eventos y productos de la Asociación sean conocidos por más estudiantes y profesionales del Derecho, cumpliendo con el propósito de difundir la cultura jurídica a nivel nacional e internacional.

## COMISIÓN DE PUBLICACIONES

La comisión de Publicaciones, encargada de la Editorial Jurídica THĒMIS, tiene como labor la edición y publicación de libros con contenido de vanguardia y calidad desde un enfoque interdisciplinario. El crecimiento de la misma se debe al trabajo arduo de sus comisionados para concretar proyectos y seguir una organización hacia futuro. En el semestre 2020-1, la comisión pudo dar un primer paso hacia la virtualización de tres de sus publicaciones en Amazon: *Economía y Constitución*; *Mucho más que palabras bonitas*, libro que fue posicionado por la plataforma como número 1 en la categoría Leyes en español; y, *Después de la llegada: realidades de la migración venezolana*, la cual fue, posteriormente, el primer libro descargable de manera gratuita en el Repositorio PUCP.

Siguiendo el curso del semestre, la comisión se preparó para coordinar, editar e imprimir la publicación en físico. Pese a que, en esos meses, la pandemia ocasionada por el COVID-19 hizo replantear la forma de trabajo, cada uno de los miembros de la comisión fue una "pieza esencial" para llevar adelante el proyecto que luego sería un éxito. *Propiedad: enfoque urbanístico y registral*, coordinado por Gonzalo Puertas, Iván Ortiz y Jorge Ortiz, es un libro que hasta la comisión se enorgullece haber impreso a pesar de las circunstancias. El evento de presentación, a través de la plataforma virtual Zoom Webinar, se realizó en compañía de los coordinadores y de grandes especialistas de la talla de Richard Webb, prologuista del libro; Patricia Camacho; Laura Francia; y Valeria Duffóo.

Finalmente, en el mes de junio, se replantearon varios proyectos futuros debido a la pandemia. Es así que empezaron las coordinaciones para digitalizar más publicaciones, empezando con la segunda edición de *Con Licencia para Anunciar* y la tercera edición de *El Arte de Dar Fe: IV y V Jornadas Internacionales de Derecho Registral*. Asimismo, con ánimos de estar preparados para el futuro, se calendarizaron los proyectos a publicar tanto en Amazon como en físico para el año 2021. Además, con mucha alegría, varios de los mismos han surgido como consecuencia de la concretización de ideas propias por parte de los comisionados.

La comisión de Publicaciones reafirma su compromiso con la elaboración de proyectos innovadores y de carácter interdisciplinario que contribuyan a la difusión de la cultura jurídica en el país.

## COMISIÓN DE SEMINARIOS

La Comisión de Seminarios tiene como objetivo principal realizar eventos académicos innovadores, con enfoque multidisciplinario y de gran impacto coyuntural. De esta manera, la propagación mundial del COVID-19 y sus consecuencias reafirmaron la labor de la comisión de continuar creando espacios de información, debate y reflexión desde la óptica del Derecho en torno a los distintos ámbitos que se vieron afectados en mayor medida: laboral y tributario.

Por un lado, la comisión gestionó y ejecutó el evento denominado I Congreso de Derecho Laboral, desarrollado los días jueves 11, viernes 12 y sábado 13 de junio en modalidad virtual. El evento congregó a los más destacados especialistas en la materia, tanto del sector público como privado, entre los cuales se encuentran Christian Sánchez (Ministerio de Trabajo), Cecilia Calderón (Garrigues Abogados), Carlos Cadillo (Miranda y Amado), Claudia Seminario (García Sayán), Paul Cavalié (Ministerio de Trabajo), Guillermo Boza (PUCP), María Haydée Zegarra (Rebaza, Alcázar & De las Casas), Javier Neves (PUCP), Pamela Navarro (Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uria), Jorge Toyama (Vinatea & Toyama), entre otros destacados expositores.

Por otro lado, los días jueves 13, viernes 14 y sábado 15 de agosto, se realizó el Congreso Internacional de Derecho Tributario en modalidad virtual. El evento contó con la colaboración de diversos estudios y consultorías tales como Zuzunaga & Assereto Abogados, Price Waterhouse Coopers (PwC), Ernest & Young (EY), Rodrigo, Elías & Medrano Abogados y KPMG. Asimismo, entre los notables expositores se encuentran Luis Enrique Vera (Sunat), Luis Hernández (Hernández & Cía), Eleonora Lozano (Universidad de los Andes - Colombia), Lourdes Chau (PwC), Alex Córdova (Rodrigo, Elías & Medrano), Luciana Yañez (Zuzunaga, Assereto y Zegarra), Rocio Liu (Damma Legal), Abelardo Delgado (Garrigues - España), Beatriz De la Vega (EY), Luis Valle (KPMG), entre otros.

## HISTORIA DE LA COMISIÓN DE CONTENIDO

En 1965, **THĒMIS** se fundó con la idea de difundir la cultura jurídica a través de un solo producto que ha perdurado y se ha modernizado a lo largo de los años. Se trata de **THĒMIS-Revista de Derecho**, una publicación editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la PUCP, pertenecientes a la Asociación Civil **THĒMIS**. El editor general de **THĒMIS-Revista de Derecho** es el director de la Comisión de Contenido. La edición de nuestro producto bandera ha estado a cargo, desde sus inicios, por los siguientes abogados, académicos y estudiantes de Derecho:

**PRIMERA ÉPOCA**

| | |
|---|---|
| THĒMIS 1 | Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz |
| THĒMIS 2 | Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz |
| THĒMIS 3 | Domingo García Belaúnde, Luis Arbulú Alva, Luis Stucchi Díaz |
| THĒMIS 4 | Domingo García Belaúnde |
| THĒMIS 5 | Domingo García Belaúnde |
| THĒMIS 6 | Luis Arbulú Alva |
| THĒMIS 7 | Luis Arbulú Alva |

**SEGUNDA ÉPOCA**

| | |
|---|---|
| THĒMIS 1 | José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres |
| THĒMIS 2 | José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres |
| THĒMIS 3 | José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres |
| THĒMIS 4 | José Daniel Amado Vargas, Fernando Arias-Stella Casillo, Eduardo de Rivero Santana, Jacqueline Chappuis Cardich, Gustavo López- Ameri Cáceres |
| THĒMIS 5 | Beatriz Boza Dibós |
| THĒMIS 6 | Beatriz Boza Dibós |
| THĒMIS 7 | Beatriz Boza Dibós |
| THĒMIS 8 | Beatriz Boza Dibós |
| THĒMIS 9 | María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria |
| THĒMIS 10 | María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria |
| THĒMIS 11 | María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria |
| THĒMIS 12 | María Teresa Quiñones Alayza y Juan José Ruda Santolaria |
| THĒMIS 13 | Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins |
| THĒMIS 14 | Javier Chocano Portillo y César Parodi Martins |
| THĒMIS 15 | Javier Chocano Portillo |
| THĒMIS 16 | Verónica Zavala Lombardi |
| THĒMIS 17 | Verónica Zavala Lombardi |
| THĒMIS 18 | Martín Mejorada Chauca |
| THĒMIS 19 | Martín Mejorada Chauca |
| THĒMIS 20 | Martín Mejorada Chauca |
| THĒMIS 21 | Eduardo Sotelo Castañeda |
| THĒMIS 22 | Eduardo Sotelo Castañeda |

| | |
|---|---|
| THĒMIS 23 | José Ignacio Castro Otero |
| THĒMIS 24 | José Ignacio Castro Otero |
| THĒMIS 25 | Enrique Felices Saavedra |
| THĒMIS 26 | Enrique Felices Saavedra |
| THĒMIS 27 | Enrique Felices Saavedra |
| THĒMIS 28 | Enrique Felices Saavedra |
| THĒMIS 29 | Enrique Felices Saavedra |
| THĒMIS 30 | José Juan Haro Seijas |
| THĒMIS 31 | José Juan Haro Seijas |
| THĒMIS 32 | Juan Antonio Égüez Toledo |
| THĒMIS 33 | Gonzalo Zegarra Mulanovich |
| THĒMIS 34 | Gonzalo Zegarra Mulanovich |
| THĒMIS 35 | Gonzalo Zegarra Mulanovich |
| THĒMIS 36 | Gonzalo Barrionuevo Alba |
| THĒMIS 37 | Gonzalo Barrionuevo Alba |
| THĒMIS 38 | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi |
| THĒMIS 39 | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi |
| THĒMIS 40 | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi |
| THĒMIS 41 | Gilda Spallarossa Lecca |
| THĒMIS 42 | Carlos Arata Delgado |
| THĒMIS 43 | Carlos Arata Delgado |
| THĒMIS 44 | Fernando Berckemeyer Olaechea |
| THĒMIS 45 | Enrique Pasquel Rodríguez |
| THĒMIS 46 | Mirella Miranda Nique |
| THĒMIS 47 | Alejandro Manayalle Chirinos |
| THĒMIS 48 | Alejandro Manayalle Chirinos |
| THĒMIS 49 | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas |
| THĒMIS 50 | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas |
| THĒMIS 51 | Óscar Súmar Albújar |
| THĒMIS 52 | Óscar Súmar Albújar |
| THĒMIS 53 | Luis Miguel Velarde Saffer |
| THĒMIS 54 | Luis Miguel Velarde Saffer |
| THĒMIS 55 | Mario Drago Alfaro |
| THĒMIS 56 | Mario Drago Alfaro |
| THĒMIS 57 | María José Higueras Chicot |
| THĒMIS 58 | Claudia Lazarte Abarca y Mariano Peró Mayandía |
| THĒMIS 59 | Mariano Peró Mayandía y Guillermo Arribas Irazola |
| THĒMIS 60 | Guillermo Arribas Irazola |
| THĒMIS 61 | Marco Zaldívar Chauca |
| THĒMIS 62 | Marco Zaldívar Chauca |
| THĒMIS 63 | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez |
| THĒMIS 64 | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez |
| THĒMIS 65 | Luis Fernando Roca Lizarzaburu |
| THĒMIS 66 | Luis Fernando Roca Lizarzaburu |
| THĒMIS 67 | Gonzalo J. Monge Morales |
| THĒMIS 68 | Carla Regina Odar Chang |
| THĒMIS 69 | Carla Regina Odar Chang y Erick E. Vargas Guevara |
| THĒMIS 70 | Erick E. Vargas Guevara y Ciro Vladimir Ortega Mejía |
| THĒMIS 71 | Ciro Vladimir Ortega Mejía y Joseline Zela Concha |
| THĒMIS 72 | Renzo Augusto Zárate Villantoy y Joseline Zela Concha |
| THĒMIS 73 | Renato Higa Griffin |
| THĒMIS 74 | Gabriela Rosa Pacheco Rodríguez |
| THĒMIS 75 | Axel Valverde Pariasca |
| THĒMIS 76 | Axel Valverde Pariasca y Lucia Beatriz López Gallardo |
| THĒMIS 77 | Lucía Beatríz López Gallardo y Luz Andrea Caycho Cáceres |
| THĒMIS 78 | Luz Andrea Caycho Cáceres y Sol María Guevara Ratto |

## Exmiembros de la Asociación Civil THĒMIS

Luis Abramovich Ackerman | Carmen María Accinelli Obando | Otto Alonso Acosta Bernedo | Luis Enrique Adrianzén Trint | Úrsula Afán Castillo | Édgar Aguirre Ramos| Guillermo Alarcón Zubiaurr | Omar Alejos Mata | Javier Albán González | César Antonio Alcorta Suero | Jenny Aliaga Aliaga | Luis Aliaga Blanco | Jimena Aliaga Gamarra | María Cristina Alva Noriega | Juan Carlos Alvarado Ortiz | Andrea Valeria Álvarez Tapia | José Daniel Amado Vargas | Marisa Amado Vargas | María José Amado Villacorta | Kathy Ames Valdivieso | Bruno Amiel Rodríguez-Carpi | Alejandra del Carmen Aquije Cornejo | Andrés Avelino Aramburú Piaggio | Carlos Arata Delgado | Agnes Arbaiza Mejía | Marco Antonio Arbayza Obeso | César Arbe Saldaña | Joao Windson Arbildo Caro | Luis Arbulú Alva | Gabriela Arbulú León- Prado | Teresa Arce Coronel | Mario Arce Rodríguez | Diana Arciniega López | Sergio Arellano Gonzales | Fernando Arias- Stella Castillo | Cristina Arizmendi Bellido-Tagle | Guillermo Arribas Irazola | Giancarlo Arrivasplata Núñez | Arturo Arróspide Villarán | Carla Arteaga Alarcón | Sergio Avendaño Bavestrello | Lucía Ávila Bedregal | Carolina Awapara Penalillo | Álvaro Ayllón Bondy | Felipe Ayulo Elejalde | Cecilia Azerrad Urrutia | Inés Baca de la Piedra | Juan Luis Balarezo Revilla | Francesco Balbi Castellano | Fabiola Baquerizo Micheline | Alonso Barreda Ayllón | Jorge Gonzalo Barrionuevo Alba | Ana Cristina Barrionuevo Luna | Manuel Barrios Arbulú| María Barrón Rodríguez | Sebastián Basombrío Dughi | Sandra Basurco García-Zapatero | Ariana Bassino Balta | Jack Batievsky Sapck | Pamela Battifora del Pozo |Andrés Bayly Letts | Kiara Bazán Santillán | Micaela Bedoya Bahamonde | Carmen Luisa Bedoya Eyzaguirre| Eduardo Bedoya Pérez | María del Carmen Bedoya Valdez | Maria Lucía Bellido Bertie | Adriana Bellido Ludowieg | María Fátima Benavides Maza | Ximena Benavides Reverditto | Francisca Benavides Roose | Carla Bengoa Rojas | Úrsula Ben-Hammou Novoa | Licy Benzaquén Gonzalo | Fernando Berckemeyer Olaechea | Gonzalo Bernal Neunmann | Gabriela Bernales Wan | Javier Berrospi Vivar | Sergio Alejandro Berrospi Vivar | María Cecilia Blume Cillóniz | Iván Blume Moore | Miluska Bobadilla Chancafe | Zuly Niskar Bolaños Enríquez | Ramiro Bolaños Flores | Gonzalo Bonifaz Tweddle | Costanza Borea Rieckhof | Lorena Borgo Hannach| Víctor Alfonso Bosleman Córdova | Beatriz Boza Dibós | Guillermo Bracamonte Hinostroza | Laura Bravo Chagua | Elizabeth Briones Gómez | Patricia Brocos Duda | Mayra Bryce Alberti | Alfredo Bullard González | Cyndel Caballero Fernández | Daniel Cabrera Morgan | Franco Marco Caccia Arana | Fernando Cáceres Freyre | Franklin Cáceres Freyre | Aldo Cáceres Martínez | Augusto Cáceres Vega | Andrea Cadenas Cachay | Alejandra Calderón Santillán | Héctor Calero Ramírez | José Calero Zavaleta | Jorge Calle Brush | Analía Calmell del Solar del Río | Javier Calmell del Solar Monasi | María Jimena Camacho Vega | Andreína Camargo Neyra | Paula Lucía Camino Morgado | Cecilia Cánepa Olaechea | Carlos Alfonso Canevaro Montesinos | Fernando Cantuarias Salaverry | María Fernanda Caparó Beltrán | Alejandro Cardoza Ayllón | Pamela Léia Caro Coria | Mariella Carrasco Gadea | Verónica Carrasco Núñez | Alejandra Sofía Carrillo Ayala | Diego Carrión Álvarez-Calderón | Christian Armando Carvajal Valenzuela | Carlos Casabonne Stoessel | Juan Manuel Casalino Franciskovic | Patricia Casaverde Rodríguez | Julio Casma Rocha | Renzo Castagnino Abásolo | Alejandra Castañeda Andrade | Gian Paul Castañeda Carruitero | Fernando Castañeda Melgar| Marcelo Castilla Báez | José Ignacio Castro Otero | Diego Castro Panez | Evelyn Castro Ramos | Álvaro Castro Reátegui | Junior David Castro Reynoso | Augusto Francisco Cauti Barrantes | Constanza Cavallero Portugal | Alejandro Cavero Alva | Mariana Cazorla Quiñones | Daniel Chancafe Rosas | María Fernanda Chanduví Herrera | Daniela Chang Rodríguez | Jackeline Chappuis Cardich | Vanessa Chávarry Meza | María José Chávez Pozzi-Escott | Mauricio Checa Oliva | Jorge Chiang Belliki | Carolina Chipollini Román | Liz Chirinos Cuadros | Marco Alejandro Chirinos Herrera | Javier Chocano Portillo | Rafaela Chumpitazi Saltarich | Astridt Chuy Colonia | Karina Chung Fernandini | Aldo Renato Cisneros Jirón | Camilo Clavijo Jave | María Andrea Colina Cardoso | Úrsula Collimboy Sayán | Jorge Contreras Condezo | Lorena Cook Llosa | Marcel Cordero Cabrera | Patricia

Córdova Muñaqui | Nicolás Cornejo Gerner | Rita Cornejo Lanao | Carlos Cornejo Vargas | Micaela Cortés Cabieses | Iván Cortés Tejada | Mariliha Alejandra Corzo Tueros | Carlos Cotera Solano | Chiara Crestani Queirolo | Juan Carlos Crisanto Vargas | Claudio Cruces Larco | Pablo Cueto Saco | Ana Sofía Cuevas Sánchez | Vera Czichowsky Hinterseer | Jorge Dajes Fleishman| Joanna Dawson Pendavis | Alberto de Belaúnde de Cárdenas | Javier Alonso de Belaúnde de Cárdenas | Luis de Bernardis Llosa | Federico de Cárdenas Romero | Arantxa de la Flor Giuffra | Fernando de la Flor Koechlin | Nicolás de la Flor Puccinelli | José María de la Jara Plaza | Martín de la Jara Plaza | Fernando Damián de la Puente Limay | Javier de la Vega Gómez | Jimena de la Villa Bayona | Camila de Lasa Larrea | Gabriela Lucía de Olazával Aguilar | Milagros de Pomar Saettone | Eduardo de Rivero Santana | Sebastián de Rutté Boisset | Patricio Ato del Avellanal Carrera | Rodrigo del Carpio Alarcón | Enrique del Castillo Fernández | Fernando del Mastro Puccio | María Verónica del Mastro Puccio| José Antonio del Risco Ramírez | Álvaro del Valle Roeder | Óscar del Valle Salinas | Chantal Marie Deleplanque Sánchez | Mariana Delgado Zeppilli | Miguel Denegri Portela | Tomás Denegri Vargas| Kai Díaz-Albertini Northcote | José Díaz del Valle | Margarita Díaz Picasso | Talía Díaz Rodríguez | Nathalie Díaz Silva | Gisella Domecq Garcés | Andrea Domínguez Noriega | Mario Drago Alfaro | Paul Duclós Parodi | Camila Dueñas Quiñones | Enzo Dunayevich Morales | Augusto Durand Palacios | Javier Echecopar Sabogal | Juan Antonio Égüez Toledo | Inés Elías Dupuy | Juan Diego Elías Puelles | Ricardo Elías Puelles | Angela Mérylin Escobar Huanca | Cedrik Hernán Espejo Tello | Stephanie Espejo Espinal | Alessandra Espino Beltrán | Walter Esquivel Valera | Anthony Exebio Mori | Yhasira Elisa Fabián Terreros | Jacqueline Febres Ballón | Enrique Felices Saavedra | Kevin Fernando Fernández Herrera | Enrique Ferrand Rubini | Arturo Ferrari Carrasco | Cristina Ferraro Delgado | Verónica Ferrero Díaz | Manuel Ferreyros Pérez-Ízaga | Pamela Ferro Cornejo | Gustavo Fierro Campos | Alejandra Flecha Corvetto | Rodrigo Flores Benavides | Daniel Flores Consiglieri | Cristina Flores Ligarda | Francisco José Floríndez Aramburú | Hugo Forno Odría | Ian Michael Forsyth Daneri | Laura Francia Acuña | Daniel Francisco Pimentel | José Enrique Frías Amat y León | Sandra Fuentes Ñique | Nicolás Galindo García | Marcos Gallardo Jimenez | Alejandra Estefanía Gallardo Siguas | Patricia Gallegos Quesquén | Susana Gallo Alzamora | Giuseppe Galluccio Tonder | Viviana Gálvez Córdova | Edgardo Gamarra Bellido | Marco Antonio Gamarra Galindo | Nicol Lucero Gaona Buitrón | Carlos Garatea Grau | Adriana Garcés García | Gabriela García Arcía | Domingo García Belaúnde | Víctor Geancarlo García Huamán | Juan García-Montúfar Sarmiento | Alejandra García Oviedo | Frank Fermín García Santos| José Luis Gargurevich Valdez | Mijael Garrido-Lecca Palacios | Bruno Giusti Díaz |Carlos Glave Mavila | Andrés Gómez de la Torre Barrera | Enrique Gómez Ossio | Carlos Andrés Gómez Ramos | Corina Gonzales Barrón | Daniel Gonzales La Rosa | Arabella Gonzales Netto | Cinthia Gonzales Ramos | Lucrecia González-Olaechea Dutari | Óscar González Romero | Cristy Layla Gonzales Sifuentes | Gianina Gotuzzo Oliva | José Bernardo Goyburu Vassallo | Carlos Granda Bullón | Agustín Grández Mariño | Daniella Guerrero Menes | Melisa Guevara Paredes | Nydia Guevara Villavicencio | Ian Dolph-Jean Guimaray Vidal | Mauricio Gustín de Olarte | Juan Carlos Gutiérrez Azabache | Carlos Hamman García-Belaúnde | José Juan Haro Seijas | Allan Hennings Marianyi | Mariella del Carmen Hernández Valencia | Ximena Herrera Blácido | Kristiam Herrera- Carrasco Monteagudo | Fernando Hesse Alfageme | Alonso Hidalgo Salinas | Renato J. Higa Griffin |María José Higueras Chicot | Gerardo Holguín Salazar | Zoila Horna Zegarra| Ísabo Hospinal Alcántara | Juan Israel Huamán Koo | Mario Huapaya Nava | Camilo Huaroc Chacón | Loana Huerta Hidalgo | Eduardo Hurtado Arrieta | Fernando Hurtado de Mendoza Pomar | Úrsula Indacochea Prevost | Patricia Inga Falcón | Eduardo Gonzalo Iñíguez Ortiz | Gianfranco Iparraguirre Romero | Roy Irribarren Calderón | Rosario Isasi Morales | Katia Cecilia Jacinto Moya | José Alfredo Jiménez García | María Alejandra Justo O'Hara | Baldo Kresalja Roselló | Rúzika Kresalja Santos | Antonio Kuljevan Pagador | Diego La Rosa Gonzales del Riego | Sheila La Serna Jordán | Juan Miguel Labarthe Ferreyros | Félix Labrín Mendoza | Alexa Laguna García | Rafael Lanfranco Gallofré |Fernando Lanfranco

Garrido Lecca | Elizabeth Laqui Martínez | Erick Lau Gastelo | Anthony Laub Benavides | Claudia Lazarte Abarca | Elsa Marina Lazarte Zabarburú | Joaquín Lazo Pérez-Palma | Denise Ledgard Antúnez de Mayolo | Alexandra Lelouch Loebl | Adrián Rodolfo Lengua Parra| Wendy León Espinoza | Sebastián León Saavedra | Alessia Lercari Bueno | Mario Lercari Bueno | Nicolás Lerner von Mallinckrodt | Eliana Gisella Lesem Guerra | Julián Li Díaz | Diego Ignacio Liendo Ganoza | Ariana Lira Delcore | Francisco Lira Miró Quesada | Isabel Lira Miró Quesada | Alejandro Lira Pinedo | Beatriz Llanos Cabanillas | Pedro Llerena Córdova | Mónica Llosa Gastañeta | Alejandra Llosa Parró| Gustavo López-Ameri Cáceres | José Rodrigo López Castro | Uber Adán López Montreuil | Julia Loret de Mola Cáceres | Eduardo Loret de Mola Ugarte | Claudia Lovón Benavente | Óscar Lozada Mego | Lucía Luna Negrón | Álvaro Luna-Victoria Saravia | Rosa Isabel Luna-Victoria Jammaers | Roberto Guillermo MacLean Martins | Kiana Maggiolo Cook | Mariana Mallea Quiroz | Elody Malpartida Zamora | Francisco Mamani Ortega | Alejandro Manayalle Chirinos | Renato Manrique Portal | Jonatan Samuel Marcés Everness | Chiara Marinelli Tagliavento | Úrsula Martínez García | Mercedes Martínez Meza | Lucía Martínez Mezón | Juan José Martínez Ortiz | Natalia Martínez Rosado | Flavia Martínez Tarazona | Pablo Martínez Valdez | Giuseppe Marzullo Carranza | Verónica Maseda Beaumont | Camila Masini Ortiz | Daniel Masnjak Marín | Paola Massa Belaúnde | Giorgio Massari Figari | Daniela Maurate de la Torre | Elías Maya Zusman | Renzo Kenneth Mayor Mayor | Juan Carlos Mejía Cornejo | Jorge Melo Vega | Ernesto Mendiola Chirinos | Mariana Mendoza Benza | María del Carmen Mendoza Delgado | Patricia Mendoza Franco | Fiorella Mendoza Graza | Ana Paula Mendoza Rázuri | Daniela Meneses Sala | Marilú Merzthal Shigyo | Diana Milberg Garrido-Lecca | Francisco Miranda Aguilar | Guillermo Miranda Benavides | Renzo Miranda Lucas | Mirella Miranda Nique | Josefina Miró-Quesada Gayoso | Manuela Alejandrina Molina Altamirano | Fernando Molina Rey de Castro | Gonzalo Monge Morales | Luis Javier Montalva Capella | Grecia Montesinos Calero | Rosa María Montero Musso | Juan Francisco Monteverde Vargas | Óscar Montezuma Panez | Giacomo Montiel Ibarguren | Miguel Morachimo Rodríguez | Diego Morales Alferrano | Elva Morán Rodríguez | Sheyla More Sánchez| Andrea Morelli Ferreyros | Jorge Luis Morelli Ferreyros | Giuliana Moreno Horna | Pablo Mori Bregante | Vasco Mujica Roggero | Ítalo Muñoz Bazán | Milagros Muñoz Bazán| Jaime Mur Campoverde| Jackeline Murillo Díaz | Milagros Mutsios Ramsay| Alonso Nájar Ramal | Héctor Willman Navarro Toledo | Mariana Negri Mendiola | Aritha Neyra Mejía | Paul Nina Nina | Manuel Noya Sarmiento | Fabio Núñez del Prado Chaves | Manuel Núñez Farfán | Freddy Salvatore Núñez Marmanillo | Mary Cielo Núñez Minaya | Monica Núñez Salas | Raúl Ñato Zevallos | Cecilia O´Neill de la Fuente | Yascila Oblitas Obeso | Diego Ocampo Acuña | Paola Ochoa Olivera | Carla Regina Odar Chang | Lucía Olavarría Salinas | Pilar Olavide Galdós | Pía Gabriela Olea Ubillús | Pilar Oliva Rocca | Antonio Olórtegui Marky | Bernando Ortega Malatesta | Ciro Vladimir Ortega Mejía | Mishel Ortiz Ayala | Gonzalo Ortiz de Zevallos Olaechea | Valeria Osorio Véliz| Andrés Osterling Letts | Gabriela Pacheco Rodríguez | Giselle Pacheco Guillén | Claudia Pacora Rodríguez | Rodrigo Padilla Philipps | Ximena Palacios Landauro | Álvaro Palao Carrera | Xavier Palao Carrera | Andrea Marcela Paliza Olivares | Emilio Paliza Ortega | Paola Palma Mormontoy | Susana Paniagua Jara | Valentín Paniagua Jara | Fernando Pardo Segovia | César Augusto Parodi Martins | Andrea Parra Estela | Diego Alonso Parra Ortiz | Mario Pasco Lizárraga | Enrique Pasquel Rodríguez | Carlos Alberto Patrón Salinas | Juan Manuel Pazos Aurich | José Pedraza Newton | Milan Pejnovic Delgado | Eduardo Peláez Santillán | Macarena Penny Yrigoyen | Fernando Peña Neves | Miranda Peñaloza Gonzales | Joseline Pérez Cámara | Miguel Ángel Pérez Caruajulca | Carolina Pérez Harm | Diego Pérez Terry | Mariela Pérez-Costa Piscoya | Luz María Pérez-Garland Gamio | Mariano Peró Mayandía | Chiara Pescetto Bustamante | Alejandro Peschiera Bonifaz | Renato Piazzón Falcone | Noé Fernando Nicolás Piérola Castro | Grecia Pillaca Burga | Antonio Pinilla Cisneros | Pilar Pizarro Bustamante | Alfredo Polo Gálvez | Vladimir Popov | Andrea Portaro Pancorvo | José Miguel Porto Urrutia | Diego Portocarrero Koechlin | Stefany Porudominsky Rotstain |

Patricia Pow-Sang Tejada | Rafael Prado Bringas | Bertha Prado Manrique | Angélica Patricia Pretell Gómez | Manuel Privat Colla | Roque Puch de Romaña | Luis Guillermo Puelles Olivera | Juan Sergio Puicón Deza | Rafael Puiggrós Aramburú | Diego Pulgar-Vidal Lehmkemper | Flavia Queirolo Nicollini- Pflucker | Alejandra Quintanilla Gutiérrez | María Teresa Quiñones Alayza | Matías Quiroz Arellano | Carmen Luz Quiroz Romero | Emily Quispe Cullampe | Arturo Magno Quispe Quiroz | Cindy Quispe Valencia | Rodrigo Rabines Matta | Sergio Ismael Ramírez Cárdenas | Pedro Ramírez Pequeño | Roxana Ramírez Ráez | Christian Ramírez-Gastón Durán | Fernando Ramírez-Gastón Lecca | Stacy Ramírez Wong | Gabriela Ramos Traverso | Rodrigo Ramos Vásquez| Silvana Rebagliati Castro | Alberto Rebaza Torres | Aldo Reggiardo Denegri | Fernanda Rénique Vega | Cristina Rey Montes | Claudia Cristina Reyes Juscamaita | Tamara Rezqallah Arón | Virginia Rieckhof Borja | Viviana Ritchie Martínez | Eduardo Reyna Oie | Farid Borhan Rifai Bravo | Carla Rizo-Patrón Labarthe | Ricardo Rizo-Patrón Olaechea | André Robilliard Escobal | Grecia Robles Vila | Alessia Roca Lizarzaburu | Luis Fernando Roca Lizarzaburu | Lucía Rodrigo Rohrhirsch | Ana Lucía Rodríguez Angulo | Sergio Rodríguez Asencios | Romina Rodríguez Damiani | Brunella Fiamma Rodríguez Giorgio | José Luis Rodríguez Guardamino | Víctor Rodríguez Macedo | Marco Patricio Rodríguez Terry | Darío Rodríguez Uriol | Diana Roig Trelancia | Carlos Rojas Klauer | Diana Romero Rodríguez| Marcelo Roncal Pagador | Miguel Ángel Ronceros Neciosup | Carla Rossini Medina| Juan José Ruda Santolaria | Ángela Ruiz de Somocurcio Cornejo | Milo Ruiz Gonzales | Arturo Ruiz Ortiz | Ignacio Ruiz Valle | Jennifer Saavedra Sáenz | Silvia Ruiz Sandoval | Rosario Saco Oliva | María Gracia Sáenz González | Jhunelly Salazar Briceño | Rafael Salazar Gamarra | Sebastián Salazar Jeaunneau | Michel Salazar Tarazona | Alonso Salazar Zimmermann | Michelle Salcedo Teullet | José Antonio Salgado Silva | Liliana Salomé Resurrección | Marjorie Salvador Chávez | Rafael Sánchez Ríos | Mauricio Santa Cruz Vásquez | Jordi Sardá Paz | Rocío Saux Valdez | Luis Andrés Schrader Mindreau | Christian Schroeder Romero | Michel Seiner Pellny | María Teresa Serpa Santos | Karen Sheppard Castillo | Estefanía Shulca Romero | Hernando Domenack Sifuentes | Cynthya Siles Estabridis | Juliana Silva Cabrera | Kerli Solari Díaz | Gerardo Solís Vissher | Sebastián Soltau Salazar | Sara Sotelo Aguilar | Eduardo José Sotelo Castañeda | Martín Sotero Garzón | Gilda Spallarosa Lecca | Brenda Sparrow Alcázar | Patrick Stenning de Lavalle | Luis Stucchi Díaz | Óscar Súmar Albújar | Mitchel Sztrancman Torres | Claudia Sztuden Napadenschi | Deisy Taboada Huamán | Alejandro Tafur Coronel-Zegarra | Adriana del Pilar Tapia Quintanilla | Rossana Pilar Taquia Gutiérrez | Luciana Tataje Villalobos | Martín Tayro Cuba | Isabel Mabila Tello Carbajal | Jaime Thorne León | Edison Tito Peralta | Ludim Toledo Calla | Andrés Fernando Toledo Pérez | María del Pilar Torres | Romina Toso Altamirano | Augusto Townsend Klinge | Josefina Townsend Diez-Canseco | Daniela Tramontana Hinostroza | Carlos Fernando de Trazegnies Valdez | Jorge Trelles Castro-Mendívil | Óscar Trelles de Belaúnde | Gladis Triveño Chan Jan | Mariella Nathalia Trujillo Würtella | Manuel Ugarte Maggiolo | Camila Ugaz Heudebert | Jadhira Unda Valverde | Rafael Urbina Fletcher | Renato Urbina Santillán | Alejandra Uribe del Águila | Jessica Valdivia Amayo | Andrés Valdivia Montes | Fernanda Valdivia Rossel | Renato Martín Valdizán Cervantes | Eduardo Valdizán Sala | Agustín Valencia-Dongo Medina | Axel Valverde Pariasca | Carlos Valverde Reyes | Cristina van Zuiden Pancorvo | Erick E. Vargas Guevara | Luis Ernesto Vargas Loayza | Lucía Varillas Palacios | María Inés Vásquez Albán | Nelly Vásquez Jiménez | Delia Vásquez Llerena | Robinson Vásquez Montes | Katia Vásquez Reyes | Aracelly Vásquez Yrigoín | Miguel Vega Alvear | Nuria Vega Flores | Inés Vega Franco | Rodrigo Vega Méndez| Fernando Vega Sánchez | Jorge Vega Velasco | Claudia Velarde Arnáez | Jorge Velarde Arnáez | Sebastián Velarde Ferreyros | Luis Miguel Velarde Saffer | Pedro Mario Vera Ortiz | Bryan Vera Vargas | Cristina Verano Calero | Verónica Vergaray Béjar | Aaron Verona Badajoz | Inti Vidal Felip | Nancy Vidal Rodríguez | Ramón Vidurrizaga de Amézaga | Crisbeth Lorena Vigo Florián | Vanessa Villalobos Ylizarbe | Rosa Mariela Villalón Orellana | Alessandra Villanueva Aramayo | Micaela Villanueva Carreño | Diego Villanueva Contardo | Gonzalo Villanueva Llanos | Carmen María Villarán Ascenzo | Milagritos Villavicencio Pachas | Jimena Villegas Ingunza | Thalía

Villegas Zorrilla | María Teresa Vizcarra Alarcón | María José Vizcarra Pasapera | Percy Wilman Arriarán | Deborah Woll Castañeda | Christian Fernando Wong Vargas | Leonela Yauri Malpica | Rocío Yépez Minaya | Enzo Yturrizaga Aguirre | Rodrigo Zaldívar del Águila | Marco Ismael Zaldívar Chauca | Mayra Zambrano García | Cristian Zamora Dávila | Bruno Zanolo Maggiolo | Avecita del Carmen Zapata Cano | Verónica Zavala Lombardi | Ximena Zavala Lombardi | Sofía Zavala Quiroz | Eliana Zavala Uzuliaga | Gonzalo Alonso Zegarra Mulanovich | Juan Carlos Zegarra Vílchez | Joseline Zela Concha | Carlos Zelada Acuña | Grecia Zorrilla Garay | Gloria Zubizarreta Rondón | Fiorella Zúñiga Dede

## MIEMBROS HONORARIOS DE THĒMIS

Giorgio Del Vecchio †| Felipe Osterling Parodi †| Jorge Avendaño Valdez †| César Landa Arroyo | Javier de Belaúnde López de Romaña | Carlos Fernández Sessarego †| Javier Neves Mujica †

## AGRADECIMIENTOS

**THĒMIS-Revista de Derecho** agradece a todas las personas e instituciones que colaboraron con nosotros de distintas maneras, y sin cuyo apoyo, no hubiera sido posible la publicación de la presente edición; en particular a:

Cynthia Andino, José Carlos Gonzáles Cucho, Samuel Yábar Palacios, Carlos Mena Labarthe, Jessica González González, Jeysson Sandoval Valer, Boris Saldaña Solari, Carlos Martinez Álvarez, Raffo Velásquez Meléndez, Ricardo Ayvar Ayvar, Mirella Hernández Humire, Francisco Marcos Fernández, Antonio Sebastian Robles Vargas, César Alexander Gutiérrez Tercero, Jacqueline Rose St. Laurent del Castillo, Waldo Borda Gianella, Francisco José Floríndez Aramburú, Sebastián Velarde Ferreyros, Laura Zúñiga Alemán, Tomás Menchaca Olivares, Juliane Mendelsohn, Nader Mufdi Guerra, Macarena Alliende, Gianfranco Bocanegra Abarca, Ximena Calderón Rojas, Enrique Felices Saavedra, Alessia Lercari Bueno, Mario Navarrete Serrano, Vincent Poirier-Garneau, Fiorella Zumaeta Castro, Enzo Pierino Segovia Troncones, Geoffrey Cannock, Rodrigo Ezcurra Robledo, César Carrillo Temple, Luis Gerardo García Santos Coy, Jorge Kargl Pavía, Regina Esparza Fregoso, Carlos Andrés Gómez Ramos, Pedro Márquez Barrera, María Fernanda Arciniegas, Richard Tepper Maturana, Josefina Miró Quesada Gayoso, Elmer Guillermo Arce Ortíz.

Lima Airport Partners; Hugo Sologuren Calmet; Estudio Elías Puelles; Rebaza, Alcazar & De Las Casas; Ferrando Abogados; Martinot Abogados.

Javier Pazos Hayashida, Ismael Canales Negrón y Mario Popuche Llontop.

De manera especial, THĒMIS-Revista de Derecho agradece a Joyce Alexandra Uriol Quiroz, Franco Arce Saldarriaga, Maria Fernanda Sanabria Gamboa y Katherine Nicole Larios Pulido por haber colaborado en la producción de la presente edición.

**THĒMIS-Revista de Derecho** agradece de forma especial a los miembros que dedicaron parte de su vida universitaria al trabajo de nuestra institución y que se retiran junto con la presente edición; a ellos les deseamos siempre lo mejor.

Alejandra del Carmen Aquije Cornejo, Zuly Niskar Bolaños Enríquez, Alejandra Sofía Carrillo Ayala, Gabriela Lucía de Olazával Aguilar, Yhasira Elisa Fabián Terreros, Nicol Lucero Gaona Buitrón, Lucrecia González-Olaechea Dutari, Emilio Paliza Ortega, Angélica Patricia Pretell Gómez, Renato Urbina Santillán, Renato Martín Valdizán Cervantes, Axel Valverde Pariasca, Rosa Mariela Villalón Orellana.

## Normas para los autores para la publicación en THĒMIS

1. THĒMIS-Revista de Derecho considerará para su publicación artículos originales, no publicados en cualquier otro medio nacional o internacional. Los artículos deberán versar sobre temas de contenido jurídico o relacionado con el mundo del Derecho.

2. Los artículos presentados serán evaluados por el sistema de arbitraje por pares a doble ciego, el cual consiste en la evaluación de los artículos por dos árbitros con mayor grado académico que el autor. Asimismo, los árbitros son externos a la Revista y revisan los artículos de forma anónima. Las partes de la Revista que están sometidas a arbitraje por pares a doble ciego son el tema central y las misceláneas.

3. Todos los artículos contarán con una reseña tanto en español como en inglés, llamada gorrito o *abstract*, y que no deberá exceder los 800 caracteres.

4. El formato del artículo será Arial tamaño 11, con espaciado simple y sin sangría. Los subtítulos del artículo serán presentados en el mismo tipo de letra y tamaño y con sangría de 1 centímetro. Los pies de página se presentarán en el mismo tipo de letra, con tamaño 8 y con sangría de 0.5 centímetros. En todos los casos el texto debe estar justificado.

5. Todas las palabras en un idioma distinto del español deben ir en cursivas, salvo los nombres de personas, instituciones y obras.

6. Relieve: Si se pone alguna palabra de relieve, esta deberá ir en negrita.

7. Palabras clave: En español e inglés. Descripción del contenido del trabajo usando cinco palabras clave para su inclusión en los índices nacionales o internacionales. Se presentará al final de la reseña.

8. El formato de las referencias bibliográficas es el APA (American Psychological Association) sétima edición.

9. En la parte final del artículo se deberá incluir un apartado bibliográfico, siguiendo el siguiente orden:

   **Referencias**

   Colocar las referencias de autores siguiendo el formato APA (sétima edición) y para las referencias legales, The Bluebook: A Uniform System of Citation.

10. Todos los artículos deberán ser presentados con una carátula de acuerdo al modelo que se encuentra en la siguiente página.

11. La edición de todos los artículos será realizada por los miembros del Consejo Ejecutivo, según los criterios de edición de la Revista y bajo el formato de edición escalonada en tres ocasiones.

12. Los miembros, editores, autores, árbitros y demás colaboradores de THĒMIS-Revista de Derecho están sujetos a los Criterios de Ética de la Revista, disponibles vía *web*.

**TÍTULO DEL ARTÍCULO**

***ARTICLE TITLE***

**Nombre y apellidos del autor***

**Institución en la que el autor enseña o labora**

**En caso corresponda, vínculo del autor con THĒMIS (Miembro honorario, Miembro del Consejo Consultivo, exmiembro, exmiembro del Consejo Ejecutivo, exmiembro del Consejo Directivo o Exeditor General)**

*Short paragraph on the article, with the object to invite people to read it.*

*It must be two short paragraphs, in which further details on the article can be mentioned briefly, as well as the themes that the article will develop or the solutions that the author presents to determined issues.*

*KEYWORDS: Five keywords that allow people to find the article by the themes developed. For instance: Administrative Law; Tax Law; Civil Law; Civil Code; public employment.*

*Breve reseña sobre el artículo, que invite al público a leerlo.*

*Deben ser dos párrafos breves, en los que se pueden enunciar algunos breves detalles del artículo y de los temas que éste tratará, o las soluciones que propondrá el autor a determinados problemas.*

*PALABRAS CLAVE: Cinco palabras clave que permitan al público llegar al artículo por los temas que trata. Por ejemplo: Derecho Administrativo; Derecho Tributario; Derecho Civil; Código Civil; empleo público.*

---

* Abogado (u otra profesión ejercida, siempre sin especificación de la institución en la que se obtuvo el título). Grado académico y universidad en la que se obtuvo. Cargos que ha llevado a cabo en el pasado (opcional). Indicar si es profesor y en qué universidad imparte clases. Membresías. Cargo ejercido en la institución en la que se desenvuelve profesionalmente. Contacto: correo del autor para fines académicos.

Nota del Editor: Fecha en que el autor envió la versión final del articulo y fecha en la que el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho lo aceptó.

## THĒMIS-REVISTA DE DERECHO 79

La siguiente edición de THĒMIS-Revista de Derecho tendrá como eje central **Derecho y Tecnología.**

## PARTICIPACIÓN EN THĒMIS-REVISTA DE DERECHO

THĒMIS-Revista de Derecho se encuentra en constante convocatoria abierta para recepción de artículos relativos al tema central que el Consejo Ejecutivo elija, o a cualquier otro tema relacionado a la disciplina del Derecho.

Todos los interesados en colaborar con **THĒMIS-Revista de Derecho** mediante sugerencias, comentarios o la publicación de artículos, pueden enviar un correo electrónico a **themisconsejoeditorial@gmail.com**.

THĒMIS-Revista de Derecho agradece todo envío sin comprometerse a su publicación.

Se terminó de imprimir en los talleres gráficos de
**Tarea Asociación Gráfica Educativa**
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
Correo e.: tareagrafica@tareagrafica.com
Página web: www.tareagrafica.com
Teléf: 332-3229 / 424-8104 / 424-3411
Marzo 2021 Lima - Perú