

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



***ESTADO VERSUS COMPETENCIA: CUANDO EL ESTADO PROVOCA  
EL INCUMPLIMIENTO DE LAS LEYES DE DEFENSA DE LA  
COMPETENCIA***

Tesis para optar el Título de Abogado, que presenta el  
Bachiller

ANDRÉS FRANCISCO CALDERÓN LÓPEZ

**ASESOR:**

PROFESOR JOSÉ JUAN HARO SEIJAS

LIMA, 2010

## **ÍNDICE**

**INTRODUCCIÓN: La defensa de la competencia y su afectación por parte del Estado.**

**CAPÍTULO I: El origen del Derecho de la Competencia y los sujetos que suscitan su atención**

**CAPÍTULO II: Las intervenciones estatales que impiden la aplicación de las leyes de competencia: Problemas y respuestas en el contexto internacional**

- II.1 La experiencia en España y las respuestas frente a las intervenciones estatales que impiden la aplicación de la ley de defensa de la competencia
  - A) El concepto de empresa como delimitador del ámbito de aplicación de la ley de defensa de competencia, y el problema del enjuiciamiento de los actos administrativos
  - B) La exención legal de conductas anticompetitivas
  - C) La regulación sectorial como supuesto de exención legal
  - D) La relación entre la exención legal y el concepto de conducta económica bajo el criterio funcional
  
- II.2 La experiencia en la Unión Europea y las respuestas frente a las actuaciones estatales que afectan la aplicación de las normas comunitarias de competencia
  - A) La delimitación del concepto de empresa para la aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea
  - B) Las exenciones legales promovidas o permitidas por los Estados: las medidas estatales frente a la obligación de no falsear la competencia en el Mercado Común

- II.3 La experiencia en los Estados Unidos y las respuestas frente a las inmunidades *antitrust* propiciadas o permitidas por el Gobierno.
- A) Las inmunidades *antitrust* de origen federal: la aplicación del Derecho *Antitrust* frente a las regulaciones sectoriales federales
  - B) Las inmunidades *antitrust* de origen estatal: La doctrina de la *State Action*
  - C) La inmunidad *antitrust* derivada del ejercicio del derecho de petición: La doctrina *Noerr-Pennington*

### **CAPÍTULO III: Las intervenciones estatales que impiden la aplicación de la ley de libre competencia: Problemas y respuestas en el contexto nacional**

- III.1 El concepto de empresa y el incipiente enfoque funcional, o delimitación del ámbito de aplicación subjetivo de la ley de libre competencia
- A) Empresas estatales como posibles sujetos infractores
  - B) La distinción entre actividad económica y función pública como criterio delimitador de la aplicación de la ley de libre competencia: el enfoque funcional
- III.2 Las exenciones públicas/normativas, o delimitación del ámbito de aplicación objetivo de la ley de libre competencia
- A) Las conductas anticompetitivas permitidas o propiciadas por el Estado: las exenciones por intervención pública
  - B) La ley de libre competencia frente a las regulaciones sectoriales: el principio de supletoriedad
  - C) Resumen de ambas manifestaciones de exenciones normativas
- III.3 Prácticas predatorias a través de mecanismos administrativos y judiciales, o inmunidad por ejercicio de los derechos de acción y petición

## **CAPÍTULO IV: Visión crítica de los problemas encontrados y propuestas de solución**

IV.1 Sobre el concepto de empresa y la justificación del enfoque funcional

IV.2 Sobre las exenciones normativas

- A) La exención legal
- B) Relación entre las normas de libre competencia y las regulaciones sectoriales
- C) Relación entre la exención legal y el principio de supletoriedad

IV.3 Relación entre las exenciones normativas y el concepto de conducta económica

IV.4 El abuso de procesos legales

IV.5 El control de la actuación pública estatal

- A) El control de legalidad y constitucionalidad de normas
- B) El control de la actuación administrativa
- C) El control de barreras burocráticas de acceso al mercado
- D) Conclusiones sobre el control de las actuaciones públicas estatales

## **CONCLUSIONES**

## **INTRODUCCIÓN: La defensa de la competencia y su afectación por parte del Estado.**

*Érase una vez un país que experimentaba un profundo cambio económico. Luego de vivir bajo un modelo económico de planificación e intenso control estatal, había virado hacia un modelo menos intervencionista, en el que los agentes económicos eran los principales actores y el respeto a la libre competencia se había instaurado firmemente en la conciencia de la población.*

*Gran parte de esta realidad se debía a la labor de una autoridad administrativa que tenía a su cargo la defensa de la libre competencia, y que había realizado una tarea eficaz en la represión de las conductas anticompetitivas, en provecho de los consumidores, quienes ahora obtenían una mayor variedad de productos y servicios a precios competitivos.*

*Un día, la autoridad de competencia decidió iniciar una investigación formal a las empresas que procesaban y comercializaban conservas de pescado en el mercado nacional por una presunta concertación de precios. Al presentar sus descargos, estas empresas alegaron que los acuerdos de precios a los que habían arribado se debían a las exigencias del Ministerio de Pesquería, que estaba preocupado por la reducción del consumo de este producto, que era de gran importancia para la industria nacional. Advirtiendo este contexto, la agencia de competencia decidió no promover la tramitación de este procedimiento, preocupada por el aparente conflicto en el que se vería involucrado con otra entidad pública.*

*Al poco tiempo, la agencia de la competencia advirtió un importante incremento del precio promedio de las primas de los seguros de salud, lo que motivó que efectuara requerimientos de información a las compañías aseguradoras sobre los precios cobrados a los usuarios durante los últimos años. Sin embargo, las empresas respondieron que no tenían la obligación de atender este requerimiento, argumentando que la Superintendencia del Asegurado era la entidad competente*

*para regular y supervisar todos los aspectos relacionados con el mercado de seguros de salud a nivel nacional. Nuevamente, la agencia de competencia optó por no insistir en la investigación, advirtiendo una posible disputa con otra autoridad estatal.*

*Meses después, la autoridad de competencia recibió la denuncia de un estudio de abogados que acusaba a los contadores de la capital de una concertación de condiciones de comercialización por parte de los peritos contables, quienes habrían acordado exigir el pago una “boleta del perito” a quienes requiriesen sus servicios en el marco de procesos judiciales. La agencia de competencia admitió a trámite la denuncia, pero los contadores contestaron que la exigencia de la “boleta del perito” estaba contemplada en una resolución del Colegio Nacional de Contadores, y que su licitud debía ser evaluada, en todo caso, por la jurisdicción contencioso administrativa, considerando que esta decisión constituía el ejercicio de una función pública y no calificaba como una actuación comercial.*

*Asimismo, la agencia de competencia recibió una nueva denuncia por parte de una asociación de consumidores que alegaba que la principal empresa de aviación comercial de destinos nacionales estaba restringiendo la competencia, mediante la interposición de una serie de demandas civiles y penales contra los principales directivos de una empresa internacional interesada en ingresar al mercado nacional. No obstante, la empresa acusada argumentó que su conducta no podía ser considerada anticompetitiva puesto que constituía un ejercicio de su derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, además de que una investigación y sanción implicarían una intromisión en las competencias atribuidas al Poder Judicial.*

*Ese año, la agencia de competencia no emitió ninguna resolución condenatoria por la comisión de prácticas anticompetitivas, y en diversos medios de prensa se plantearon cuestionamientos a su eficacia y propuestas de desactivación de la autoridad de competencia.*

Este relato detalla una serie de eventos desafortunados para una agencia de competencia, que bien podría considerarse de ciencia ficción, con la diferencia de que, en este caso, la ficción no se ubica tan distante de la realidad.

Todos estos sucesos presentan dos comunes denominadores: (i) la intervención de una entidad pública o el ejercicio de una función pública; y, (ii) la posible inaplicación de las normas de defensa de la competencia.

En todos los ejemplos que hemos incluido en nuestro relato, los presuntos infractores de las normas de competencia alegaban encontrarse en algún supuesto de excepción o inmunidad, proveniente del Estado, sea porque alguna entidad estatal había autorizado o impuesto la práctica imputada como anticompetitiva, o porque otra autoridad pública –distinta de la agencia de competencia– estaba a cargo de un determinado sector. Así también, los presuntos infractores argumentaban que no calificaban como “agentes económicos” para efectos de las normas de libre competencia, mientras que otros argüían que la ley de libre competencia no era aplicable dado que la conducta cuestionada reflejaba el ejercicio regular de su derecho de acción.

Estos ejemplos buscan ilustrar los supuestos que serán materia de la presente investigación, el de las intervenciones estatales que limitan la aplicación de las normas de defensa de la competencia, o también llamadas “inmunidades *antitrust*”.

El primer caso a estudiar será el de la **sujeción de los sujetos públicos (Estado) a las normas de libre competencia**; es decir, analizaremos si el Estado, en alguna de sus manifestaciones, puede ser considerado como un infractor a las normas de libre competencia. Para ello, pondremos énfasis en el estudio de las empresas estatales y el de los organismos o cuerpos de autorregulación, que presentan una dicotomía público-privado, que resulta importante para la delimitación del ámbito de

aplicación de las normas de libre competencia, y relevante para efectos de nuestra investigación.

En segundo lugar, pasaremos a analizar los casos en los que el Estado afecta la eficacia de la norma de competencia no como sujeto activo, sino como un medio. Nos referimos a supuestos en los que las conductas anticompetitivas serán realizadas siempre por agentes económicos privados, pero utilizando al Estado como un mecanismo para lograrlo, sin temor a la intervención de la autoridad de competencia.

Ello se manifestará normalmente a través de las potestades normativas-regulatorias del Estado, que permitirán a los operadores privados eximirse del control de las normas de libre competencia y de la supervisión de la agencia de competencia, a través de lo que se conocen como **exenciones normativas**.

A partir de la revisión de la experiencia comparada y la experiencia nacional, podremos apreciar dos grandes sub-divisiones o expresiones de la intervención estatal “normativa” que tienden a limitar o eliminar la aplicación de la norma de libre competencia.

La primera es la que denominaremos comúnmente “**exención legal**” y está referida a aquellos casos en los que la intervención estatal exime de responsabilidad a una empresa que actúa de manera anticompetitiva. Esta situación se produce cuando el Estado impone o permite la adopción de una práctica comercial que normalmente calificaría como una infracción *antitrust*.

El segundo caso es el de la **primacía de la regulación sectorial** sobre las normas de defensa de la competencia, lo que en el caso peruano se ha denominado “**principio de supletoriedad**”. Se tratan de intervenciones estatales que disponen que determinadas conductas económicas –que podrían calificar normalmente como anticompetitivas– se encuentren sometidas a un marco regulatorio específico y no a



las leyes *antitrust*, con lo que también se resta la potestad de supervisión y control a la agencia de competencia, a favor de alguna entidad regulatoria.

La diferenciación entre estos dos supuestos puede ser cuestionable desde un punto de vista práctico. Tanto si se tratara de una conducta económica que está sujeta a un control y supervisión de un regulador (supletoriedad) o no (exención legal), el resultado terminaría siendo el mismo, la no-aplicación efectiva de la norma de libre competencia. Incluso, pueden confundirse estos dos supuestos en algún momento, cuando una conducta está bajo la supervisión de un organismo regulador, pero se encuentra permitida o exenta de sanción. A lo largo de este trabajo, trataremos de diferenciar estos supuestos debido al tratamiento independiente del que han sido objeto en nuestro país y en algunos ordenamientos extranjeros. Posteriormente, repararemos nuevamente en su similitud práctica y posible tratamiento unitario.

Si bien es cierto que, dentro de las formas de intervención estatal, las exenciones normativas son las más frecuentes, existen también otras formas mediante las cuales el Estado procura eximir a los operadores económicos del control *antitrust*, como los actos administrativos o la vía de hecho. Estas expresiones estatales – menos frecuentes– también serán analizadas en el presente trabajo, en la medida que tendrían un efecto similar, al restringir la aplicación de la ley de defensa de la competencia.

Finalmente, analizaremos un supuesto adicional en el que el Estado se convierte en un medio para la comisión de conductas anticompetitivas. A diferencia de las herramientas normativas-regulatorias, en este último caso, el Estado, propiamente, no otorga licitud a conductas comerciales que podrían considerarse como anticompetitivas. Aquí de lo que se trata es de la utilización de la maquinaria estatal para producir un efecto anticompetitivo, supuesto que en adelante denominaremos usualmente “**abuso de procesos legales**”. A través de esta práctica, los operadores económicos recurren al aparato estatal iniciando procesos o procedimientos ante alguna(s) entidad(es) pública(s) con el objeto de que estos

procesos o procedimientos, en sí mismos, puedan afectar, retrasar o desincentivar la competencia.

Podemos afirmar que el caso del abuso de procesos legales es la otra cara de las exenciones estatales. Por un lado, a través de sus decisiones, el Estado garantiza resultados anticompetitivos al otorgar inmunidad a determinados agentes económicos o a ciertas prácticas comerciales; mientras que, por el otro lado de la moneda, se encuentra un operador privado buscando el otorgamiento de estas mismas exenciones por parte del Estado. Es por ello que consideramos que un estudio de los dos primeros supuestos de intervención estatal que generarían inmunidades *antitrust* estaría incompleto si no incluye la inmunidad de la que pueden gozar los particulares que persiguen estas exenciones.

A modo de resumen, nuestro trabajo se centrará en estudiar tres supuestos: (i) la intervención estatal para infringir directamente la norma de libre competencia (como Estado-empresario o a través de las entidades de autorregulación); (ii) la intervención estatal para garantizar un resultado anticompetitivo, dotando de licitud una práctica anticompetitiva (exenciones normativas); y, (iii) la intervención estatal como medio para que se configure una conducta anticompetitiva (el abuso de procesos legales).

Existen dos factores comunes a estos tres casos: (i) en todos ellos interviene el Estado; y, (ii) todos ellos generan cuestionamientos a la aplicación de las normas de libre competencia, es decir, todos pueden quedar inmunes al análisis *antitrust*.

Estos casos no son en absoluto novedosos para el Derecho de la Competencia. Todos estos supuestos han tenido mayor o menor debate a nivel doctrinario o jurisprudencial en otros ordenamientos, dentro de los que cabe destacar los Estados Unidos de América y la Unión Europea por su experiencia y prolijidad en el desarrollo de esta temática, y España, por su también amplia experiencia y cercanía

con el modelo peruano, convirtiéndose en referentes ineludibles para el operador nacional del Derecho de la Competencia.

Por ello, tal vez, el principal aporte que se pueda extraer de este trabajo es el tratamiento conjunto que se dan a estas situaciones, con el objeto de encontrar una propuesta de aproximación a esta problemática que resulte aplicable al caso peruano.

¿Por qué hemos decidido abordar de manera conjunta estos tres supuestos? Si bien es cierto que se tratan de tres tipos distintos de inmunidades *antitrust* y nuestro objetivo es proponer herramientas de análisis individuales para cada uno de estos supuestos, consideramos que a ellos subyace una idea y lógica primordial: el mismo Estado que se encarga de la defensa de la competencia puede ser su principal enemigo. Esta premisa justifica pues la inclusión de estos tres casos en el presente estudio.

“Se ha dicho, no sin razón, lo paradójico de que el Estado que promueve la libre competencia sea a su vez su principal enemigo, monopolizando, en ocasiones, y sometiendo a regulación administrativa otros determinados mercados”<sup>1</sup>. La cita anterior condensa nuestras preocupaciones sobre el tema a abordar en esta investigación. Algunas manifestaciones de las potestades estatales pueden tener un importante impacto negativo no sólo en el proceso competitivo, sino en la institucionalidad y la vigencia del sistema de protección de la libre competencia en nuestro país.

En el presente trabajo sustentaremos no sólo que las entidades estatales pueden tener motivaciones para restringir la competencia, sino que también las empresas privadas encuentran en el Estado un posible aliado en este mismo objetivo. De esta forma, nuestra preocupación se redobra y nuestra investigación encuentra una

---

<sup>1</sup> BAÑO LEÓN, José María. *Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España S.A. 1996, p. 86.

mayor justificación: la supervivencia y eficacia de las normas de defensa de la competencia frente a los embates estatales directos e indirectos (cuando existe un agente privado que los propicia).

Desde nuestra perspectiva, el Estado peruano y las autoridades nacionales de defensa de la competencia, en particular, han soslayado el problema de las restricciones públicas a la aplicación de las normas de defensa de la competencia; y ello se debe a que no han entendido a cabalidad las relevantes y atractivas motivaciones que pueden tener los operadores privados para utilizar la herramienta estatal como un medio más eficaz para eximirse del control *antitrust*.

Frente a ello, consideramos que, en sentido contrario a la experiencia internacional, se ha producido en nuestro país un repliegue desmedido en la aplicación de las normas de libre competencia, generándose (implícitamente) inmunidades *antitrust* que pueden afectar sensiblemente el sistema de defensa de la competencia. Un escenario como el descrito en el relato inicial de este trabajo, en el cual la agencia de competencia retrocedía en la aplicación de las normas de competencia frente a alguna intervención estatal, no sería tan irreal si se toma en cuenta algunos criterios legales o jurisprudenciales utilizados en el contexto peruano de defensa de la competencia.

De este modo, nuestro objetivo consiste en encontrar mecanismos apropiados para que, en lo posible y de manera coherente, se mantenga la protección de la libre competencia a través de las normas de defensa de la competencia, aun cuando el Estado decida intervenir, directa o indirectamente, en un mercado. Así, propugnamos esbozar algunos criterios de análisis que deberían adoptarse para cada uno de los tres supuestos de intervención estatal y que podrían generar una inmunidad *antitrust*.

Lo señalado no equivale a proponer una mayor intervención estatal en la economía. Por el contrario, consideramos que muchas de las incoherencias de nuestro sistema

de defensa de la competencia tienen como origen algunas decisiones normativas-regulatorias estatales ineficientes o injustificadas. Así, consideramos que un repliegue regulatorio en favor de una mayor aplicación de las normas de defensa de la competencia podría ser una alternativa de diseño favorable para nuestro país. No obstante, el cuestionamiento a los fundamentos de la intervención estatal en sí misma excedería largamente el objeto del presente trabajo, que se centrará –como hemos adelantado– en estudiar estas manifestaciones de inmunidades *antitrust*, bajo una perspectiva que tienda a limitarlas en beneficio de la defensa del proceso competitivo.

Precisamente, es nuestra ambición proponer herramientas jurídicas para que la intervención estatal no se exceda ni desvíe, afectando innecesariamente la eficacia de las normas de libre competencia.

Creemos que, en la actualidad, las principales preocupaciones de una política de competencia no deben centrarse únicamente en aquellas afectaciones provenientes de operadores privados. Es momento de virar la óptica sobre nuestro propio eje y analizar las intervenciones anticompetitivas de un agente que, potencialmente, puede ser el más dañino de todos: el Estado.

En este sentido, durante la presente investigación analizaremos estas tres modalidades de intervención estatal que tienen implicancia en la aplicación de las leyes de competencia: el Estado como sujeto infractor, el Estado como sujeto autorizante para la comisión de conductas anticompetitivas, y el Estado como medio para la comisión de conductas anticompetitivas.

Para efectos de ilustrar de mejor manera el orden expositivo escogido, anticipamos que el primer capítulo de nuestra investigación estará dedicado a repasar los orígenes del Derecho de la Competencia a nivel mundial y nacional, a efectos de verificar la preocupación inicial por la restricción de la competencia por parte de los operadores privados. Este contexto histórico nos permitirá identificar también las

manifestaciones de la intervención estatal que despertarán los desafíos para la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, que serán el foco de nuestro estudio.

En el segundo capítulo de nuestro trabajo, pasaremos revista a los principales problemas que se han suscitado a nivel comparado respecto de los tres supuestos de intervención estatal que pueden impedir la aplicación de las normas de defensa de la competencia, y que constituyen la médula de nuestro trabajo. Es cierto que éstos se producen o pueden tener lugar en todos los países que cuentan con legislación de defensa de la competencia. Sin embargo, la referencia a la experiencia comparada depende del nivel de riqueza en el análisis casuístico y teórico sobre esta problemática. Así, cuando hagamos referencia a algún ordenamiento, nos detendremos únicamente en aquellos temas que hayan sido estudiados con una mayor extensión y profundidad.

Para culminar con nuestro estudio sobre el estado de la cuestión, en el tercer capítulo estudiaremos la problemática en nuestro país. Cabe resaltar que la revisión que realizaremos en el segundo y tercer capítulo será esencialmente casuística, basándonos en la jurisprudencia de las agencias de competencia y órganos jurisdiccionales máximos de los sistemas estadounidense, europeo y español, ordenamientos que, por las razones ya expuestas, hemos elegido para ilustrar y analizar esta temática. También será necesario recurrir a la legislación de los referidos países, así como a los principales comentarios doctrinarios de sus especialistas en la materia.

El cuarto capítulo será el cardinal en nuestro trabajo de investigación, pues en él revisaremos desde una óptica crítica las respuestas que se han dado en nuestro país a los tres supuestos de intervención estatal. Finalmente, tomando como base la experiencia extranjera y estudiando su aplicabilidad al caso peruano, propondremos herramientas individuales para enfrentar estos problemas en nuestro país, sin dejar de lado la lógica común que inspiró su estudio conjunto: el Estado

puede ser el principal actor e instrumento para afectar el sistema de defensa de competencia. El quinto y último capítulo condensará nuestras conclusiones y recomendaciones.

En países cuyas economías están basadas en la confianza en el mercado, la libre competencia es una piedra angular de todo el sistema, dado que se considera que las decisiones descentralizadas de los proveedores y consumidores permitirán una mayor eficiencia en las actividades económicas, propiciando una mejor oferta para los consumidores y una asignación eficiente de los recursos. En buena cuenta, se confía que este mecanismo competitivo asegura en mayor medida el bienestar general que si se centralizaran las decisiones de mercado en el aparato estatal<sup>2</sup>.

Actualmente, casi nadie discute la utilidad de una legislación especializada en la defensa de la competencia, y la mayor parte de preocupaciones en esta materia se centra en buscar y discutir las herramientas para hacer esta legislación más eficaz y eficiente. Sin embargo, en esta búsqueda se ha empezado a notar que la intervención de un agente en particular, el Estado, puede ser uno –sino el mayor– de los mayores obstáculos.

Mientras más se fortalezca e institucionalice el cumplimiento y la aplicación de las leyes de defensa de la competencia y más eficaz sea la labor de la agencia de competencia, menos probable será la aparición de restricciones anticompetitivas y mejor funcionará el mercado. Sin embargo, también ocurrirá que los agentes privados buscarán nuevas formas de evitar la competencia que no sean reprimidas y, en este propósito, acudirán con toda seguridad al Estado para afectar la libre competencia, que es el propio objetivo que el aparato estatal debería estar llamado a proteger.

La intervención estatal puede tener muchas justificaciones de interés público, pero su utilización indebida o excesiva puede suponer la afectación innecesaria de la

---

<sup>2</sup> Cf. CASES, Lluís. *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 39.

libre competencia, más aún cuando el aparato estatal se convierte en un aliado o un mero instrumento de las afectaciones a la competencia propiciadas por los propios agentes privados.

En nombre del interés público que normalmente persigue el Estado se han cometido muchos atropellos a la libre competencia. Con acierto, se ha dicho que “nunca ha habido un infractor antitrust que no alegara que estaba sirviendo el interés público”<sup>3</sup>. Si esta argumentación se presenta en un caso en que el Estado no interviene en la restricción anticompetitiva, sólo cabe imaginarnos qué se alegraría cuando sí haya una participación estatal.

Una agencia de competencia normalmente gana titulares de prensa y portadas de diarios mediante sus actividades de fiscalización y sanción de conductas anticompetitivas provenientes de agentes privados. Empero, como lo reconoce Muris “(...) las restricciones públicas merecen tanta atención como las restricciones privadas. Las restricciones públicas dañan el bienestar de los consumidores tanto como las restricciones privadas, y los efectos dañinos de las restricciones públicas normalmente duran mucho más”<sup>4</sup>.

Esperamos que al finalizar este trabajo se haya podido reparar en la importancia de enfocar el interés sobre las restricciones a la competencia que cuentan con la promoción o participación del Estado, y se pueda tomar en consideración algunas de las herramientas que propondremos para limitar esta intervención con la

---

<sup>3</sup> Traducción libre de: “(...) there has never been an *antitrust* sinner who did not claim that he was serving the public good”. AREEDA, Philip. “*Antitrust* Laws and Public Utility Regulation”, en: *The Bell Journal of Economics and Management Science*. Vol. 3. N° 1. Spring, 1972, p. 42.

<sup>4</sup> Traducción libre de: “(...) public restraints deserve as much attention as private restraints. Public restraints harm consumer welfare just as much as private restraints, and the harmful effects of public restraints often last much longer”. MURIS, Timothy. *State Intervention/State Action - A U.S. Perspective*. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-18. Fordham Annual Conference on International *Antitrust* Law & Policy. New York, October 24, 2003, p. 4.



intención de asegurar la eficacia y correcta aplicación de la legislación de defensa de la competencia.



## **CAPÍTULO I: El Origen del Derecho de la Competencia y los sujetos que suscitan su atención**

El origen del Derecho de la Competencia, en particular, en la represión de conductas anticompetitivas se remonta a los Estados Unidos de América del siglo XIX. El primer cuerpo normativo de protección de la competencia como tal es la *Sherman Act* de 1890.

La *Sherman Act* respondió a una situación histórica de concentración del poder económico y acumulación de riquezas en los Estados Unidos, en una etapa post-guerra civil de rápida industrialización y de gran expansión económica. En este contexto, primaba la libertad de empresa amparada en una política liberal propia del *laissez faire*<sup>5</sup> y aparecían nuevas formas de organización empresarial<sup>6</sup>.

Estas formas de organización empresarial incluían a las sociedades anónimas, los *pools*, los *holdings* y, especialmente, los *trusts*. A través del *trust* se confiaba el manejo de un negocio a un tercero (*trustee*), siempre en interés de los titulares del negocio. Así, por ejemplo, un grupo de empresas podía crear un comité o directorio integrado por sus representantes, a quienes transfería sus acciones, y los accionistas recibían certificados que les garantizaban recibir los dividendos de las utilidades que obtuviera este comité. Era una forma de concentración económica. Posteriormente, el término '*trust*' se fue generalizando para incluir a toda organización empresarial que tuviera por objeto el intento de monopolizar el mercado<sup>7</sup>.

---

<sup>5</sup> Cf. PAGE, William H. "The Ideological Origins and Evolution of U.S. *Antitrust* Law". En: ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. *Issues in Competition Law and Policy*, 2008, p. 4.

<sup>6</sup> Cf. NAVARRO, María del Carmen. "La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos", en: *Revista de Derecho Mercantil* N° 253. Madrid, 2004, p. 1086 - 1087.

<sup>7</sup> Ídem, p. 1090 - 1091. Cf. CÁCERES, Fernando. "El por qué de la política de libre competencia", en: *Derecho y Sociedad* N° 19. Lima, 2002, p. 91.

La presencia de estas combinaciones empresariales en diversos sectores comerciales e industriales estadounidenses generó el malestar en algunos sectores sociales como el agrario, el de los pequeños empresarios y obreros, quienes obtenían menores ingresos y pagaban mayores precios en las transacciones comerciales que entablaban con estos grupos empresariales. Puesto que las cortes de *Common Law* hacían poco para prohibir estos acuerdos restrictivos de comercio, salvo impedir su ejecución en algunos casos<sup>8</sup>, surgieron varias protestas y presiones para que los legisladores adoptaran regulaciones en contra de los *trusts*, que culminaron con la promulgación de la Ley Sherman<sup>9</sup>, una norma que iba más allá de la tradicional perspectiva del *common law* de hacer inexigibles algunos tipos de combinaciones y conspiraciones, al establecer sanciones civiles y penales contra estas prácticas que afectaran la competencia en los mercados<sup>10</sup>.

Así, la normativa *antitrust* surgió como un reclamo frente a la concentración del poder económico en una sociedad donde la concentración del poder (económico o político) constituía un atentado contra la propia forma democrática de gobierno<sup>11</sup>.

El objetivo de la *Sherman Act* y de las posteriores legislaciones de defensa de la competencia que surgieron en diversos ordenamientos ha sido objeto de constante debate. De hecho, la discusión sobre el objetivo de la defensa de la competencia también ha sido amplia del otro lado del Atlántico, en particular, al tratar de encontrar la finalidad de la política comunitaria de defensa de la competencia, la

---

<sup>8</sup> Cf. PAGE, William H. Loc. Cit.

<sup>9</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. *Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice*. 2nd Edition Minnesota: West Group. 1999, p. 47-51.

<sup>10</sup> Cf. PAGE, William H. Op. Cit., p. 6.

<sup>11</sup> Cf. CÁCERES, Fernando. Op. Cit., 2002, p. 90-92. CASES, Lluís. Op. Cit., p. 40-45.

cual ha sido siempre considerada como un caso peculiar al enmarcarse en un proceso continuamente evolutivo de integración de países.

Algunos valores como la eficiencia económica, la protección de los pequeños empresarios y la redistribución de la riqueza han sido identificados como posibles objetivos de legislaciones nacionales de protección de la competencia. Frente a ellos, se suman otros propósitos que se ajustarían a un sistema de integración de naciones. Así, se ha señalado que en el caso de la Unión Europea la política de competencia persigue evitar conductas anticompetitivas que “dividan” el Mercado Común y, al mismo tiempo, permitir un nivel de crecimiento y concentración que genere valores de competitividad suficientes para que la industria europea pueda hacer frente a sus homólogos internacionales<sup>12</sup>.

Más allá de esta inagotable discusión, sí puede encontrarse consenso en que la *Sherman Act* y las posteriores normas de defensa de la competencia buscaron hacer frente a situaciones generadas por empresas. La concentración económica y la restricción a la competencia que podían afectar a los consumidores, a los empresarios y al proceso competitivo en general, es un fenómeno humano, generado por decisiones de empresarios que encontraron en la limitación a la competencia una forma de procurarse un mayor nivel de riqueza.

La defensa de la competencia, en sus orígenes y hasta épocas recientes, siempre ha tenido que ver con la limitación de las actuaciones privadas, el cómo enfrentar el poder económico de las empresas.

---

<sup>12</sup> Fernando Diez Estella haciendo referencia a Michael Waelbroeck, en: DIEZ ESTELLA, Fernando. “Los objetivos del derecho *antitrust*”, en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia* N° 224. Marzo/Abril, 2003, p. 39. El autor del artículo sostiene, por su parte, que el Derecho comunitario de la Competencia priorizará el avance en el proceso de integración así como la existencia de un beneficio concreto sobre el consumidor por encima de un aumento general de la riqueza (eficiencia). Ídem, p. 51 - 52.

El caso peruano no es ajeno a esta aseveración, aun cuando es cierto que el contexto histórico en el que se promulgó el Decreto Legislativo 701 es muy distinto al estadounidense.

Como se sabe, la norma primigenia de defensa de la libre competencia en el Perú es el Decreto Legislativo 701, promulgada en el año 1991. Si bien existía a nivel constitucional, legal y reglamentario algunas provisiones normativas que tangencialmente denotaban alguna preocupación por el proceso competitivo, estas disposiciones resultaban mayoritariamente fragmentarias y poco consecuentes con un sistema de economía de mercado, al establecerse mecanismos de intervención estatal en la actividad económica de diversa índole, como sistemas de control de precios, prohibiciones y sanciones contra el acaparamiento y la especulación, entre otros<sup>13</sup>.

Es recién con la emisión del Decreto Legislativo 701 y con la consagración de la protección de la libre competencia en la Constitución Política del Perú de 1993 que se puede hablar propiamente del origen de la defensa de la competencia en nuestro país.

El contexto histórico en el que se promulgó el Decreto Legislativo 701 era el de fines de la década de los ochenta, marcado por un fuerte intervencionismo estatal en lo social y en lo económico, caracterizado por el control de precios, la sustitución de las importaciones, la regulación de las tasas de cambio, y el control de la actividad productiva, principalmente a través de un importante número de empresas estatales.

---

<sup>13</sup> Ver Gagliuffi, Ivo. Viaje a la Semilla: ¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?, En: FACULTAD DE DERECHO (Varios Autores). *XXV años de la Facultad de Derecho*. Lima: Universidad de Lima, 2006.

El resultado del programa de planificación económica del gobierno peruano de los ochenta fue nefasto, derivado no sólo de una ineficiente actividad empresarial (demasiado costosa e insuficiente para la demanda interna), sino también de una errada política regulatoria, que ocasionó un déficit fiscal y una inflación desmesurada.

Aunque esta realidad resultaría más que suficiente para motivar un cambio del paradigma económico de gobierno, la reforma del régimen económico peruano tuvo como principal origen la aceptación de las propuestas del Consenso de Washington y de los requerimientos del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional para que el Estado peruano se insertara en la vida económica internacional. En efecto, la adopción e implementación de un marco jurídico de referencia que asegure un crecimiento económico sostenido y predecible formaba parte de las condiciones exigidas por organismos internacionales para la aprobación de préstamos sectoriales y préstamos de inversión y para el otorgamiento de proyectos de cooperación técnica<sup>14</sup>.

A partir del año 1990 se dio inicio a un programa de reformas estructurales dirigido a lograr una estabilidad macroeconómica. Este programa implicaba el redimensionamiento del tamaño y del papel del Estado en la economía, principalmente mediante el traslado de sus actividades empresariales al sector privado, a través de diversos procesos de privatización<sup>15</sup> que reducirían el déficit de las empresas públicas y permitiría una mayor recaudación fiscal<sup>16</sup>. Ello se vio complementado con la desregulación de ciertos ámbitos de las actividades

---

<sup>14</sup> Cf. DIEZ CANSECO, Luis. "Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica", en: *Themis* N° 36, 1997, p. 62.

<sup>15</sup> Cf. KRESALJA, Baldo. "El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos", en: *Themis* N° 39. Lima, 1999, p. 83.

<sup>16</sup> Cf. TÁVARA, José. "Regulación y Democracia: Balance de las Reformas y Agenda Pendiente", en: *Derecho y Sociedad* N° 26, 2006, p. 85.

económicas. Este fenómeno privatizador y desregulador implicaba una transformación de una economía liderada por el Estado a una economía de mercado. El nuevo programa económico implicaba la venta de más de 200 empresas estatales, la reducción de los subsidios estatales y del control de precios, entre otros<sup>17</sup>.

Dentro de este contexto y siempre en los primeros años de la década de los noventa, se promulgaron diversos decretos legislativos –es decir, normas emanadas desde el Poder Ejecutivo– dirigidos a promover la privatización en diversos sectores de la economía en los que antes existían empresas estatales, a proteger la inversión privada nacional y extranjera y, en general, a garantizar las libertades económicas de los particulares, una de las cuales era la libre competencia.

Así pues, no fue la preocupación por la acumulación del poder económico la que motivó la adopción de una normativa de defensa de la competencia en el Perú, sino la aceptación de un modelo de mercado como condición para la inserción en el ordenamiento económico y financiero internacional.

Si bien es cierto, desde su génesis, la legislación de defensa de la competencia en el Perú tuvo como objetivo declarado la represión de las prácticas empresariales de empresas privadas que restringieran la competencia, entendido como un medio para obtener el mayor bienestar de los consumidores<sup>18</sup>; el contexto histórico en el

---

<sup>17</sup> Cf. ALCÁZAR, Lorena y Xu LIXIN. “El intento de privatización de las empresas de agua y desagüe de Lima-Perú”. En: FERNÁNDEZ BACA, Jorge (Ed.). *Experiencias de Regulación en el Perú*. Lima: Universidad del Pacífico. 2004, p. 295.

<sup>18</sup> Cf. CÁCERES, Fernando. Op. Cit., 2002, p. 90. El mayor bienestar de los consumidores como objetivo último de la defensa de la competencia ha sido una constante en la legislación peruana, como se puede apreciar a partir del artículo 1 del Decreto Legislativo 1034 que derogó y reemplazó al Decreto Legislativo 701:

**Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas**

**Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-**

que surge este cuerpo normativo nos hace prestar atención también a otros agentes que interactuaban en el mercado y cuyas actividades tenían implicancias dentro del proceso competitivo.

En efecto, el panorama a inicios de la década de los noventa nos mostraba un incipiente interés por defender la libre competencia en el mercado, respecto de los agentes privados que ahora tendrían más libertades para desarrollar sus actividades económicas. Pero a inicios de los noventa, también encontraremos diversas formas de intervención estatal que podrían afectar este bien jurídico llamado “libre competencia”, y esta actuación estatal ya no será necesariamente omnipotente como en las décadas pasadas, sino que habrá ciertos límites o reglas para la acción estatal en la economía y se importarán al Perú los cuestionamientos y críticas al Estado que ya venían desarrollándose a nivel internacional desde la década del setenta.

En tal escenario, si bien el sujeto al que prestaba atención la legislación de defensa de la competencia era el agente económico, propiamente privado; la reforma económica estructural que surgía en los noventa, nos mostraba ciertas manifestaciones del aparato estatal cuya actuación podía también atentar contra la libre competencia.

---

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Así, en la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034 se señala:

“De acuerdo a su artículo 1, la finalidad de la Ley es prohibir y sancionar conductas anticompetitivas promoviendo la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores. En tal sentido, el Proyecto busca la eliminación de las conductas de abuso de posición de dominio y las prácticas colusorias, en la medida que éstas dañan el proceso competitivo, impactando negativamente en la eficiencia económica y, por ende, en el bienestar de los consumidores.

Al establecerse como objetivo la promoción de la eficiencia económica a través de la protección del proceso competitivo, lo que el Proyecto procura es permitir que de la propia dinámica de la competencia se obtenga un desempeño eficiente de los mercados”.



Así, en primer lugar, tenemos que el Estado peruano continuó participando de manera directa en la economía –aunque en menor medida– a través de las empresas públicas. El fenómeno privatizador estuvo orientado a alcanzar a más de 200 empresas estatales<sup>19</sup>, pero muchas otras subsistieron y desarrollan actividades económicas hasta la fecha en importantes sectores como agua y saneamiento, electricidad, hidrocarburos, administración portuaria, entre otros. Este hecho, el de la subsistencia del Estado empresario, traerá a colación la pregunta de si esta forma de intervención estatal puede estar sujeta a la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, cuestionamiento que –como veremos más adelante– ha estado presente en el desarrollo académico y jurisprudencial nacional y extranjero.

Por otra parte, el fenómeno de desregulación o nueva regulación que se dio en el Perú a partir de los noventa, no significó un retroceso o ausencia total del Estado en la economía. Los cambios principales se pusieron de manifiesto con el establecimiento de marcos regulatorios generales para ciertos sectores económicos, confiando la adopción de reglas particulares a entidades públicas a las cuales dotaba de cierta autonomía e independencia en sus funciones, estos son, los Organismos Reguladores. El marco regulatorio también se veía complementado por las reglas contempladas en los Contratos de Concesión que celebraba el Estado peruano en el marco del proceso privatizador.

No obstante, el marco regulatorio que el Estado iba implementando en determinados sectores de la economía también tenía cierto impacto en el proceso competitivo y, particularmente, en la legislación de defensa de la competencia. Sobre este segundo efecto, específicamente, se podía apreciar la existencia de regulaciones que podían entrar en conflicto con los mandatos de conducta que se derivarían de la aplicación de la legislación de libre competencia. Este conflicto podría originarse en la duplicidad o paralelismo de reglas (las regulaciones sectoriales por un lado, y la ley de libre competencia por el otro) para un mismo

---

<sup>19</sup> Cf. FERNÁNDEZ BACA, Jorge. “La experiencia de privatización en el Perú”, 1991-2004. En: FERNÁNDEZ BACA, Jorge. Op. Cit., p. 45.

supuesto de hecho; o también podría surgir frente a mandatos de conducta contradictorios entre ambos cuerpos normativos.

Los nuevos marcos regulatorios establecidos respondían al diseño que el Estado había implantado para determinadas industrias, en las que se deseaba y propugnaba el desarrollo de la competencia, en la medida de lo posible, considerando que algunos segmentos de ciertos mercados regulados permanecían en condiciones monopólicas, en manos privadas en algunos casos, o en propiedad estatal en otros.

Así, por ejemplo, en el caso del agua, las regulaciones sectoriales apuntaban a controlar el ejercicio del poder de mercado de las empresas que prestarían estos servicios en condición monopólica. De hecho, dentro del esquema regulatorio, se consideraba que la provisión del servicio de agua y desagüe presentaba características de monopolio natural al consistir en un sistema de plantas y redes de carácter local o regional, que reforzaba la idea de la subaditividad de costos en esta industria<sup>20</sup>. Es por ello que esta industria presentará numerosos monopolios naturales regionales, con empresas que en su gran mayoría serán de propiedad de las municipalidades provinciales o distritales, a excepción de la más grande que opera en Lima, SEDAPAL, que quedó bajo el control del Gobierno Central.

En el caso de las telecomunicaciones, la regulación estatal apuntará tanto al control de un posible ejercicio de poder monopólico en algunos sectores, como a la promoción de la competencia. Así, desde la privatización y liberalización de este sector en la década de los noventa, se propugnará la eliminación de las restricciones de ingreso al mercado e incentivar la competencia privada en los distintos servicios de telecomunicaciones (telefonía móvil, internet, telefonía pública,

---

<sup>20</sup> Cf. GALLARDO, José. *Privatización de los Monopolios Naturales en el Perú: Economía Política, Análisis Institucional y Desempeño*. Documento de Trabajo N° 188. Pontificia Universidad Católica del Perú. Octubre, 2000, p. 16. Disponible en: <http://www.pucp.edu.pe/economia/pdf/DDD188.pdf> (página web visitada el 31 de marzo de 2010).

televisión por cable, etc.), salvo en el caso de la telefonía fija local y el servicio portador de larga distancia nacional e internacional, en cuyo caso se estipuló un periodo de concurrencia limitada a favor de Telefónica del Perú (la empresa privada resultante del proceso de privatización de Entel Perú y CPT) que abarcó los años 1993 - 1998<sup>21</sup>.

La co-existencia de sectores competitivos y otros que tradicionalmente eran concebidos como monopolios naturales (telefonía fija y servicio portador de larga distancia) y la admisión de la integración vertical entre estos servicios de telecomunicaciones, trajo consigo la adopción de regulaciones sectoriales específicas y principios dirigidos a garantizar la competencia en los diversos servicios de telecomunicaciones<sup>22</sup> y a tutelar a los usuarios de estos servicios, especialmente, cuando no haya competencia entre oferentes.

Así, encontramos principios como los de neutralidad<sup>23</sup>, servicio en equidad<sup>24</sup>, no discriminación<sup>25</sup> y libre acceso<sup>26</sup>, y obligaciones regulatorias específicas exigibles a los operadores de determinados servicios de telecomunicaciones, como la

---

<sup>21</sup> Ídem, p. 33.

<sup>22</sup> Cf. QUINTANA, Eduardo. "Integración o Separación vertical en industrias de redes: ¿Regulación a través de la estructura de la industria?", en: *Revista de Derecho Administrativo* N° 4. Lima: Círculo de Derecho Administrativo. 2008, p. 56-60.

<sup>23</sup> Artículo 4 del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

<sup>24</sup> Artículo 5 del Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>25</sup> Artículo 5 del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

<sup>26</sup> Artículo 3 del Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

obligación de permitir la interconexión de redes<sup>27</sup>, la obligación de acceso a infraestructura de uso público<sup>28</sup> o la obligación de garantizar a los usuarios un acceso equitativo a los servicios públicos de telecomunicaciones (servicio universal)<sup>29</sup>.

Por su parte, en el caso de la industria eléctrica, a partir de su reforma y liberalización en la década de los noventa, se propugnó la desintegración de las actividades de generación, transmisión, distribución y comercialización<sup>30</sup>, ello con el objeto de regular directamente aquellas actividades que presentaban características de monopolio natural (transmisión y distribución) respecto de aquellas otras donde la competencia era posible y, por lo tanto, requería de una regulación menos incisiva (generación y comercialización).

De este modo, en el caso de las actividades consideradas como monopólicas, la regulación se encontraba dirigida a controlar el ejercicio del poder de mercado de las empresas concesionarias. Así, en el caso de la transmisión, las empresas debían permitir el libre acceso a proveedores y compradores mientras no enfrentaran competencia; y la actividad de distribución estaría sujeta a regulación económica dada su condición monopólica, salvo en el caso de los clientes libres (aquellos que contrataban una capacidad de conexión superior a 1MW)<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Artículo 72 del Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, y artículo 103 del Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

<sup>28</sup> Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones

<sup>29</sup> Ver nota a pie de página 26.

<sup>30</sup> En el Perú, la liberalización de la industria eléctrica se inició con la dación de la Ley de Concesiones Eléctricas, aprobada mediante Decreto Ley 25844, en el año 1992 (en adelante, la LCE) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 009-93-EM.

<sup>31</sup> Cf. FERNÁNDEZ BACA, Jorge. Op. Cit, p. 82.

Al igual que en el caso de las telecomunicaciones, en el sector eléctrico también encontramos que con la reforma sectorial de los 90, se contemplaron obligaciones generales o principios exigibles a los operadores económicos involucrados como por ejemplo, el principio de neutralidad<sup>32</sup>, el de no discriminación<sup>33</sup> y el de libre acceso<sup>34</sup>.

Otro aspecto relevante a destacar dentro de este contexto de reforma es la aceptación estatal de los sistemas de autorregulación como alternativa a la regulación directa por parte de alguna entidad pública. Ello ocurrió precisamente en la industria eléctrica, en la que el nuevo marco regulatorio atribuyó a un cuerpo autorregulatorio (el Comité de Operación Económica del Sistema - COES) el manejo del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (SEIN). El COES es un organismo conformado por representantes de todos los Agentes del SEIN (Generadores, Transmisores, Distribuidores y Usuarios Libres), que se encarga de programar el denominado “despacho” de las plantas de generación en función a sus costos variables de producción, de tal forma que se abastezca el sistema al más bajo costo y que siempre la demanda del sistema eléctrico sea igual a la electricidad producida por los generadores (que la energía *inyectada* al sistema sea igual a la energía *retirada* del sistema); lo cual resulta indispensable debido a las condiciones físicas y económicas que impiden que la electricidad pueda ser almacenada.

Los sectores de saneamiento, telecomunicaciones y energía son sólo ejemplos de los nuevos marcos regulatorios establecidos por el Estado peruano en un contexto

---

<sup>32</sup> Artículo 5 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.

<sup>33</sup> Artículo 6 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.

<sup>34</sup> Artículo 4 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.

de reforma del sistema económico, marcado por la privatización de diversas empresas estatales que antes se encargaban de la provisión de determinados bienes y servicios y la liberalización de las actividades económicas para permitir el acceso de nuevos operadores privados, privilegiando la competencia.

¿Por qué son relevantes estos aspectos de la reforma económica de los noventa? Porque habiéndose instaurado por primera vez un sistema de defensa de la competencia en el Perú, se constatará que no sólo la presencia privada puede afectar este sistema, sino también el propio aparato estatal, sea de manera directa mediante la comisión de conductas anticompetitivas (empresas públicas) o por una vía indirecta, estableciendo regímenes particulares que podrían exceptuar la aplicación de las normas de libre competencia a ciertos agentes (cuerpos autorregulatorios) o a determinadas conductas o sectores (regulación sectorial especial).

Efectivamente, en el contexto de reformas económicas de la década de los noventa surgió la legislación de defensa de la competencia, cuyo objeto central de atención fue las restricciones privadas a la competencia (conductas anticompetitivas); sin embargo, los distintos marcos regulatorios que aparecieron de manera paralela al Decreto Legislativo 701, permitían también el surgimiento de ciertas interrogantes respecto del ámbito de aplicación de la ley de libre competencia.

Estas dudas estaban vinculadas al tipo de agentes económicos que podrían considerarse incluidos en las obligaciones previstas en la legislación de libre competencia: ¿eran sólo los agentes privados los sujetos al cumplimiento de esta norma?, ¿también podría ser considerado el Estado?, ¿el Estado empresario y/o el Estado regulador?, ¿qué acerca de estas formas de autorregulación como el COES donde existen agentes privados ejerciendo funciones normativas o de control antes en manos de una entidad estatal?

Asimismo, también surgirán preguntas acerca de la aplicación del Decreto Legislativo 701 a determinadas conductas económicas o sectores de la economía, ¿se aplica la ley de libre competencia en las industrias reguladas?, ¿qué pasa si una conducta se encuentra permitida o promovida por la regulación sectorial o alguna actuación o disposición estatal?, ¿puede reprimirse una misma conducta por la regulación sectorial y las normas de libre competencia?

En suma, aun cuando la legislación de defensa de la competencia ha tenido –desde su origen– como eje principal de atención a las restricciones a la competencia originadas por agentes privados, el Estado ha tenido una gran incidencia en el desarrollo del proceso competitivo, que plantea importantes desafíos para delimitar el ámbito de aplicación de la legislación de libre competencia y, consecuentemente, para garantizar o restringir la eficacia de un sistema de defensa de la competencia.

Así, a continuación, revisaremos cómo el Derecho de la Competencia a nivel comparado y nacional ha lidiado con estas manifestaciones de la intervención estatal, que podrían poner en peligro o limitar la aplicación de las leyes de defensa de la competencia.

## **CAPÍTULO II: Las intervenciones estatales que impiden la aplicación de las leyes de competencia: Problemas y respuestas en el contexto internacional**

En el capítulo precedente mostramos cómo, a pesar de que las legislaciones de defensa de la competencia surgieron frente a los efectos nocivos derivados de la actuación económica de los empresarios privados (conductas anticompetitivas y concentraciones), la intervención estatal en los mercados tanto de manera directa (como oferente) como de manera indirecta (a través de sus esquemas regulatorios) provocaba cierta incertidumbre sobre la aplicación de las leyes *antitrust* a determinados sujetos y prácticas.

Como también adelantábamos en la Introducción al presente trabajo, éste no es un problema menor puesto que los distintos tipos de intervención estatal que son objeto de nuestra reflexión pueden limitar considerablemente el ámbito de aplicación de las normas de libre competencia y, con ello, reducir la efectividad y eficacia de un sistema de defensa de competencia. Es por ello, que en los siguientes capítulos nos ocuparemos de estudiar estos 3 tipos de actuación estatal que pueden poner en riesgo la aplicación de las leyes de defensa de la competencia: (i) la intervención estatal para infringir directamente la norma de libre competencia (como Estado-empresario o a través de organismos de autorregulación); (ii) la intervención estatal para garantizar un resultado anticompetitivo, dotando de licitud una práctica anticompetitiva (exenciones normativas); y, (iii) la intervención estatal como medio para que se configure una conducta anticompetitiva (el abuso de procesos legales).

Para efectos de nuestro estudio, que parte de una aproximación casuística, en el presente capítulo revisaremos la práctica comparada más relevante sobre estos 3 supuestos de intervención estatal, poniendo énfasis en las soluciones legales y jurisprudenciales que se han dado en España, Estados Unidos y la Unión Europea, a las interrogantes que genera esta actuación estatal respecto de la aplicación de la legislación de libre competencia.



El desarrollo de la práctica comparada y el análisis que sobre ella efectuemos en este capítulo se complementará con el estudio correspondiente a la experiencia nacional sobre la misma materia en el capítulo III, a efectos de condensar en el último capítulo nuestras reflexiones desde una perspectiva crítica y proponer un criterio de análisis para cada uno de los supuestos de intervención estatal objeto de estudio, que resulte adecuado y eficiente para nuestro sistema nacional de defensa de la libre competencia.

## **II.1 La experiencia en España y las respuestas frente a las intervenciones estatales que impiden la aplicación de la ley de defensa de la competencia**

La experiencia española es generalmente considerada como un referente para la práctica legislativa y jurisprudencial peruana, y ello no es la excepción en el caso del Derecho de la Competencia.

El ordenamiento español es probablemente el que haya abordado con mayor profundidad el asunto de las intervenciones estatales que pueden afectar la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, dentro de los sistemas jurídicos de habla hispana. En particular, su relevancia para nuestra investigación reside en el análisis jurisprudencial y doctrinal y en la producción legislativa sobre tres aspectos importantes para nuestro estudio: la diferenciación entre actividad económica y actuación pública a efectos de las leyes de libre competencia, las exenciones legales del cumplimiento de las normas *antitrust*, y la relación entre estas últimas y las regulaciones sectoriales. En el presente sub-capítulo analizaremos la práctica española en estos tres tópicos y la relación entre ellos, con el objetivo de comprender y extraer las herramientas que han adoptado para hacer frente a los casos de inmunidades estatales *antitrust*.

## **A) El concepto de empresa como delimitador del ámbito de aplicación de la ley de defensa de competencia, y el problema del enjuiciamiento de los actos administrativos**

Al igual que la mayoría de ordenamientos jurídicos nacionales en materia de defensa de la competencia, en España se ha entendido históricamente que la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)<sup>35</sup> y sus prohibiciones se aplica únicamente a los agentes que desarrollen actividad empresarial.

Dentro del concepto de empresa no sólo se incluye la actuación de los agentes de naturaleza privada, sino también a las entidades públicas en tanto realicen actividad comercial. Así, nos indica Baño León que:

A efectos del Derecho de la Competencia la distinción legal entre entes sometidos al Derecho público y al privado es irrelevante, en la medida en que se integren activamente en el mercado quedan sujetos a las normas de competencia<sup>36</sup>.

En este sentido, es ejemplificante la resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de España (TDC)<sup>37</sup> en el Asunto Cruz Roja de Fuengirola, al precisar que:

---

<sup>35</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, Ley de de Defensa de la Competencia, que derogó y reemplazó a la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, Ley de Defensa de la Competencia.

<sup>36</sup> BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 63.

<sup>37</sup> La estructura organizativa de la agencia de competencia española, bajo la Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, Ley de Defensa de la Competencia, incluía un Servicio de Defensa de la Competencia contemplaba un órgano de instrucción, encargado de las investigaciones, denominado Servicio de Defensa de la Competencia (SDC) y un órgano resolutorio, denominado Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC). A la luz de la nueva Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, Ley de de Defensa de la Competencia –que entró en vigor el 1 de setiembre de 2007– la Comisión Nacional de Competencia (CNC) reemplaza a estos dos órganos. Sin embargo, se procura la separación entre las fases de investigación y resolución del procedimiento, a través de la propia estructura orgánica de la CNC, que cuenta con una Dirección de Investigación, responsable de la fase de instrucción en los expedientes sancionadores y de la primera fase en los expedientes de control de

En Derecho comunitario de la competencia el concepto de empresa comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico y de la forma de financiación de dicha entidad. No existen razones para que la interpretación a la que haya de llegar el Derecho español difiera de la solución dada en Derecho comunitario (...) Se aplica el Derecho comunitario de la competencia cuando “las Administraciones públicas, cualquiera que sea la forma que adopten, actúen como operadores económicos cuya conducta incida en la estructura y el funcionamiento del mercado”<sup>38</sup>.

El citado pronunciamiento del TDC señala que las entidades públicas deben someterse al cumplimiento de las obligaciones de defensa de la competencia y, por lo tanto, abstenerse de cometer conductas anticompetitivas, siempre que actúen como operadores económicos. En cambio, las actuaciones de las entidades públicas no quedarán sometidas a la LDC si éstas se realizan en ejercicio del *ius imperium*.

Dentro del ejercicio de una función pública, una entidad puede emitir actos administrativos o dictar reglamentos administrativos, los que pueden tener un trascendental impacto en la economía y alterar las condiciones regulares del proceso competitivo. No obstante, el Derecho español de defensa de la Competencia no tiene por objeto controlar todo tipo de restricciones a la competencia, sino únicamente aquéllas llevadas a cabo por un agente económico o un grupo de ellos que compiten en el mercado.

Tradicionalmente se ha entendido que la autoridad española de defensa de la competencia no está facultada para revisar la actuación administrativa de las

---

concentraciones económicas y un Consejo de la CNC, que es el encargado de resolver ambos tipos de expedientes, cuyos pronunciamientos son recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

<sup>38</sup> Resolución del TDC del 20 de marzo de 1998. Asunto *Cruz Roja de Fuengirola*. Expediente 419/97 (Conductas).

diversas entidades públicas, siendo que éstas serían justiciables ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Así, en otro apartado de la resolución antes citada se señala expresamente en relación con un posible cuestionamiento a la actuación administrativa de una entidad pública:

(...) si esa actividad se ha realizado, o no, de acuerdo con las Leyes es una cuestión ajena a la actividad de este Tribunal que no está llamado a revisar la actividad reguladora de las Administraciones Públicas<sup>39</sup>.

Sin perjuicio de lo señalado, la experiencia española también nos muestra la difícil tarea que deben seguir las autoridades administrativas de defensa de la competencia para distinguir cuándo una determinada conducta puede ser calificada como una actuación administrativa y cuándo otras pueden ser consideradas como verdaderas actividades comerciales y, por tanto, estar sujetas al control de la legislación de competencia.

Frente a estos supuestos, el TDC ha señalado que tiene la facultad para analizar, caso por caso, cuándo una determinada actuación constituye un acto administrativo ajeno al tráfico comercial y no pueda ser enjuiciada bajo los mandatos de la LDC. En este sentido, no basta con constatar que el sujeto de la actividad o medida cuestionada sea una entidad pública o tenga encomendada alguna función pública, sino que deberá evaluarse si la conducta específicamente cuestionada constituye propiamente el ejercicio de una labor administrativa o, si por el contrario, consiste en una actividad económica:

Aunque el Tribunal no tiene autoridad para revisar los “actos administrativos” de un Colegio Profesional frente a sus colegiados, que corresponde a la

---

<sup>39</sup> Resolución del TDC del 20 de marzo de 1998. Asunto *Cruz Roja de Fuengirola*. Expediente 419/97 (Conductas).

jurisdicción-administrativa, es el único órgano que la tiene (bajo el oportuno control jurisdiccional) para analizar si un acto de un Colegio Profesional, o de cualquier institución que tenga delegadas funciones públicas, es un genuino acto de naturaleza administrativa y al margen del tráfico mercantil, por lo que no puede ser analizado de acuerdo con la LDC o, por el contrario, se trata de una actuación como operador económico que restringe la competencia al infringir lo dispuesto en la LDC<sup>40</sup>.

(subrayado añadido)

Esta aproximación casuística del TDC se justifica en la necesidad de realizar, en algunas ocasiones, un delicado trabajo para diferenciar aquellos casos en los que la conducta enjuiciada constituye realmente el ejercicio de una función pública, de aquellos otros en los que la conducta denunciada únicamente tiene la apariencia de una actuación administrativa, que incluso puede ser utilizada para escapar del escrutinio de las autoridades de defensa de la competencia.

En aplicación de este **criterio funcional**, la autoridad española de defensa de la competencia evaluará el tipo de actuación materialmente realizada y no la condición del sujeto.

Este razonamiento reconocido por la práctica jurisprudencial del TDC español también ha sido acogido por la doctrina. En este sentido se pronuncia Berenguer, comentando la modificación del artículo 2 de la Ley 16/1989 introducida por el Decreto-Ley de 1996:

Se puede asumir en esta materia la tesis funcionalista, según la cual cuando una Administración Pública actúa como empresario en el sentido funcional del término, es decir, como oferente o demandante en el mercado, puede ser considerada como sujeto de la normativa de competencia<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Resolución del TDC del 18 de enero de 2000. Asunto *Abogacía Española*. Expediente: 455/99 (Conductas)

<sup>41</sup> BERENGUER, Luis. "Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia", en: *Anuario de la Competencia* 1997. Madrid: Marcial Pons, p. 168.

Del mismo modo, acota Zambrini lo siguiente:

Es preciso, con todo, que el TDC proceda al análisis de todo acto emanado de un organismo público o privado que tenga delegadas funciones públicas, para comprobar si constituye o no un auténtico acto administrativo ajeno al tráfico mercantil no susceptible de ser analizado a la luz de los preceptos de la LDC<sup>42</sup>.

La aplicación de este criterio en el Derecho español ha tenido cardinal relevancia en lo que concierne al ejercicio de las actividades profesionales y a las labores de ordenación que realizan los Colegios Profesionales.

Forma una considerable parte de la casuística del TDC el enjuiciamiento de las restricciones a la competencia generadas por los Colegios Profesionales y, en este escenario, es recurrente que estas asociaciones argumenten encontrarse fuera del alcance de la aplicación de la LDC. Ello, en la medida que los Colegios Profesionales estarían actuando en el ejercicio de las funciones de ordenación conferidas por la Constitución española<sup>43</sup> y por la legislación<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> ZAMBRINI, Marco. "El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)", en: *Revista General de Derecho* N° 625 - 626, octubre - noviembre 1996, p. 11777.

<sup>43</sup> **Constitución española de 1978**

**Artículo 35.**

1. Todos los españoles tienen el deber de trabajar y el derecho al trabajo, a la libre elección de profesión u oficio, a la promoción a través del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo.
2. La Ley regulará un Estatuto de los Trabajadores.

**Artículo 36.**

La Ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.

<sup>44</sup> **Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.**

**Artículo 1.**

Cuando la agencia de competencia española ha incoado un expediente sancionador en contra de un Colegio Profesional, resulta común que éste se defienda alegando poseer la condición de Administración Pública (como Corporación de Derecho Público) y que la actuación enjuiciada constituye un acto administrativo, por lo que únicamente se encuentra sujeto al control de la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>45</sup>.

Progresivamente, el TDC ha ido desechando este tipo de alegatos para enjuiciar, caso por caso, si la actuación del Colegio Profesional denunciada calificaba como un ejercicio de la función pública encomendada o si reflejaba realmente una actuación como agente económico:

Dentro de la actividad de los intereses privados de sus miembros cabe perfectamente su actuación como agente económico (...) En defensa de sus intereses privados actúan como cualquier asociación empresarial, siendo por tanto agentes económicos equiparables a estas asociaciones. Así por ejemplo, cuando reclaman por cuenta de un Colegio sus honorarios están actuando como

---

1. Los Colegios Profesionales son Corporaciones de derecho público, amparadas por la Ley y reconocidas por el Estado, con personalidad jurídica propia y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines.

(...)

3. Son fines esenciales de estas Corporaciones la ordenación del ejercicio de las profesiones, la representación exclusiva de las mismas y la defensa de los intereses profesionales de los colegiados, todo ello sin perjuicio de la competencia de la Administración Pública por razón de la relación funcionarial.

#### **Artículo 5.**

Corresponde a los Colegios Profesionales el ejercicio de las siguientes funciones, en su ámbito territorial:

(...)

i. Ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de los colegiados, velando por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares y ejercer la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial.

<sup>45</sup> Cf. VÁSQUEZ, Daniel. *Derecho de la Competencia y Ejercicios de las Profesiones*. Navarra: Thomson Aranzadi. 2003, p. 156.

un agente económico que presta un servicio a un colegiado: el servicio de cobro de honorarios como si de una empresa especializada se tratara. La calificación de este servicio se encuentra en las antípodas de poderse calificar como acto administrativo, siendo dicha gestión considerada como un servicio que presta el Colegio profesional al colegiado, servicio de carácter puramente civil o comercial, como señalan múltiples sentencias del Tribunal Supremo. De igual manera, la prestación de servicios de documentación, información y enseñanza a los colegiados, entre otros, ha de entenderse como la labor típica de una asociación empresarial (...)<sup>46</sup>.

La jurisprudencia española aplica, entonces, el mismo criterio funcional para determinar si una conducta de un cuerpo de autorregulación, dotado de ciertas potestades públicas, puede calificar como económica y encontrarse sujeta, por consiguiente, a la ley de defensa de la competencia. Las palabras de Vázquez permiten resumir esta prevalencia del enfoque funcional en el caso de los Colegios Profesionales:

(...) para determinar hasta qué punto es aplicable el Derecho de la competencia a los Colegios Profesionales no son criterios seguros, ni el de la naturaleza jurídica pública o privada de estas organizaciones, ni tampoco el del carácter de acto administrativo o de acto privado que posean sus actuaciones. Además, la naturaleza dual de los Colegios Profesionales oscurece todavía más el contenido y alcance de estos criterios. En consecuencia, parece más prudente abandonar estos dos criterios y replegarse sobre uno más sólido y con mayor fundamento positivo como es el de la trascendencia económica de la conducta colegial<sup>47</sup>.

El TDC ha evolucionado de una visión restrictiva hacia una más expansiva de su competencia en lo que refiere a los Colegios Profesionales, llegando a enjuiciar las

---

<sup>46</sup> Resolución del TDC del 30 de diciembre de 1993, extraída de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. *Derecho Administrativo Privado*. Madrid: Montecorvo, 1996, p. 623.

<sup>47</sup> VÁSQUEZ, Daniel. Op. Cit., p. 163.



restricciones que estas instituciones imponían a sus asociados en lo que respecta al cobro de honorarios, a la difusión de publicidad, a los requisitos de colegiación, entre otros.

La dinámica jurisprudencia de la autoridad española permitió comprender que muchas de las restricciones a la competencia impuestas por los Colegios Profesionales tenían su origen en la imprecisión con la que sus potestades habían sido demarcadas en la legislación nacional. Ello motivó la elaboración del “Informe sobre el Ejercicio de las Profesiones” en 1992<sup>48</sup>, documento que sirvió de base para la modificación al marco legal de los Colegios Profesionales<sup>49</sup>, que tuvo por principal objeto la adecuación de estas instituciones al Derecho de la Competencia, como la eliminación de las trabas a la movilidad geográfica, la prohibición del establecimiento de honorarios mínimos u orientativos, y el cobro centralizado de honorarios así como de las limitaciones a la publicidad de los profesionales asociados<sup>50</sup>.

En general, el tema de los Colegios Profesionales y su subordinación a las normas de defensa de la competencia ha sido largamente abordado por la doctrina y jurisprudencia comparada, destacándose la española.

Desde muchas perspectivas, se ha sostenido que existen algunas características de los servicios profesionales que impiden que se observe un tratamiento idéntico al de las actividades económicas regulares en lo que concierne a su sometimiento a un régimen de competencia.

---

<sup>48</sup> Disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Informes/tabid/166/Default.aspx?pag=4> (página web visitada el 25 de agosto de 2009).

<sup>49</sup> Ver: IBÁÑEZ GARCÍA, Isaac. *Defensa de la Competencia y Colegios Profesionales*. Madrid: Dykinson. 1995.

<sup>50</sup> Cf. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op. Cit., 1996, p. 378 - 379.

La asimetría informativa sería el principal obstáculo que enfrentan los consumidores de un servicio profesional prestado en un régimen total de libre competencia<sup>51</sup>. Así, debido a que los consumidores difícilmente pueden saber en qué lugar de la curva de demanda se encuentran y dado que no tienen los instrumentos para poder comparar adecuadamente los servicios profesionales prestados, resulta complicado para ellos calcular un valor correcto para tales servicios. Ello genera un riesgo moral para los profesionales, quienes pueden brindar un servicio inadecuado para los consumidores, por ejemplo, de baja calidad o a un precio muy alto<sup>52</sup>.

Esta situación puede generar un importante descrédito a determinadas profesiones, lo que motiva la existencia de regulaciones, impuestas por organismos de autorregulación, que propugnan el mantenimiento de la reputación de sus profesiones<sup>53</sup>.

Las regulaciones originan que algunas conductas que normalmente podrían ser consideradas como anticompetitivas queden exentas de sanción, al estar amparadas por disposiciones normativas<sup>54</sup>. Sin embargo, la existencia de exenciones no debería impedir que los Colegios Profesionales, como regla general, queden sometidos a una evaluación *antitrust*, en tanto constituyen agentes económicos con intereses que pueden motivar la restricción de la competencia. Sobre el particular, se señala que:

---

<sup>51</sup> Cf. CABRILLO, Francisco. "La Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia al Ejercicio de las Profesiones Colegiadas", en: *Anuario de la Competencia* 1997. Madrid: Marcial Pons, p. 127.

<sup>52</sup> Cf. JENNY, Frédéric. *Regulation, Competition and the Professions*. European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. 2004 EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2004, p. 4-5, disponible en: <http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2004/200409-compet-Jenny.pdf> (página web visitada el 21 de agosto de 2009).

<sup>53</sup> Ídem, p. 6.

<sup>54</sup> Ver acápite II.1.B) sobre el asunto de la exención legal de las conductas anticompetitivas.

(...) cualquier decisión colegial es, en principio, analizable por las autoridades administrativas encargadas de velar por la defensa de la competencia, a no ser que tengan una cobertura directa en la Ley. Y es que, desde la perspectiva del Derecho de la Competencia, los profesionales colegiados no dejan de ser reconducibles a un concepto funcional de empresa y los Colegios Profesionales considerados como “asociaciones de empresas”<sup>55</sup>.

No sólo la tendencia de la agencia de competencia española se ha decantado por acoger una interpretación extensiva del ámbito de aplicación (subjetivo / objetivo) de las normas de competencia con el objeto de fundamentar su aplicación a los Colegios Profesionales, sino también por realizar una interpretación restrictiva de las normas que otorgarían amparo legal a estas agrupaciones para realizar conductas que calificarían como anticompetitivas<sup>56</sup>. En ese orden de ideas, el TDC ha advertido que:

(...) la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador<sup>57</sup>.

Esta evaluación también ha llevado a analizar y a cuestionar muchas de las regulaciones de las profesiones liberales que restringen la competencia, como por ejemplo, las restricciones indiscriminadas (por profesiones) a la libre entrada, la exigencia de colegiación obligatoria, las restricciones territoriales al ejercicio de la profesión, la fijación de honorarios mínimos o máximos, la restricción a la actividad publicitaria<sup>58</sup>. Muchas de estas limitaciones no cuentan con una adecuada

---

<sup>55</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán. (Dir.). *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*. Madrid: Civitas. 2002, p. 217-218.

<sup>56</sup> Cf. VÁSQUEZ, Daniel. Op. Cit., p. 155.

<sup>57</sup> Resolución del TDC del 4 de marzo de 1999. Asunto *Colegios notariales*. Expediente: r 335/98 (Recursos).

<sup>58</sup> Cf. CABRILLO, Francisco. Op. Cit., p. 131-132.

justificación en la reducción de las asimetrías informativas que ocasionan el riesgo moral y la merma de la reputación de ciertas profesiones. Por ello, existe una tendencia generalizada que también propugna una reducir, tanto en número como en alcance, las regulaciones de los Colegios Profesionales que ocasionan exenciones de la aplicación de las leyes de competencia<sup>59</sup>.

Finalmente, conviene destacar que el asunto sobre las restricciones de la competencia derivada de la actuación de los Colegios Profesionales ha sido materia de preocupación en diversos foros internacionales de Derecho de la Competencia<sup>60</sup>, y también ha originado preocupación por muchas agencias nacionales de defensa de la competencia, que han dedicado sendos estudios a esta temática, como es el caso de la *Office of Fair Trading* (OFT) de Reino Unido<sup>61</sup>, la *Competition Bureau* (CB) de Canadá<sup>62</sup>, y de la propia Comisión Nacional de Competencia (CNC) de España, que en el año 2008 emitió un nuevo informe sobre los servicios profesionales<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> Cf. Ídem, p. 135 y ss.

<sup>60</sup> Ver: OECD. *Competition in Professional Services*. Roundtable on Competition Policy, 1999, disponible en <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/1920231.pdf> (página web visitada el 21 de agosto de 2009); EUROPENA UNIVERSITY INSTITUTE. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Ninth EU Competition Law and Policy Workshop. ([http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2004\(papers\).shtml](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2004(papers).shtml), página web visitada el 21 de agosto de 2009).

<sup>61</sup> OFT. *Competition in Professional Services*, 2001, disponible en: <http://www.of.gov.uk/news/press/2002/21-02> (página web visitada el 21 de agosto de 2009)

<sup>62</sup> Competition Bureau. *Self-regulated professions. Balancing competition and regulation*. 2007, disponible en: <http://www.competitionbureau.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/eng/02523.html> (página web visitada el 21 de agosto de 2009).

<sup>63</sup> Comisión Nacional de Competencia. *Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales*. 2008, disponible en: <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Informes/tabid/166/Default.aspx> (página web visitada el 21 de agosto de 2009).

Un caso que en España presenta ciertas similitudes con el de los Colegios Profesionales, y que resulta interesante a efectos de nuestra investigación, es el que corresponde a las actividades de normalización y certificación.

La normalización industrial consiste en la elaboración consensuada de determinados estándares técnicos para la producción industrial, elaborándose documentos de referencia de cumplimiento voluntario. Así, como consecuencia de la práctica de normalización, una entidad emite las llamadas 'normas técnicas', en las que se recogen las características, propiedades y requisitos técnicos aplicables a un producto o una empresa. Estos estándares se encuentran llamados a aplicarse repetida y continuamente, basándose en los resultados combinados de la ciencia, la tecnología y la experiencia<sup>64</sup>.

Por su parte, la certificación consiste en la supervisión que realicen ciertas entidades de la correcta aplicación de estos estándares técnicos por parte de las empresas. Las empresas certificadoras deben contar con el reconocimiento de su competencia técnica por parte de una entidad de acreditación.

El objetivo esencial de la normalización y la certificación es garantizar un nivel de calidad de los procesos productivos de las empresas y, con ello, la mejora en la competitividad de los productos, servicios y, en general, de una determinada actividad, buscando uniformizar los requisitos de producción con el fin de reducir los costes de producción y permitir la compatibilidad e intercambiabilidad de los materiales.

---

<sup>64</sup> Cf. RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia. "Normalización Industrial y Derecho Comunitario de la Competencia", en: *Revista de Administración Pública* N° 158. Mayo - agosto 2002. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 187 - 192.

En la década de los ochenta, se llevó a cabo en España la privatización de la normalización y la certificación, estableciéndose la posibilidad del ingreso de operadores privados en el desarrollo de dichas actividades vinculadas a la calidad industrial. Los especialistas españoles en la materia dan cuenta, sin embargo, que el modelo regulatorio por el que se optó no fue el más eficiente en este proceso privatizador, debido a que si bien existen varias empresas dedicadas a la certificación, en la práctica, sólo existe una empresa encargada de la normalización, AENOR –que desde 1986 sustituyó al Instituto Español de Normalización, entidad pública anteriormente encargada de dicha actividad<sup>65</sup>–, la cual desempeñaba al mismo tiempo las actividades de una entidad certificadora.

Evidentemente, este modelo que permitía la integración vertical en la cadena de la calidad industrial podía generar problemas en términos de competencia empresarial, puesto que la entidad de normalización podría tener incentivos para restringir la competencia a favor de alguna entidad certificadora y, en particular, para ella misma, que también prestaba el servicio en cuestión. Esta circunstancia puede revestir mayor gravedad si, como aparentemente sucedía en España, la actividad de normalización, controlada por una sola empresa como AENOR, tenía una importancia vital en determinados sectores económicos, llegando a considerarse como una obligación fáctica en términos económicos (aunque no jurídica, debido a su carácter voluntario) para las empresas el adecuarse a las normas técnicas emitidas por dicho agente. En este contexto, son ilustrativas las afirmaciones de Álvarez García:

Es cierto que tanto las normas técnicas como las certificaciones y las marcas de conformidad a ellas ligadas son voluntarias desde un punto de vista jurídico, pero no desde el económico; quien no las respeta tiene grandes posibilidades de ser expulsado del mercado por el creciente reconocimiento que están

---

<sup>65</sup> Cf. ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. “El proceso de privatización de la calidad y de la seguridad industrial y sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia empresarial”, en: *Revista de Administración Pública* N° 159. Setiembre - diciembre 2002. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 343.

alcanzando las normas y las certificaciones, no sólo fruto de la actuación de los operadores privados en el mercado y de los consumidores y usuarios, sino también del respaldo con el que todas las Administraciones públicas en la Europa occidental han agraciado a estas normas<sup>66</sup>.

En la misma línea de pensamiento, encontramos a Rodríguez-Campos, quien afirma que:

(...) las normas técnicas son actualmente el más usual punto de referencia en las relaciones comerciales entre compradores, públicos y privados, y productores. Sucede así que aunque no son obligatorias, jurídicamente hablando, para las empresas, adquieren en la práctica fuerza vinculante como consecuencia de su frecuente inclusión en los clausulados de los contratos entre los fabricantes y sus proveedores y subcontratistas<sup>67</sup>.

En la práctica se ha suscitado más de un cuestionamiento a la actividad normalizadora de AENOR ante la autoridad española de defensa de la competencia, denunciándose que en este ejercicio, la referida empresa ha intentado reservarse la exclusividad de las labores de certificación de un producto, requiriendo a través de una norma técnica que un determinado producto o su materia prima hayan sido previamente certificados por la propia AENOR, lo que sucedió en el caso de los productos de acero para hormigón<sup>68</sup>.

Por otra parte, otro efecto anticompetitivo puede lograrse si la entidad de normalización define las características técnicas de un producto, limitándose injustificadamente la posibilidad de que se comercialicen otro tipo de productos similares, ello debido al interés en particular que podría tener dicha empresa en la

---

<sup>66</sup> Ídem, p. 344.

<sup>67</sup> RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia. Op. Cit., p. 202.

<sup>68</sup> Ver Resolución del TDC del 4 de setiembre de 2000, Asunto *AENOR*. Expediente: 469/99 (Conductas).

actividad de producción, como sucedió en los casos de producción de acero<sup>69</sup> y de fabricación de láminas impermeables<sup>70</sup>.

El TDC ha constatado la existencia de estos posibles efectos anticompetitivos en las actividades vinculadas a la calidad industrial y ha afirmado su competencia para conocer de posibles conductas anticompetitivas:

Al Tribunal no se le oculta que las organizaciones normalizadoras, en las que comúnmente participan empresarios nacionales de los diversos sectores, pueden tener la tentación en ocasiones de establecer normas sobre ciertos productos para, con la finalidad declarada de homogeneizarlos en beneficio de la productividad o dotarlos de estándares de seguridad mejores, proteger subrepticamente a ciertas empresas en perjuicio de otras. Cuando estas tentaciones se ponen por obra, constituyen conductas prohibidas por la LDC, sancionables por el Tribunal<sup>71</sup>.

Vemos que, al igual que en el caso de los Colegios Profesionales, pueden haber intereses privados detrás de las entidades encargadas de ciertas funciones de regulación. En efecto, éste es el riesgo siempre latente en escenarios de autorregulación. Vale la pena remarcar la salvedad de que, en el caso de los Colegios Profesionales, habría una suerte de habilitación legal de ordenación de la actividad profesional para estas agremiaciones, cuyas decisiones vinculan a sus asociados; mientras que, en el caso de la Normalización en el modelo español, no existe propiamente una delegación de función pública a dichas entidades por lo que no existe vinculatoriedad jurídica en sus decisiones, aunque sí en términos económicos.

---

<sup>69</sup> Ver Resolución del TDC del 17 de junio de 1996, Asunto *AENOR*. Expediente: r 136/95 (Recursos).

<sup>70</sup> Ver Resolución del TDC del 25 de noviembre de 1997, Asunto *AENOR*. Expediente: R 260/97 (Recursos).

<sup>71</sup> Resolución del TDC del 25 de noviembre de 1997, Asunto *AENOR*. Expediente: R 260/97 (Recursos).



En lo que concierne al tema de nuestra investigación, nos interesa principalmente el primer tipo de supuestos, en los que existe una interacción de funciones públicas e intereses mercantiles al interior de un mismo agente, y los efectos que ello puede generar en el proceso competitivo. Como veremos en el acápite III.1.B) al repasar la práctica peruana, existen además de los Colegios Profesionales, algunos otros casos en los que se presenta esta mixtura y en los que se han generado ya controversias a nivel de defensa de la competencia.

Al final de nuestra investigación, podremos evaluar y proponer un esquema que incluya mecanismos a través de los cuales se pueda proteger el proceso competitivo frente a este tipo de situaciones.

## **B) La exención legal de conductas anticompetitivas**

La Ley de Defensa de la Competencia española vigente contiene en su artículo 4 una disposición de particular relevancia en la materia objeto de investigación, al señalar textualmente lo siguiente:

Artículo 4. Conductas exentas por ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.
2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

El citado artículo contiene un límite en la aplicación de la ley de defensa de la libre competencia al disponer que las conductas anticompetitivas ahí prohibidas se encuentren exentas de sanción cuando resultan de la aplicación de una ley. De este modo, este amparo legal permitiría la licitud de las conductas de los agentes

económicos que puedan constituir un abuso de posición de dominio, una conducta colusoria o una afectación a la competencia por la comisión de actos desleales.

Se trata de un límite a la actividad de los órganos españoles de defensa de la competencia, distinto al revisado en el acápite precedente. En este caso, la autoridad administrativa sí es competente para conocer los presuntos actos anticompetitivos cometidos, es decir, se tratan de conductas económicas y materialmente anticompetitivas; sin embargo, se consideran exentas de sanción, es decir, dejan de ser antijurídicas debido a la aplicación de la exención legal<sup>72</sup>.

El fundamento de dicha disposición consiste en permitir que el legislador pueda conseguir objetivos específicos, distintos a la protección del proceso competitivo, aun cuando el medio para lograrlo consista en amparar la realización de determinadas conductas que tengan por efecto la restricción de la competencia.

Como hemos señalado en el capítulo introductorio al presente trabajo, la competencia es un objetivo tutelado por el Estado debido a los efectos beneficiosos que tiene sobre los consumidores y el sistema económico en general. Sin embargo, existen otros objetivos de diversa índole que pueden entrar en oposición con el de la protección de la libre competencia, el cual no es un valor absoluto que deba ser protegido necesariamente por encima de cualquier otro bien jurídico. En este sentido, Cases Pallares recuerda que:

(...) la defensa de la competencia no constituye un absoluto. El propio sistema dispone ya sus propias correcciones a fin de evitar que la protección de la

---

<sup>72</sup> Ver REBOLLO PUIG, Manuel. "Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia". En: *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo*. Madrid: Civitas, 2003, p. 720 - 723, 728; y, MARCOS, Francisco. *La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*. Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, Número 24/2007. Madrid: Ceu Ediciones, 2007, p. 16.

competencia se imponga en todo caso, de modo que no puedan ser atendidas otras circunstancias o perseguidos otros objetivos<sup>73</sup>.

Aplicando esta idea al asunto de la exención legal, Baño León refiere que:

La exención legal se fundamenta en un criterio: el interés público consistente en que la defensa de la competencia no debe prevalecer frente a otros intereses públicos que aconsejan su restricción<sup>74</sup>.

De esta forma, si bien la libre competencia es una institución protegida a nivel constitucional en España como derivación de la libertad de empresa<sup>75</sup>, no debe entenderse que se trata de una tutela irrestricta, sino que puede ceder ante la persecución de distintos fines de relevancia también constitucional como la salud, el trabajo y otros derechos.

Sobre el particular, se señala que las restricciones a la libre competencia deben cumplir con los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad para estar legitimadas desde el punto de vista constitucional<sup>76</sup>. El respeto de estos parámetros debe ser verificado por el órgano de control constitucional, en este caso, el Tribunal Constitucional español, pero para efectos de nuestro estudio no interesa cuestionar la validez constitucional de estas restricciones, sino analizar los efectos que éstas

---

<sup>73</sup> CASES PALLARES, Lluís. Op. Cit., p. 400.

<sup>74</sup> BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 86.

<sup>75</sup> **Constitución española de 1978.**

**Artículo 38.**

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

<sup>76</sup> Ver ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús y Cándido PAZ-ARES. "Ensayo sobre la Libertad de Empresa". En: *Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Díez-Picazo. Tomo IV*. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2003, p. 6015 - 6020, referencia tomada de MARCOS, Francisco. Op. Cit., 2007, p. 12.

pueden producir en la persecución de conductas anticompetitivas, en tanto representan una forma de intervención pública en la represión de las prácticas que afectan la libre competencia.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que si bien la Constitución reconoce implícitamente la protección de la competencia como manifestación de la libertad empresarial, la decisión respecto de qué tipo de conductas en particular vulnerarían dicho bien jurídico ha sido adoptada a nivel legislativo, mediante la tipificación de las conductas anticompetitivas como el abuso de posición dominante y las prácticas colusorias. Bajo esta perspectiva, también una decisión legal podría disponer la exoneración de supuestos específicos.

En este orden de ideas, en puridad, no sería necesario que exista una disposición similar a la del artículo 4 de la LDC para lograr esta excepción a la protección del proceso competitivo. Teniendo en cuenta que la LDC es una ley ordinaria, bastaba únicamente que una ley posterior establezca una excepción similar para un caso concreto<sup>77</sup>. En efecto, es un principio general del derecho el que una ley posterior pueda derogar o exceptuar una ley previa del mismo rango. Los principios de *lex posteriori* y *especialidad* permiten dar solución al referido potencial conflicto de normas en el tiempo.

Habiendo determinado la posibilidad de que una ley posterior establezca una excepción al cumplimiento de las disposiciones en materia de defensa de la competencia, sin necesidad de que ello se encuentre contemplado en la propia LDC, ¿cuál sería entonces la finalidad práctica del artículo 4 en la LDC?

---

<sup>77</sup> En este sentido se pronuncia De Lemus Chavarri: "(...) hemos de poner de manifiesto, ahora, la absoluta falta de necesidad de la declaración de que una actuación amparada por la Ley no puede ser reprobada por el TDC, ya que la LDC es una ley ordinaria y solo el Tribunal Constitucional puede tachar de antijurídico el mandato del Legislador". DE LEMUS CHÁVARRI, Fernando. "El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia", en: *Boletín Económico de ICE* N° 2720. Del 18 de febrero al 3 de marzo de 2002, p. 33.

Creemos que el citado dispositivo de la LDC cumple con dos objetivos. En primer lugar, permite advertir de manera clara a las empresas y a la autoridad de competencia que sólo el ejercicio de la voluntad del legislador permitirá la exoneración de responsabilidad de las primeras en caso de infracción a la LDC. De este modo, es preferible que sea la propia LDC aplicada por la autoridad de competencia la que advierta esta posibilidad que una norma distinta al régimen de defensa de la competencia, lo que dota a este sistema de una mayor predictibilidad y transparencia para los administrados.

En segundo lugar, y aunque aparente ser un límite a la represión de las conductas anticompetitivas, consideramos, por el contrario, que esta disposición normativa constituye un límite a la intervención estatal que atente contra la libre competencia. Ello, en la medida que se deja claro que sólo una norma de rango legal puede permitir la ausencia de responsabilidad de una empresa que ha realizado una conducta anticompetitiva. Consecuentemente, las normas de rango inferior no podrían imponer ni autorizar los supuestos de abuso de posición de dominio, de prácticas colusorias y de actos desleales que afectan la competencia, tipificados en la LDC.

Esta finalidad es lograda gracias a la precisión del segundo párrafo del propio artículo 4 de la LDC, que señala que las prohibiciones de conductas anticompetitivas mantienen plena aplicación a las situaciones derivadas del ejercicio de potestades administrativas o de poderes públicos en general (incluyendo a las empresas públicas, sea que tengan facultades públicas o no) que no cuenten con el amparo legal.

Esta opción legislativa tiene como antecedentes legislativos el artículo 4 (Sección Segunda. De las prácticas excluidas) de la Ley 110/1963, Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia<sup>78</sup>, y el artículo 2.1 de la Ley 16/1989, Ley

---

<sup>78</sup> Ley 110/1963, Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia

de Defensa de la Competencia<sup>79</sup>, esta última modificada por el Real Decreto-Ley 7/1996 y, posteriormente, por la Ley 52/1999. La evolución legislativa española nos muestra los intentos que ha seguido el legislador por aclarar este precepto y, sin perjuicio de las posibles interpretaciones literales que podrían otorgarse a cada una de estas normas, consideramos que el fin de dichas modificaciones siempre ha sido precisar que sólo la voluntad legal puede permitir la exención de las conductas anticompetitivas tipificadas en las normas *antitrust*.

El artículo 4 de la vigente LDC tiene el mérito de estar mejor ubicado en la estructura de la propia LDC y de dejar claro que esta exención se aplica a todos los supuestos de conductas anticompetitivas previstos en la norma, como había tenido que interpretar forzosamente el Tribunal de Defensa de la Competencia español (en adelante, el TDC) a partir del antiguo artículo 2.1 de la antigua Ley 16/1989 que hacía referencia únicamente a los casos de prácticas colusorias o restrictivas de la competencia<sup>80</sup>.

En relación con la posibilidad de que otras entidades públicas, distintas del Poder Legislativo, puedan generar una exención de responsabilidad por la comisión de

---

**Artículo cuarto.-** Uno. Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal.

<sup>79</sup> **Ley 16/1989, Ley de Defensa de la Competencia**

**Artículo 2.** Conductas autorizadas por Ley.

1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del artículo 1 no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una ley.

Por el contrario, serán de aplicación a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

(Versión modificada por el Real Decreto-Ley 7/1996 y posteriormente por la Ley 52/1999).

<sup>80</sup> Ver ZAMBRINI, Marco. Op. Cit., p. 11768 - 11769; y, MARCOS, Francisco. Op. Cit., 2007, p. 17.

conductas anticompetitivas (posibilidad aparentemente negada por la LDC), ha surgido un importante debate doctrinario en España.

El artículo 4 de la LDC no niega la posibilidad de que el justificante de la práctica anticompetitiva se encuentre previsto en algún instrumento administrativo como un acto administrativo o un reglamento, sin embargo, sólo se lograría la exención si estos instrumentos cuentan con un amparo legal. Es decir, la LDC parece ser clara al exigir que la exención de responsabilidad debe nacer de la voluntad del legislador y no de un órgano administrativo.

Así, por ejemplo, un reglamento administrativo no puede introducir válidamente una causa de justificación que exima de responsabilidad a una empresa por la comisión de una conducta anticompetitiva, sino que el reglamento debe limitarse únicamente a desarrollar la voluntad legislativa que ampare dicha práctica.

La posición imperante a nivel jurisprudencial ha sido la de dar una interpretación restrictiva a la LDC, entendiendo que sólo la decisión del Poder Legislativo podría permitir la exención de responsabilidad contenida en el artículo 4 de la LDC.

Se sostiene que el TDC no está cuestionando la validez ni la vigencia de los actos o reglamentos administrativos que amparan, sin fundamento legal, las prácticas anticompetitivas enjuiciadas, cuya evaluación correspondería a la jurisdicción contencioso administrativa. En este sentido, se argumenta que solamente se prescinde de dichos instrumentos administrativos como justificantes de las conductas anticompetitivas, porque no encajan dentro del mandato previsto en el artículo 4 de la LDC. Es decir, no se anulan ni inaplican tales actos o reglamentos administrativos, sino que simplemente no se toman en cuenta como eximentes<sup>81</sup>.

---

<sup>81</sup> En este sentido, Baño León refiere que: “Se decía anteriormente que el asunto debe ser encauzado dogmáticamente de otra manera: no es necesario acudir a la técnica de inaplicación de los Reglamentos para lograr los objetivos de un enjuiciamiento “antitrust” pleno de las normas reglamentarias; basta con aplicar el artículo 2.º1. de la LDC y los criterios generales de interpretación jurídica (art.3.º1. del Código Civil).

Frente a ello, encontramos a quienes sostienen que el TDC no puede válidamente dejar de lado un acto o reglamento administrativo aun cuando formalmente no se declare su invalidez. Así, por ejemplo, Rebollo Puig objeta el razonamiento del TDC por considerar que ello implica contradecir la presunción de legalidad y validez de dichos instrumentos normativos, tarea que no podría realizar el TDC. Así, señala que el TDC “No podrá sancionar, desde luego, porque no cabe sancionar a quien, mientras no se demuestre lo contrario, actúa conforme a Derecho”<sup>82</sup>.

En el mismo orden de ideas, cuestiona Zambrini la posibilidad de sancionar a una empresa que cumple con el mandato de una norma, aun cuando ésta no tenga rango legal:

(...) no caben abusos de posición dominante si las conductas denunciadas son consecuencia necesaria de la aplicación de una norma, con independencia del rango que posea o, incluso, de un acto administrativo, siempre que en ambos casos tengan carácter imperativo<sup>83</sup>.

Nuevamente Rebollo Puig alega que quien incurre en una conducta anticompetitiva teniendo como base una norma infralegal carece de culpabilidad –requisito necesario para imponer una sanción–, al estar en un supuesto de error invencible sobre la aplicación de una causa de justificación (error de prohibición indirecto):

(...) el autor de la conducta típica y antijurídica, dada la existencia de un reglamento o acto administrativo que en principio le autorizaba a realizarla, creyó

---

(...) lo que debe decidir el TDC no depende de la validez o invalidez del Reglamento, sino exclusivamente de su idoneidad legal para poder amparar conductas contrarias a la competencia mercantil”. BAÑO LEÓN, José María, Op. Cit., p. 91-93.

<sup>82</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., 2003, p. 732 - 733.

<sup>83</sup> ZAMBRINI, Marco. Op. Cit., p. 11771.



que había una excepción a las prohibiciones de la LDC, que había una causa de justificación. Y si su error es invencible, queda excluida por completo la posibilidad de sanción administrativa<sup>84</sup>.

Por su parte, Baño León sostiene que, cuando un agente infringe la norma *antitrust* al amparo de un reglamento administrativo, la autoridad administrativa podría declarar la ilicitud de la conducta mas no imponer una sanción, debido a la ausencia de un elemento subjetivo:

(...) no cabe que la conducta amparada en una norma reglamentaria dé lugar a una sanción a las empresas que han confiado en ella. (...) es indudable, como veremos más adelante, que para imponer sanciones se requiere la concurrencia de dolo o culpa; lógicamente, la existencia de una exención legal excluye la sanción cuando se actúa de buena fe<sup>85</sup>.

Es necesario entender este último argumento en el contexto histórico correspondiente, en el que se encontraba vigente la Ley 16/1989. Si bien la jurisprudencia del TDC había sido consistente en requerir una clara voluntad del legislador para amparar la exención por infracciones a la libre competencia, es posible que la referida norma dejara algunas dudas. En efecto, frente a una norma reglamentaria que impone un mandato de conducta que calificaría como anticompetitiva, una empresa, para eximirse de cualquier responsabilidad *antitrust*, tendría que optar por incumplir con el reglamento, aun cuando no exista ninguna declaración de ilegalidad de la referida norma. Ello podría generar cierta incertidumbre en los agentes económicos.

Sin embargo, consideramos que la actual LDC resulta más clara al requerir exclusivamente la voluntad legal como medio para lograr la exención de responsabilidad. En este sentido, difícilmente podría sostener una empresa haber

---

<sup>84</sup> REBOLLO PUIG, Manuel. Op. Cit., 2003, p. 740.

<sup>85</sup> BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 94.

incurrido en un error invencible por actuar en aplicación de una norma infralegal, toda vez que debería acudir primero a la norma legal y verificar que ésta claramente exprese la voluntad de admitir la comisión de una conducta que pudiera restringir la competencia.

Siempre en relación con la posibilidad de que el TDC se aparte de las actuaciones administrativas que no encajen dentro del supuesto de exención legal previsto en el actual artículo 4 de la LDC, es de vital importancia recordar la Resolución del TDC del 3 de diciembre de 1992, *Asunto Colegios de Agentes de la Propiedad de España*. En el referido caso se denunciaba al Consejo General de Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria de España por realizar actos de acusación de intrusismo a quienes se dediquen a la intermediación inmobiliaria y no pertenezcan a dicha agremiación; ello, aparentemente, en virtud del Decreto del 4 de diciembre de 1969 por el que se reservaba a los agentes de la Propiedad Inmobiliaria el monopolio de la intermediación mobiliaria<sup>86</sup>.

En dicha oportunidad, el TDC consideró que el referido Decreto no constituía un reglamento dictado al amparo de una ley, por lo que no lo exoneraba de responsabilidad frente a la realización de las conductas prohibidas por la norma española de defensa de la competencia, dejando clara su posición de requerir la voluntad legal para permitir la exención de responsabilidad.

No deja de ser relevante mencionar que, en dicho pronunciamiento, se consignó un voto en discordia del vocal José Eugenio Soriano, quien cuestionaba que un órgano administrativo como el TDC pueda apartarse de un reglamento que ampare una conducta anticompetitiva.

---

<sup>86</sup> Resumen del caso tomado de BERENGUER, Luis. Op. Cit., p. 153.

Pese a ello, en sede judicial, la Audiencia Nacional dio la razón al voto en mayoría del TDC, reforzando su posición de impedir la exención de conductas anticompetitivas perpetradas sin contar con un verdadero amparo legal<sup>87</sup>.

Evidentemente, esta postura de la autoridad de competencia española, respaldada por la Judicatura, no está libre de todo cuestionamiento. En efecto, si bien debería ser claro para las empresas que sólo la ley puede exonerarlos de responsabilidad *antitrust*, ¿cuál es la actitud que deben tomar cuando un acto o reglamento administrativo les impone la obligación de realizar una práctica que podría ser calificada como anticompetitiva?

Sin lugar a dudas, los casos de imposición de conductas que podrían calificarse como anticompetitivas presentan la mayor controversia. Cuando se trata de supuestos en los que un dispositivo normativo infralegal simplemente permite o fomenta una posible práctica competitiva, siempre queda un margen de actuación a los particulares, quienes valiéndose de dicho campo de actuación podrían optar por evitar llevar a cabo conductas que no podrían ser exoneradas de responsabilidad por infracción a la LDC. Sin embargo, el escenario es distinto cuando este margen de acción desaparece y los agentes privados podrían asumir el riesgo de consecuencias jurídicas nefastas por omitir el cumplimiento de mandatos de rango infralegal.

Aunque habíamos destacado la existencia de algunos autores que sostienen que un mandato público de cualquier rango exoneraría de responsabilidad a las empresas que ejecuten prácticas anticompetitivas, la posición mayoritaria a nivel doctrinario en España respalda la jurisprudencia del TDC y admite que sólo la voluntad del legislador puede otorgar la autorización de conductas anticompetitivas<sup>88</sup>.

---

<sup>87</sup> Sentencia del 6 de octubre de 1997, de la Sexta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

<sup>88</sup> Ver BERENGUER, Luis. Op. Cit., p. 139 - 172; VICIANO, Javier. *Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal)*. Valencia: Tirant to Blanch. 1995, p. 525 y

Debe anotarse que la claridad del artículo 4 de la LDC no ha llegado, sin embargo, a desterrar completamente algunos casos de incertidumbre para las empresas que podrían encontrarse, metafóricamente hablando, “entre la espada y la pared”, teniendo dos posibles consecuencias negativas derivadas de dos mandatos de conducta contradictorios.

En este caso, parece que la posición institucional de la autoridad española de defensa de la competencia y de la mayoría doctrinaria es tolerar esta dosis de incertidumbre para las empresas, en aras de garantizar la vigencia de la libre competencia, evitando que ésta se vea frustrada por la intervención de organismos o funcionarios estatales en diversos contextos, salvo el legislativo.

Ante ello, la actitud de las empresas debe ser la de priorizar siempre la LDC frente a un acto o norma infralegal que imponga una conducta presumiblemente anticompetitiva; y, ante una eventual represalia por omitir el cumplimiento del mandato de dicho acto o norma infralegal, cabría alegar como un eximente de responsabilidad el cumplimiento cabal de una norma de mayor jerarquía (el artículo 4 de la LDC) apoyado por la doctrina jurisprudencial del TDC.

Reflexionaremos sobre esta posibilidad más adelante cuando realicemos el análisis crítico del caso peruano, en el acápite IV.2.A).

### **C) La regulación sectorial como supuesto de exención legal**

Otro aspecto vinculado con el de la exención legal de la legislación de defensa de la competencia es el que concierne a la relación entre las normas *antitrust* y las regulaciones sectoriales. Advertíamos en nuestro capítulo introductorio, no

---

ss.; CASES PALLARES, Lluís. Op. Cit., p. 380 y ss.; y, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias”. en: *Revista de Derecho Mercantil* N° 239. Enero - Marzo 2001, p. 258 - 259.

obstante, que las diferencias prácticas entre este último supuesto y el de la exención legal podrían ser inexistentes, como sucede en el caso español.

Existen determinados sectores de la economía que cuentan con una normativa específica que regula la conducta de los operadores que se desenvuelven en el mercado. Esta normativa puede tener diversos fines y, en unas ocasiones, estos objetivos concordarán con los de promoción de la competencia y, en algunas otras, podrán ir en contradicción con este propósito.

En España, también se ha discutido sobre la relación existente entre la regulación sectorial y la ley de defensa de la competencia, optándose como regla general por la primacía de la regulación sectorial sobre la norma *antitrust* y, por lo tanto, una empresa operadora quedará sometida al cumplimiento de la regulación sectorial y no al de la LDC, aun cuando dichos cuerpos normativos generen efectos contrarios. En este punto, es ilustrativa la afirmación de Zambrini:

lo que no está regulado está sometido a las reglas del mercado. Las reglas de Defensa de la Competencia sólo tendrán vigencia efectiva en aquellos sectores o actividades no regulados; en suma, donde hay regulación no hay competencia, o por mejor decir, sólo hay la competencia que permite la regulación<sup>89</sup>.

Empero, este criterio ha sido concordado con el precepto de la exención legal contemplado en el artículo 4 de la Ley de Defensa de la Competencia. Consecuentemente, para que se produzca esta primacía, la regulación sectorial que impone o desarrolla la conducta que debe seguir un operador debe tener un rango legal o estar contenida en un reglamento que desarrolla el marco legalmente establecido:

En efecto, cuando por una Ley, en el sentido estricto de la expresión, o por una norma reglamentaria que la desarrolla se ha establecido un marco en el que necesariamente ha de moverse el monopolista, el control de la actividad que

---

<sup>89</sup> ZAMBRINI, Marco. Op. Cit., p. 11766.

éste desarrolle al amparo de dichas normas quedará bajo la tutela del regulador y se sustraerá, por tanto, al conocimiento del Tribunal de Defensa de la Competencia. Asimismo, la infracción de dichas normas deberá ser sancionada por la Administración Reguladora o por la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>90</sup>.

Acorde con la cita anterior, tenemos este otro pronunciamiento del TDC que exige que la norma sectorial que genera la exención y el apartamiento de la LDC regule:

expresamente el funcionamiento de un mercado determinado en el que se permite la restricción o impedimento de la competencia en atención a otros intereses generales protegidos por esas normas y en las circunstancias y con los requisitos que en las mismas se determinen<sup>91</sup>.

Como podemos apreciar, no existe una distinción práctica en España entre el supuesto de la exención legal y la relación entre la regulación sectorial y las normas de competencia. Primarán las regulaciones específicas, sea que admitan la licitud de una conducta o que encarguen su supervisión a una entidad reguladora, en la medida que éstas cuenten con una norma de rango legal que desplace la aplicación de la ley *antitrust* (por ser posterior en el tiempo y especial)<sup>92</sup>.

---

<sup>90</sup> Resolución del TDC del 30 de octubre de 1993. Asunto *Emorvisa*. Expediente: 325/92 (Conductas).

<sup>91</sup> Resolución del TDC del 16 de enero de 1995. Asunto *Seguros a empresas transportistas*. Expediente: r 98/94 (Recursos).

<sup>92</sup> Por su parte, Gonzales-Varas Ibáñez resalta la primacía de la regulación sectorial sobre la norma de competencia, aun cuando el marco regulatorio haya sido establecido por la Administración Pública: "*Otro criterio general, no menos importante que el anterior, que sirve de límite al enjuiciamiento del Tribunal de Defensa de la Competencia, es que éste no puede conocer del asunto si la empresa ejerce su actividad dentro de los límites normativos determinados por el Legislador o por la Administración*". GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op. Cit., 1996, p. 315. No obstante, creemos que es probable que esta afirmación parta del supuesto que la disposición de la Administración haya sido adoptada en desarrollo de una ley que haya establecido esta primacía.

#### **D) La relación entre la exención legal y el concepto de conducta económica bajo el criterio funcional**

Un tema que en España ha generado confusión en torno a la materia de nuestra investigación es el que refiere al análisis que debe realizar la agencia de competencia en virtud de la exención legal prevista en el artículo 4 de la LDC en aquellos casos en los que una determinada conducta ha sido considerada como privada, en aplicación del enfoque funcional, estudiado en el acápite II.1.A).

Ya se ha afirmado que la autoridad de competencia no se encuentra facultada para revisar las actuaciones administrativas de las entidades públicas, las mismas cuya legalidad será evaluada a través de los mecanismos de revisión administrativa y de la jurisdicción contencioso administrativa.

Sin embargo, como hemos visto a lo largo del presente sub-capítulo correspondiente al ordenamiento jurídico español, la práctica generalizada de protección de la competencia tiende a utilizar un enfoque funcional para delimitar el ámbito de aplicación subjetivo/objetivo de la ley y definir cuándo una determinada conducta puede ser considerada como una actividad administrativa y cuándo una actividad mercantil.

De este modo, no se debe prestar tanta atención a la condición preexistente, pública o privada, del sujeto que presuntamente habría realizado una conducta anticompetitiva, cuanto sí a la naturaleza propia de la conducta enjuiciada, para discernir si nos encontramos ante el ejercicio de una función pública o ante la materialización de una actividad económica.

Bajo este esquema, corresponde que la autoridad de competencia analice, en primer lugar, si la conducta investigada puede ser considerada como una actividad mercantil para que, una vez afirmada su competencia funcional, prosiga con el

análisis de la conducta y de los efectos que ésta genera o puede generar en el proceso competitivo.

Subsecuentemente, la autoridad administrativa debe evaluar si la conducta denunciada puede encontrarse justificada por la existencia de una norma legal que la ampare, esto es, debe realizar el análisis de la exención legal, prevista en el artículo 4 de la LDC.

El razonamiento de Berenguer puede ayudar a clarificar el orden de análisis que debe realizar la autoridad de competencia:

Si se trata de un actividad como Administración reguladora, aunque actúe sin amparo legal, la revisión de sus actuaciones no podrá ser realizada por los organismos encargados de la defensa de la competencia, sino por la jurisdicción contencioso administrativa. Si por el contrario se trata de una actuación como operador económico y supone una conducta colusoria, habrá que analizar si goza de amparo legal. La actividad estará exenta de la prohibición si goza de tal amparo por lo dispuesto en el artículo 2.1 LDC, y si carece de él, podrá tratarse de una conducta prohibida por el artículo 1 LDC<sup>93</sup>.

(subrayado añadido)

En efecto, el primer paso es determinar la naturaleza (administrativa o económica) de la actuación que se está realizando. Esto no siempre resulta tarea fácil pues puede que algunas prácticas revistan la forma de actos administrativos, pese a que existan intereses privados detrás de ellas. Ante ello, cabe la posibilidad de que la autoridad de competencia sí resulte competente, si se toma en cuenta el criterio funcional desarrollado por el propio TDC. El segundo paso consistirá en analizar si la conducta investigada tiene amparo legal o no.

---

<sup>93</sup> BERENGUER, Luis. Op. Cit., p. 158.



Cuando se delegan determinadas funciones públicas a los particulares, como era el caso estudiado de los Colegios Profesionales, se corre el riesgo de que dichos agentes desvíen el ejercicio de su función en su provecho, con el objetivo de lograr alguna ventaja anticompetitiva.

Frente a ello, cabe analizar, en primer lugar, si la conducta llevada a cabo puede ser considerada materialmente como actividad económica. Una vez superado este examen, debe evaluarse si los agentes investigados se han apartado del marco legal que los obliga a actuar en tutela del interés público (función pública) y no en su propio interés (actividad económica), siendo que en este último escenario no podrán eximirse de la aplicación del Derecho de la Competencia, al no poder lograr la exención legal (artículo 4 de la LDC), sin perjuicio de las responsabilidades administrativas sectoriales que le correspondan.

En este sentido, comenta Solana una resolución del TDC en la que se deniega la posibilidad de exoneración legal cuando un agente económico se ha apartado del marco legal que debía regular su actividad:

Sin embargo, esta regla no valdrá cuando “no existan normas específicas que regulen el comportamiento del monopolista o cuando éste actúa al margen de las mismas, puesto que en ninguno de ellos existen obstáculos normativos ni de otro tipo que impidan la actuación del Tribunal frente a dichos comportamientos”<sup>94</sup>.

Zambrini alude a esta errónea relación, haciendo referencia a la Resolución del TDC del 24 de abril de 1995<sup>95</sup>. Sobre este tema, el autor señala lo siguiente:

---

<sup>94</sup> Comentario de Solana a la Resolución del TDC del 30 de octubre de 1993. Asunto *Emorvisa*. SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo. *Administraciones Públicas y Defensa de la Competencia*, en: *Anuario de la Competencia 2000*. Madrid: Marcial Pons, p. 47.

<sup>95</sup> Resolución del TDC del 24 de abril de 1995. Asunto *Distanco S.A. c. Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos*. Expediente: r 102/94.

es frecuente encontrar resoluciones en las que el TDC confunde ambos planteamientos, esto es, por una parte reconoce que los actos administrativos quedan fuera del ámbito de aplicación de la LDC, pero aplica el art. 2.1 LDC para justificar su exclusión<sup>96</sup>.

En efecto, el orden de análisis expuesto por Berenguer no ha sido siempre claramente delimitado por el TDC que, en ocasiones, ha combinado el examen de la exención legal con la evaluación de la naturaleza, pública o privada, de la conducta enjuiciada.

Esta vinculación ha generado mucha confusión entre la doctrina española, lo que ha llevado a algunos autores a criticar que el TDC haya admitido o deslizado la idea de enjuiciar y, eventualmente, sancionar actuaciones administrativas por el solo hecho de no contar con el soporte legal correspondiente, sea por contradicción con el ordenamiento jurídico o por una actuación administrativa que exceda la habilitación legal correspondiente<sup>97</sup>.

---

<sup>96</sup> ZAMBRINI, Marco. Op. Cit., p. 11777.

<sup>97</sup> En este sentido, encontramos a De Lemus Chavarri quien, en su oportunidad, negaba rotundamente la posibilidad de que el TDC enjuicie actos administrativos emitidos en contra del Ordenamiento Jurídico o dictados sin habilitación normativa. Dentro de la argumentación del autor, incluso se aprecia que no es una clara delimitación del ámbito de aplicación objetivo de la LDC lo que motiva principalmente su rechazo a la posibilidad de que el TDC enjuicie actos administrativos emitidos sin habilitación legal, sino la improbabilidad de la ocurrencia de este supuesto: *“Y sobre todo, parece de imposible localización, al menos en la práctica, un acto de administración que esté radicalmente fuera de las potestades que le ha conferido el Ordenamiento Jurídico. Desde luego, la ausencia de atribución legal de potestad administrativa para la actuación que se pretende reprobado, habría de ser patente puesto que, a la vista de la regulación del TDC no parece legalmente posible que este Organismo efectúe un pronunciamiento sobre Derecho Administrativo en relación con un supuesto dudoso que exija matizaciones o la elección entre diversas opciones jurídicas, sino solo en el caso de que constituya un desafuero de tal naturaleza, que no de lugar a duda alguna acerca de la extralegalidad de los hechos y que puedan, sobre la base de esta verificación, ser contrastados con la LDC”*. Ver DE LEMUS CHÁVARRI, Fernando. Op. Cit., p. 32 - 33.

Evidentemente, dicha posibilidad sería inexistente en el caso español puesto que, como ya señalamos anteriormente, el análisis sobre la exención legal únicamente se produce respecto de conductas que, normalmente, el TDC sí podría investigar, esto es, actividades económicas, las mismas que, aplicando el criterio funcional ya desarrollado, podrían incluso revestir la formalidad de actuaciones administrativas.

De este modo, la autoridad de competencia no enjuiciará si un acto administrativo se ha emitido conforme a ley o no, tarea que corresponde a los órganos de revisión administrativa y a la jurisdicción contencioso administrativa en última instancia:

En resumen, no se trata de si hubo ajuste de los actos al Derecho administrativo y disposiciones pertinentes, sino de enjuiciar si una decisión de hecho que se produce en materia no administrativa, sino de carácter mercantil o económica, resulta o no injustificadamente lesiva<sup>98</sup>.

Lo que se debe evaluar es si un acto económico realizado por privados y que tendría aparentemente la cobertura formal de un acto administrativo, se encuentra exonerado del enjuiciamiento de la LDC por haber sido realizado conforme al mandato de una ley.

## **II.2 La experiencia en la Unión Europea y las respuestas frente a las actuaciones estatales que afectan la aplicación de las normas comunitarias de competencia**

La Unión Europea tiene también un profuso y cada vez más creciente desarrollo legislativo y, principalmente, jurisprudencial en torno a las actuaciones estatales que pueden restringir la aplicación del Derecho de la Competencia.

---

<sup>98</sup> Resolución del TDC del 11 de abril de 1978. Exp. 134/76, citado por GONZALES-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op. Cit., 1996, p. 311.

Precisamente, es una doctrina jurisprudencial, la de la eliminación del “efecto útil” de las normas comunitarias de defensa de la competencia, el principal y especial aporte europeo a nuestra materia de investigación. En este sub-capítulo reflexionaremos también sobre la legislación y jurisprudencia de los órganos comunitarios respecto de la delimitación del concepto de empresa como criterio para definir la sujeción de una conducta al Derecho comunitario de la Competencia. La revisión de la experiencia europea nos será útil para entender los problemas que ha enfrentado, y para evaluar la posibilidad de aplicar, al caso peruano, las herramientas utilizadas para enfrentar las intervenciones estatales que afectan la legislación de competencia.

#### **A) La delimitación del concepto de empresa para la aplicación los artículos 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea**

El Tratado Constitutivo de la Unión Europea (TCE) incluye un régimen de protección de la libre competencia al interior del mercado común.

Los artículos 81 (antiguo artículo 85) y 82 (antiguo artículo 86) del TCE contienen el régimen normativo aplicable a las empresas que desarrollan sus actividades en el mercado comunitario europeo<sup>99</sup>. Estos dos artículos contienen las tradicionales

---

<sup>99</sup> **Tratado Constitutivo de la Unión Europea.**

##### **Artículo 81.**

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las 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 y, en particular, los que consistan en:

- a. Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;
- b. Limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;
- c. Repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;
- d. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;
- e. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

tipificaciones y prohibiciones que encontramos en las normas nacionales de defensa de la competencia. Así, el artículo 81 tipifica las prácticas colusorias o restrictivas de la competencia, mientras que el artículo 82 prohíbe el ejercicio abusivo de la posición de dominio.

Estas normas son aplicables a todas las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por empresas en la medida que puedan afectar el comercio entre los Estados Miembros al interior del Mercado Común.

El requisito de la posible afectación del comercio al interior del Mercado Común es la principal premisa que permite diferenciar el ámbito de aplicación de los artículos

---

2. Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho.

3. No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:

\* Cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

\* Cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

\* 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.

#### **Artículo 82.**

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en:

a. Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas;

b. Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores;

c. Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

d. Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

81 y 82 del TCE frente a las legislaciones nacionales de defensa de la competencia. En efecto, al contemplar estas prohibiciones en el TCE, no se pensaba en la aplicación única del Derecho europeo de la Competencia excluyendo la existencia de normas nacionales en la materia, sino que se admite su coexistencia, utilizando el criterio de la afectación del comercio como la demarcación de las respectivas competencias y potestades entre las autoridades comunitarias y nacionales<sup>100</sup>.

De este modo, si la ejecución de una conducta anticompetitiva, aun cuando se realice únicamente al interior de un solo territorio nacional, llega a alterar las condiciones naturales del comercio al interior del Mercado Común, se aplicarán las normas del TCE y la Comisión Europea será el órgano encargado de su enjuiciamiento. Ello no obsta a la posibilidad de que las autoridades nacionales también evalúen la adecuación de una práctica anticompetitiva a sus respectivas leyes de protección de la competencia, en virtud de lo que se denomina la “teoría de la doble barrera” que, como veremos más adelante, implica que los agentes económicos deban respetar tanto las normas de defensa de la competencia contenidas en el TCE, así como las leyes nacionales sobre la materia de los territorios donde se desarrollan o donde pueden tener efectos su actividad<sup>101</sup>.

Basta por ahora mencionar que, en caso de conflicto entre las normas comunitarias y las normas nacionales de defensa de la competencia, y en general en cualquier otra materia, primarán las primeras. Como veremos más adelante, de la supremacía del Derecho europeo de la Competencia y de su aplicación directa por parte de las autoridades nacionales de defensa de la competencia se derivan importantes consecuencias prácticas. La que resulta más relevante para los efectos del presente estudio se encuentra relacionada con las normas nacionales que amparan la adopción de prácticas anticompetitivas, pudiendo restar utilidad práctica, en alguna

---

<sup>100</sup> Ver CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. “Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación”, en: *Revista General de Derecho* N° 583, abril, 1993, p. 3410 - 3411.

<sup>101</sup> Cf. Ídem, p. 3440 - 3441.

medida, a las normas comunitarias de defensa de la competencia. Reservaremos el desarrollo de este tópico al acápite II.2.B).

Al igual que la mayoría de las leyes nacionales de defensa de la competencia, las prohibiciones de los artículos 81 y 82 del TCE se encuentran dirigidas hacia los operadores económicos, por lo que la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) únicamente enjuiciarán las conductas mercantiles a la luz de los citados dispositivos normativos.

Sin perjuicio del desarrollo que corresponde al acápite siguiente, podemos adelantar que la jurisprudencia del TJCE ha generado, a partir de los artículos 81 y 82 del TCE, obligaciones concretas para los Estados Miembros que consisten, esencialmente, en abstenerse de adoptar medidas que puedan restar utilidad o efectividad a las normas comunitarias de defensa de la competencia.

En este apartado, sin embargo, corresponde revisar el desarrollo de la Comunidad Europea en torno a la delimitación el ámbito de aplicación subjetivo/objetivo de los artículos 81 y 82 del TCE y evaluar los límites que encuentra en relación con el desarrollo de actuaciones administrativas.

El desarrollo jurisprudencial de los órganos comunitarios de defensa de la competencia nos permite apreciar que, al igual que en el ordenamiento peruano y otros ordenamientos nacionales que revisaremos con posterioridad, en la Unión Europea también se delimita el campo de aplicación de la legislación de defensa de la competencia a partir del concepto de empresa, entendida esta última como el agente que desarrolla una actividad económica. Así, sobre la definición de empresa, el TJCE ha señalado que ésta refiere a “cualquier entidad que ejerza una actividad

económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación”<sup>102</sup>.

En el mismo sentido y haciendo alusión a la citada sentencia del TJCE en el Asunto *Höfner* y a la emitida en el Asunto *Banchero*<sup>103</sup>, Whish advierte que:

Empresas estatales pueden ser empresas, al igual que otros sujetos a los que se les ha encomendado tareas particulares y entidades cuasi-gubernamentales que desarrollan actividades económicas<sup>104</sup>.

El asunto de los organismos de autorregulación y sujeción a las normas comunitarias de libre competencia también ha sido abordado por el TJCE, aunque en menor medida, debido a que la restricción a la competencia derivada de la actuación de estos organismos ha tenido ordinariamente alcance nacional.

En este sentido, el TJCE ha señalado, por ejemplo, que los Colegios Profesionales califican como empresas a la luz del Derecho de la Competencia comunitario y que, por ende, su actuación se somete a los artículos 81 y 82 del TCE, aun cuando su marco jurídico específico le otorgue un estatuto “público”<sup>105</sup>. Asimismo, el TJCE calificó al Colegio de Abogados de Países Bajos como una asociación de empresas en el Asunto *Wouters*<sup>106</sup>, considerando que esta agrupación no estaba obligada a seguir criterios de interés público en la adopción de sus reglamentos para el

---

<sup>102</sup> Sentencia del TJCE del 23 de abril de 1993. Asunto *Höfner y Elser*. Ver también Sentencia del TJCE del 18 de junio de 1998. Asunto *Comisión / Italia*; Sentencia del TJCE del 11 de julio de 2006. Asunto *FENIN / Comisión*.

<sup>103</sup> Sentencia del TJCE del 14 de diciembre de 1995. Asunto *Banchero*, C-387/93.

<sup>104</sup> WHISH, Richard. *Competition Law*. 5th Edition. Londres: LexisNexis UK, 2003, p. 82.

<sup>105</sup> Ver Sentencia del TJCE del 30 de abril de 1985. Asunto *BNIC c. Clair*.

<sup>106</sup> Sentencia del TJCE del 19 de febrero de 2002, Asunto *Wouters*.



“correcto ejercicio de la profesión”<sup>107</sup>. No obstante, el Abogado General Léger en el mismo caso descartó la existencia de un interés público en la actuación de una asociación empresarial como un elemento que pudiera eximirla de la calificación de empresa y de la sujeción a las normas comunitarias de defensa de la competencia<sup>108</sup>.

En efecto, las normas comunitarias *antitrust* no están dirigidas a las entidades públicas que no realicen actividades mercantiles en el Mercado Común. En relación con la práctica comunitaria, nos indica Zambrini que:

Los poderes públicos quedan al margen del ámbito de aplicación de la normativa antitrust cuando actúan como organismos públicos, esto es, en el ejercicio de potestades públicas de las que se deriven facultades de imperium. No restarán al margen, por el contrario, cuando actúen como titulares de medios de producción dedicados a la prestación de bienes y servicios en el mercado<sup>109</sup>.

Frente a ello, la jurisprudencia comunitaria ha cimentado un criterio funcional para definir aquello que incumbe a una actividad empresarial, dejando de lado la forma jurídica que ésta adopte y la naturaleza pública o privada que corresponda a su creación y desarrollo en el mercado. En este sentido, acota González lo siguiente:

La aplicación del Derecho de la competencia se hace en razón del tipo de función realizada por el sujeto, concretamente si ésta es de carácter empresarial, independientemente de cuál sea su forma jurídica. (...) el hecho de que un determinado organismo forme parte de la Administración Pública, no es

---

<sup>107</sup> Cf. ENGAR, José Carlos y Edurne NAVARRO. “Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales,” en: *Revista Española de Derecho Europeo*, N° 3, julio/septiembre, 2002, p. 522.

<sup>108</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>109</sup> ZAMBRINI, Marco. “El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)”, en: *Revista General de Derecho* N° 625 - 626, octubre - noviembre 1996, p. 11764.

obstáculo para que entren tales consecuencias (la sujeción al Derecho de la competencia), tal como lo sostiene la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas del 16 de junio de 1987<sup>110</sup>.

En este orden de ideas, tenemos a Pellisé, quien comentando la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo señala que:

(...) únicamente quedarían excluidas del concepto de empresa y, por tanto, del ámbito de aplicación del artículo 82 TCE los organismos o entes cuyas actividades son típicamente el ejercicio de prerrogativas del poder público y no presentan un carácter económico que justifique la aplicación de las reglas del Tratado<sup>111</sup>.

Así pues, se advierte que no toda actividad de una entidad pública calificará como función pública, debiendo repararse en la naturaleza de la conducta que es sometida a enjuiciamiento para definir, caso por caso, si ésta es esencialmente comercial y, por lo tanto, sujeta al cumplimiento del Derecho comunitario de la Competencia. Este enfoque funcional ha sido destacado también por Whish, quien señala que:

Una determinada entidad [pública] puede estar actuando como una empresa cuando desarrolla algunas de sus funciones y no cuando desarrolla otras. (...) Una “aproximación funcional” debe por tanto ser adoptada al momento de determinar si una entidad [pública] en particular califica como una empresa para el propósito de las reglas de competencia<sup>112</sup>.

---

<sup>110</sup> GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Op. Cit., 1996, p. 619 - 620.

<sup>111</sup> PELLISÉ, Jaume. *La explotación abusiva de una posición dominante. (Arts. 82 TCE y 6 LEDC)*. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona, 2002, p. 117. (disponible en: [http://www.tdx.cesca.es/TESIS\\_UB/AVAILABLE/TDX-0724102-093837//TOL101.pdf](http://www.tdx.cesca.es/TESIS_UB/AVAILABLE/TDX-0724102-093837//TOL101.pdf), página web visitada el 1 de agosto de 2009).

<sup>112</sup> WHISH, Richard. Op. Cit., p. 82 - 83.

Habiendo quedado claro el enfoque funcional aceptado por la jurisprudencia europea sobre el concepto de empresa, es pertinente hacer una breve referencia, en este momento, a la admisión de las empresas públicas dentro del ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la Competencia. El artículo 86 del TCE aborda este tema:

#### **Artículo 86**

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.
2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.
3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.

Es el segundo inciso del artículo 86 del TCE el que dispone expresamente la sujeción de las empresas públicas al cumplimiento de las disposiciones comunitarias sobre libre competencia. Es decir, al igual que en la mayoría de ordenamientos nacionales, no se hace una distinción entre el origen público o privado de los agentes económicos, quienes reciben un trato igualitario. En tal sentido, como regla general, las empresas estatales se encuentran sujetas a las prohibiciones previstas en los artículos 81 y 82 del TCE.

No obstante, el propio inciso 2) contiene una excepción, consistente en el cumplimiento de las obligaciones de las empresas encargadas de la prestación de servicios de interés general, en la medida que la aplicación de las normas de competencia impidan el desarrollo satisfactorio de sus tareas. Es decir, estaríamos ante una preferencia del ordenamiento comunitario por la prestación de estos servicios por encima de la defensa de la competencia<sup>113</sup>.

Aun así, el artículo 86 también plantea una excepción a la excepción, es decir, la excepción de la prestación de servicios de interés general no será aplicable cuando resulte afectado el desarrollo de los intercambios de bienes y servicios entre los países miembros, supuesto de integración que constituye el objetivo primordial de la Unión Europea<sup>114</sup>.

Cabe hacer referencia también al inciso 1) del artículo 86 del TCE que contiene una previsión dirigida no a las empresas sino a los Países Miembros. En particular, dispone la obligación de los Estados Miembros de no adoptar medidas contrarias a las normas comunitarias de defensa de la competencia para favorecer a empresas públicas o a aquéllas que cuenten con derechos especiales o exclusividades en algún mercado (monopolios designados).

Esta previsión normativa tiene singular importancia pues resalta el deber de los Estados Miembros de respetar la norma comunitaria, en particular, la de protección de defensa de la competencia, prohibiendo la emisión de disposiciones que menoscaben su eficacia, como podría ser la autorización o imposición de conductas

---

<sup>113</sup> Cf. ALONSO, *Significado y aplicación del artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea*. Documento de Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid, p. 15 (disponible en [http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM\\_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/ras%20-%20Art90CEE.pdf](http://portal.uam.es/portal/page/portal/UAM_ORGANIZATIVO/Departamentos/AreasDerecho/AreaDerechoMercantil/Investigaci%F3n/Trabajos%20y%20WP/Trabajos%20y%20Working%20Papers/ras%20-%20Art90CEE.pdf), página web visitada el 1 de agosto de 2009).

<sup>114</sup> Cf. Ídem, p. 16.

anticompetitivas. Veremos en el siguiente acápite que esta obligación se ha materializado a través de la doctrina jurisprudencial del TJCE y que alcanza a todas las medidas estatales que afectan las normas de competencia a favor de cualquier agente económico, público o privado.

Finalmente, para concluir esta revisión sobre el sometimiento de las empresas públicas al Derecho comunitario de defensa de la Competencia, cabe precisar que, al igual que en el caso de empresas privadas, únicamente se someten a estas normas aquellos agentes que realicen actividad económica y no las actividades de carácter público-económico. Así, por ejemplo, el TJCE ha resuelto que no se somete a las normas de competencia el monopolio legal del control de la contaminación, actividad inherente a las prerrogativas estatales responsables de la protección del medio marino<sup>115</sup>.

## **B) Las exenciones legales promovidas o permitidas por los Estados: las medidas estatales frente a la obligación de no falsear la competencia en el Mercado Común**

Como hemos señalado en el acápite precedente, en la Unión Europea también se ha planteado la discusión acerca del ámbito de aplicación subjetivo / objetivo de las normas de defensa de la competencia recogidas en los artículos 81 y 82 del TCE y, en este análisis, el TJCE precisó que los sujetos destinatarios de dichas normas y, por tanto, sujetos al enjuiciamiento de los órganos comunitarios eran las empresas.

Este reconocimiento no ha sido impedimento para que el TJCE también evalúe la actuación de los Estados Miembros –distinta a la actividad mercantil materializada a través de las empresas públicas– en relación con los citados artículos del TCE. Esto

---

<sup>115</sup> Sentencia del TJCE del 18 de marzo de 1997. Asunto *Cali*. Sentencia comentada por BUENDÍA, José Luis. “Las Empresas Públicas ante el Derecho de la Competencia: El artículo 90 del Tratado CE”. En: ORTIZ BLANCO, Luis y S. COHEN (Coord.). *Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación. Volumen I*. Madrid: Dykinson, 1999, p. 224

es, el TJCE ha entrado a analizar la actuación propiamente pública de los Estados Miembros respecto de los artículos 81 y 82 del TCE.

En este momento conviene hacer una precisión. El articulado del TCE contiene diversas disposiciones que están destinadas a garantizar el libre comercio en el Mercado Común. Esta libertad es uno de los objetivos principales de la integración económica comunitaria, por lo que se contemplan en el TCE una serie de disposiciones que precisamente buscan eliminar las barreras al comercio y a las inversiones, con la finalidad de consolidar un mercado común<sup>116</sup>, el mercado comunitario, en contraposición con la existencia de diversos mercados geográficos, tantos como jurisdicciones estatales haya en Europa.

De manera coherente al objetivo del Mercado Común, encontramos en el TCE, por ejemplo, disposiciones que prohíben las restricciones a las importaciones y exportaciones al interior de la Unión:

**Artículo 28 (antiguo artículo 30)**

Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

**Artículo 29 (antiguo artículo 34)**

Quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la exportación, así como todas las medidas de efecto equivalente.

---

<sup>116</sup> **Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Consolidado)**

**Artículo 2 (antiguo artículo 2)**

La Comunidad tendrá por misión promover, mediante el establecimiento de un mercado común y de una unión económica y monetaria y mediante la realización de las políticas o acciones comunes contempladas en los artículos 3 y 4, un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, un alto nivel de empleo y de protección social, la igualdad entre el hombre y la mujer, un crecimiento sostenible y no inflacionista, un alto grado de competitividad y de convergencia de los resultados económicos, un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente, la elevación del nivel y de la calidad de vida, la cohesión económica y social y la solidaridad entre los Estados miembros.

(subrayado añadido)

### **Artículo 30 (antiguo artículo 36)**

Las disposiciones de los artículos 28 y 29 no serán obstáculo para las prohibiciones o restricciones a la importación, exportación o tránsito justificadas por razones de orden público, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud y vida de las personas y animales, preservación de los vegetales, protección del patrimonio artístico, histórico o arqueológico nacional o protección de la propiedad industrial y comercial. No obstante, tales prohibiciones o restricciones no deberán constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros.

Paralelamente a la libertad de comercio de bienes, también se establecen las libertades de trabajo, de establecimiento, de prestación de servicios y de movimientos de capitales al interior de la Unión, recogidas en los artículos 39, 43, 49 y 56 del TCE, siempre con el propósito de asegurar el Mercado Común.

Asimismo, a lo largo del TCE pueden encontrarse diversas disposiciones como las observadas en los artículos 3, 11, 30, 95 y 184, que, aplicándose a diversas actividades estatales, políticas fiscales, regímenes aduaneros, entre otras, imponen el deber de no discriminar por razones de nacionalidad. De esta forma, se garantiza que los agentes económicos operen en igualdad de condiciones en el Mercado Común.

Las disposiciones del TCE a las que hemos hecho referencia tienen el objetivo de consolidar el mercado común en la Unión Europea. Por ello es que en muchas de estos artículos se hace referencia a un factor, la posibilidad de que “se afecte el mercado común”. Ello requiere un análisis concreto de las actuaciones estatales y de los mercados involucrados para dilucidar si efectivamente éstas pueden afectar el mercado común.

El Mercado Común y la igualdad de condiciones para los agentes económicos que operan en su interior parte de la premisa de un sistema económico de libre mercado, esto es, la confianza en que la satisfacción de los intereses de los

agentes (consumidores y oferentes) se logrará a partir de la competencia, sin perjuicio de las disposiciones estatales y comunitarias que busquen corregir las fallas de mercado y persigan intereses sociales concretos. Por ello, se puede decir que, en cierta medida, los artículos del TCE a los que hemos aludido protegen también la competencia.

Sin embargo, el TJCE ha adoptado una doctrina en especial para las medidas estatales que afecten de una manera particular la libre competencia. Esta manera particular consiste en la **eliminación del efecto útil de las normas de defensa de la competencia** aplicables a las empresas, es decir, los artículos 81 y 82 del TCE, que prohíben las prácticas anticompetitivas (prácticas restrictivas de la competencia y abuso de posición de dominio) que afecten el comercio en el Mercado Común.

A primera impresión, puede resultar curioso que el TJCE evalúe la licitud de medidas estatales a la luz de los artículos 81 y 82 del TCE que, como vimos en el acápite anterior, están destinadas a los sujetos que realizan actividades económicas en el mercado, sean éstos privados o públicos. Es por ello que el TJCE deriva esta obligación exigible a los Países Miembros, a partir del análisis de las normas comunitarias *antitrust* junto con el artículo 10 del TCE:

**Artículo 10 (antiguo artículo 5)**

Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión.

Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado.

Esta doctrina del **efecto útil** consiste en la obligación (implícita) que tienen los Estados Miembros de garantizar la efectividad de las normas comunitarias previstas en el propio TCE<sup>117</sup>. Este deber es una consecuencia de la supremacía que tiene el

---

<sup>117</sup> Cf. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 247 - 250.



Derecho comunitario de la Competencia sobre las legislaciones nacionales en la misma materia. Así, sería un contrasentido que los Estados pudieran permitir que las empresas que operan en su territorio se eximan del cumplimiento de las normas *antitrust* comunitarias. En términos de Calvo-Caravaca y Fernández de la Gándara:

Una consecuencia natural y obligada de la superioridad del Derecho comunitario de la competencia sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de los Estados miembros de la Comunidad es el denominado efecto útil de los artículos 85 [actual artículo 81] y 86 [actual artículo 82] del Tratado CEE: es decir la obligación por parte de los Estados de no impedir que estos artículos puedan aplicarse plenamente en sus territorios, manteniendo o dictando una normativa estatal que imponga o favorezca la existencia de supuestos anticoncurreniales<sup>118</sup>.

De esta forma, si un Estado adopta una medida que elimine el efecto útil de las provisiones del TCE, se considerará que ha infringido el artículo 10 del TCE. En el caso particular de las normas de libre competencia (artículos 81 y 82 del TCE) se considerará que los Estados infringen tanto el artículo 10 como el artículo 81 u 82, cuando adopten medidas que impongan, promuevan o faciliten la comisión de las conductas anticompetitivas prohibidas por los referidos artículos del TCE.

Por otra parte, esta doctrina no sólo tiene efectos respecto de los Estados, sino también respecto de los agentes económicos que al amparo de alguna medida estatal realicen conductas anticompetitivas tipificadas en los artículos 81 y 82 del TCE. Como veremos más adelante, el desarrollo de la doctrina del efecto útil tiene también importantes consecuencias sobre la responsabilidad de las empresas por la comisión de conductas anticompetitivas.

Empecemos por repasar el origen histórico de la doctrina del efecto útil. El deber de los Estados Miembros de abstenerse de dictar medidas que eliminen la utilidad de

---

<sup>118</sup> CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. Op. Cit., p. 3439.

las normas de defensa competencia (artículos 81 y 82 del TCE), esto es, que incumplen con el deber de no falsear el sistema de libre competencia comunitario surge a partir de la sentencia del TJCE en el Asunto *Wilhelm*<sup>119</sup>. En este caso, el TJCE debía pronunciarse sobre la compatibilidad de la normativa *antitrust* alemana con el “régimen de competencia no-falseado” previsto en el artículo 10 del TCE (en ese entonces, artículo 5). En dicho caso, diversas empresas alemanas cuestionaban una resolución condenatoria del *Bundeskartellamt* por infracción a las normas internas de defensa de la competencia, habida cuenta de que por los mismos hechos se seguía un procedimiento ante la Comisión Europea por infracción a las normas comunitarias de defensa de la competencia.

Ello motivó que el TJCE definiera si existía una doble barrera *antitrust*, esto es, si había que respetar conjuntamente las normas internas y comunitarias en esta materia. En la Sentencia del Asunto *Wilhelm*, el TJCE no admitió expresamente esta teoría de la doble barrera pero reconoció que las normas *antitrust* de cada uno de los Estados Miembros pueden perseguir objetivos distintos e incluso diferentes a los que persiguen las normas comunitarias, de lo que se colige que el TJCE acepta la aplicación paralela de estos dos regímenes, es decir, que las empresas debían cumplir con una doble barrera de control en materia de libre competencia.

Asimismo y en lo que interesa a la materia de nuestro estudio, el TJCE señaló que la aplicación paralela de la legislación nacional se admite siempre que no afecte la aplicación uniforme y los plenos efectos de las reglas comunitarias<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969. Asunto 14/68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*.

<sup>120</sup> “(...) en virtud del respeto de la finalidad general del Tratado, esta aplicación paralela del sistema nacional solamente será admitida en la medida que no perjudique la aplicación uniforme, en todo el Mercado Común, de las reglas comunitarias en materia de libre competencia y el pleno efecto de los actos adoptados en aplicación de esas reglas”. Traducción libre de “(...) en vertu du respect de la finalité générale du traité, cette application parallele du systeme national ne saurait etre admise que pour autant qu’elle ne porte pas préjudice a l’application uniforme, dans tout le marché commun, des regles communautaires en matiere d’ententes et du plein effet des actes pris en application de ces regles”. Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, Asunto 14/68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*.

Se reconoce así la primacía del Derecho comunitario en esta aplicación paralela de ordenamientos de defensa de la competencia y, finalmente, se establece la obligación de los Estados de respetar –a través de sus normas y disposiciones internas– las normas comunitarias de defensa de la competencia, esto es, que respeten el efecto útil de las disposiciones del TCE:

El Tratado C.E.E. ha instituido un orden jurídico propio, integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros y que se impone a sus jurisdicciones.

Sería contrario a la naturaleza de tal sistema admitir que los Estados miembros puedan tomar o mantener en vigor medidas susceptibles de comprometer el efecto útil del Tratado

La fuerza imperativa del Tratado y de los actos adoptados para su aplicación no debería variar de un Estado a otro por el efecto de los actos internos, sin que sea entorpecido el funcionamiento del sistema comunitario y puesta en peligro la realización de los fines del Tratado<sup>121</sup>.

Una vez sembrado el germen de la doctrina del efecto útil en el Asunto *Wilhelm*, el TJCE recurrirá a él para diseñar una jurisprudencia donde se enjuiciará las medidas estatales que puedan eliminar el efecto útil de las normas *antitrust* del TCE, infringiendo los artículos 10, 81 y 82 del TCE, así como también la responsabilidad de las empresas que infringen los artículos 81 y 82 del TCE al amparo de las medidas internas.

La primera ocasión en la que el TJCE desarrolla el deber de los Estados de no falsear mediante sus disposiciones públicas el sistema de libre competencia previsto en los artículos 81 y 82 del TCE se da en el Asunto *Inno*<sup>122</sup>, en el que se cuestionaba una disposición belga que ordenaba a los comerciantes de tabaco a vender el producto al precio de venta fijado por el fabricante o importador. Esta

---

<sup>121</sup> Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969, Asunto 14/68, *Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt*, extraído de CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. Op. Cit., p. 3441

<sup>122</sup> Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto *Inno-BM*, 13/77.

medida tenía como antecedente una práctica colusoria de los productores y mayoristas de tabaco por la que se fijaba este precio, y la iniciativa de un congresista belga que también se desempeñaba como secretario de una de las asociaciones que había participado en la referida práctica colusoria<sup>123</sup>.

En este caso, la Corte de Luxemburgo recordó el deber de los Estados de abstenerse de adoptar medidas que pongan en peligro la realización de los fines del Tratado, observado en el artículo 10 del TCE, y aplicó por primera vez las normas *antitrust* comunitarias a las disposiciones de los Estados, señalando que “si es cierto que el artículo 82 [entonces artículo 86] se dirige a las empresas, no lo es menos que el Tratado impone a los Estados miembros no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición”<sup>124</sup>. De este modo, tomando el criterio de la obligación de respetar el efecto útil de las normas del TCE, el Tribunal concluyó que “los Estados Miembros no pueden promulgar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos [81] a [89] del Tratado”<sup>125</sup>.

Esta sentencia del TJCE y las que posteriormente desarrollan la doctrina del efecto útil en relación con las normas de defensa de la competencia, permiten entender que las medidas estatales enjuiciadas no son todas las que puedan tener algún impacto en la competencia, sino únicamente aquéllas que tengan por efecto que los agentes económicos se sustraigan del cumplimiento de los artículos 81 y 82 del TCE, esto es, aquéllas que posibilitan la comisión de prácticas restrictivas de la competencia y de abuso de posición de dominio.

---

<sup>123</sup> Cf. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Reglamentaciones públicas anticompetitivas”. En: BEYNETO, José María y Jerónimo MAILLO (Coord.). *Tratado de Derecho de la Competencia*, Vol. II. Barcelona: Bosch, 2005, p. 1307-1308.

<sup>124</sup> Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto *Inno-BM*, 13/77, extraído de CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1307.

<sup>125</sup> *Ibidem*.

Entre los años 1985 y 1992 se presentaron nuevos casos ante el TJCE, todos ellos derivados de cuestiones o interpretaciones prejudiciales, en los que se va a precisar qué tipos de medidas estatales son las que eliminan el efecto útil del sistema de competencia comunitario.

Resulta importante hacer mención en esta revisión jurisprudencial a las sentencias del TJCE en los Asuntos *Au blé vert*<sup>126</sup> y *Leclerc*<sup>127</sup>, emitidas ambas en enero de 1985, por los resultados diferentes que conllevan. En el primer caso se analizaba una norma que delegaba a los editores de libros la determinación del precio de venta máximo de los libros a nivel detallista. En el segundo caso, se trataba de una medida que facultaba a una autoridad pública a fijar los precios mínimos de venta de productos petrolíferos. El elemento común en ambos casos consistía en la ausencia de una práctica colusoria. En efecto, las medidas no obligaban a las empresas privadas a adoptar un acuerdo colusorio ni amparaban o reforzaban un acuerdo colusorio previo como sucedía en el Asunto *Inno*. Empero, el TJCE tuvo una valoración diferente en cada caso, considerando que en el Asunto *Au blé vert* sí existía una medida que eliminaba el efecto útil del artículo 81 del TCE, mientras que ello no ocurría en el Asunto *Leclerc*.

Los fundamentos de esta distinción quedarán totalmente esclarecidos en el Asunto *Van Eycke* que desarrollaremos más adelante, pero en este momento es importante hacer hincapié en las diferencias de los Asuntos *Au blé vert* y *Leclerc*. Si bien en ambos casos no había una práctica colusoria previa y la fijación de los precios de comercialización es confiada a un tercero, en el segundo de los casos este tercero era una autoridad pública, mientras que en el primero eran los agentes privados los encargados de la fijación de este precio. Como veremos más adelante, resulta relevante para la jurisprudencia europea la naturaleza (pública o privada) del agente

---

<sup>126</sup> Sentencia del TJCE del 10 de enero de 1985. Asunto *Leclerc-Au blé vert*, 229/83.

<sup>127</sup> Sentencia del TJCE del 29 de enero de 1985. Asunto *Leclerc-carburantes (Cullet)*, 231/83.

que va a determinar un aspecto de la política comercial de las empresas que compiten en el mercado.

Los casos *BNIC c. Clair*<sup>128</sup> y *BNIC c. Aubert*<sup>129</sup> continúan la línea jurisprudencial del TJCE. En estas sentencias, el TJCE estima que las medidas estatales que eliminan el efecto útil del artículo 81 del TCE no son sólo aquellas que imponen la celebración de un acuerdo colusorio, sino también las que refuerzan estos acuerdos. En el primer caso, el BNIC era una asociación profesional vitivinícola que fijaba los precios mínimos de venta de los vinos y estos eran extendidos a los demás comerciantes mediante un *arrête ministerial*. Para concluir que en este caso se trataba de una medida estatal que reforzaba un acuerdo anticompetitivo preexistente, el TJCE prestó atención al hecho de que la mayoría de los integrantes del *BNIC* eran representantes de las organizaciones privadas de vitivinícolas. En el segundo caso, se analizaba la disposición del Comisario del Gobierno que establecía cuotas de producción al interior del BNIC, considerando el TJCE que esta disposición refuerza los efectos de acuerdos contrarios a la competencia en este sentido.

De manera similar, en los casos *Nouvelles Frontières*<sup>130</sup> y *Ahmed Saeed*<sup>131</sup>, el TJCE declara que las disposiciones estatales por las que se aprueban tarifas a propuesta de los transportistas aéreos o de sus asociaciones empresariales resultan contrarias al efecto útil del artículo 81 del TCE, al imponer o favorecer la celebración de acuerdos contrarios al artículo 81, o reforzar sus efectos<sup>132</sup>.

---

<sup>128</sup> Sentencia del TJCE del 30 de enero de 1985. Asunto *BNIC/Clair*, 123/83.

<sup>129</sup> Sentencia del TJCE del 3 de diciembre de 1987. Asunto *BNIC/Aubert*, 136/86.

<sup>130</sup> Sentencia del TJCE del 30 de abril de 1986. Asunto *Asjes*, acumulados de 209/84 a 213/84.

<sup>131</sup> Sentencia del TJCE del 11 de abril de 1989. Asunto *Ahmed Saeed*, 66/86.

<sup>132</sup> Cf. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1312-1313.

Sin embargo, adquiere especial relevancia en este último caso la consideración que tiene el TJCE sobre este tipo de medidas en un sector cuya actividad es considerada como un servicio de interés general, al señalar que los artículos del TCE de defensa de la competencia “no son contrarios a que se limiten los efectos de las normas sobre competencia, en la medida en que ello sea indispensable para realizar una misión de interés general impuesta a los transportistas aéreos, siempre y cuando la naturaleza de esta misión y su repercusión sobre la estructura de las tarifas estén establecidas claramente”<sup>133</sup>.

Otro caso en el que el TJCE analizó las medidas públicas que refuerzan las prácticas colusorias es el Asunto *VVR*<sup>134</sup>, en el que existían acuerdos de las agencias de viajes para no reducir sus comisiones ni otorgar descuentos a consumidores que les haga perder un porcentaje de sus comisiones. Con posterioridad, se dictó una norma estatal que califica de ilegal el apartarse de los usos o costumbres seguidos por estas agencias de viaje. En este caso, el TJCE consideró que la disposición pública reforzaba el acuerdo anticompetitivo y, por tanto, resultaba contraria al TCE.

Hasta este momento del desarrollo jurisprudencial del TJCE, resultaba claro que las medidas públicas que impusieran o permitieran una práctica colusoria o, en todo caso, reforzaran una práctica restrictiva de la competencia preexistente, eliminaban el efecto útil del TCE. No obstante, aún surgían algunas dudas respecto de qué otro tipo de medidas podían encajar dentro de este mismo criterio.

Como se mencionó líneas atrás, el Asunto *Au blé vert* resultaba especial puesto que se declaraba contrario al artículo 81 del TCE una medida pública por la que se autorizaba a un grupo de agentes privados a fijar los precios de venta de los libros, sin que existiera una práctica colusoria preexistente ni se dispusiera que los

---

<sup>133</sup> Ver nota a pie de página 131.

<sup>134</sup> Sentencia del TJCE del 1 de octubre de 1987. Asunto *Blaamse Reisbureaus*, 311/85.

agentes privados acordaran un determinado precio. Ello abriría la discusión acerca de si otro tipo de medidas, similares a las del caso *Au blé vert*, también contravendría el efecto útil de las normas *antitrust* del TCE.

Sobre el particular, Viciano sostiene que una medida pública contraria al efecto útil del TCE no necesariamente tendría que estar vinculada con una práctica restrictiva de la competencia, que sea impuesta o reforzada por la medida. En consecuencia, considera que toda disposición pública que haga innecesaria la práctica anticompetitiva, como la fijación de una tarifa o de las condiciones de un servicio, podría eliminar el efecto útil del TCE<sup>135</sup>.

La sentencia del TJCE en el Asunto *Van Eycke*<sup>136</sup> termina por esclarecer la discusión optando por una visión restrictiva de la doctrina del “efecto útil”. El TJCE define, finalmente, que para que una medida pública elimine el efecto útil de los artículos 81 y 82 del TCE se requiere que ésta tenga vinculación con una práctica anticompetitiva<sup>137</sup>.

---

<sup>135</sup> Viciano considera que se elimina el efecto útil de las normas *antitrust* “(...) cuando el Estado en ejercicio de sus competencias residuales, adopta una disposición que excluye la competencia exclusiva de la Comisión para eximir los acuerdos prohibidos –bien porque, en sentido amplio, autoriza, impone, refuerza, etc., la conclusión de prácticas restrictivas, bien porque los propios términos de la disposición hacen innecesarias estas prácticas–”. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 414-415.

<sup>136</sup> Sentencia del TJCE del 21 de setiembre de 1988. Asunto *Van Eycke*, 267/86.

<sup>137</sup> Desde una perspectiva contraria, para Viciano lo importante es que la medida estatal procure el mismo resultado que el que lograría una conducta anticompetitiva, al parecer sin importar la intervención de agentes económicos en la práctica: “Por una parte, se puede concluir que la obligación que se deriva para los Estados de no adoptar ninguna medida que pueda eliminar el efecto útil del artículo 86 (o del artículo 85) sólo supondrá la prohibición de adoptar medidas que favorezcan actuaciones anticompetitivas por parte de los particulares; (...) el Estado deberá abstenerse de adoptar toda disposición que al menos en potencia permitiera a las empresas obtener un resultado que, en ausencia de la medidas, les estaría prohibido por los artículos 85 y 86. En este caso, no sería necesaria la comprobación de un previo acto anticompetitivo, sino que simplemente sería suficiente la comprobación de los posibles efectos restrictivos”. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 336.



En este caso se analizaba una disposición belga que fijaba el monto máximo que las entidades financieras pagarían como retribución por los depósitos de ahorro. De manera similar a lo que ocurría en *Leclerc*, una entidad gubernamental había eliminado un elemento de competencia, las tasas de interés que pagaban las entidades bancarias. Sin embargo, considerando que mediante esta medida no se estaba imponiendo o favoreciendo una práctica colusoria, ni tampoco se estaba recogiendo un acuerdo colusorio previo, el TJCE concluyó que dicha disposición no eliminaba el efecto útil del artículo 81 del TCE.

En *Van Eycke*, el TJCE codifica los supuestos de medidas estatales que eliminan el efecto útil de las normas *antitrust* comunitarias, señalando que ello ocurre cuando un Estado Miembro “o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica”<sup>138</sup>.

Los dos primeros supuestos: (i) imponer y (ii) reforzar prácticas colusorias eran admitidos sin discusión en la doctrina del efecto útil, desarrollada por la jurisprudencia previa del TJCE. El tercer supuesto señalado en *Van Eycke* permitía atacar medidas estatales que también estaban vinculados con prácticas restrictivas, en particular, aquéllas que se logran gracias a (iii) la delegación de funciones públicas en agentes económicos. Éste era el supuesto enjuiciado en *Au blé vert*, en el que la fijación de los precios era dispuesta por los particulares, no mediante un acuerdo colusorio, sino debido a las facultades delegadas por parte del Estado.

---

<sup>138</sup> “Por tanto, según el TJCE, para aplicar al caso concreto esta doctrina es necesario comprobar si la disposición impone o favorece la conclusión de acuerdos; en segundo lugar, si refuerza una coordinación preexistente; o, por último, si la disposición delega en operadores privados funciones de carácter público”. VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 393. Sobre los supuestos comprendidos en *Van Eycke*, puede verse CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1315.

Como adelantáramos, la condición –privada o pública– del agente encargado de fijar alguna condición de los servicios o productos que se ofrecen en el mercado, en virtud de alguna disposición estatal interna, resulta relevante para determinar si dicha medida elimina o no el efecto útil del TCE.

En tal sentido, es coherente con la jurisprudencia del TJCE que los casos *Leclerc* y el propio *Van Eycke* no sean calificados como disposiciones que eliminan el efecto útil del TCE, pues aquí la fijación de precios no está dispuesta por particulares, sino por el propio Estado en ejercicio de sus funciones públicas. En sentido inverso, también resulta lógico que el caso *Au blé vert* sí haya sido considerado como uno que presentaba una medida que restringe el efecto útil del TCE, dado que esta delegación estatal de la facultad de fijar el precio a los propios agentes privados podría restringir la competencia en el mercado, contando con el amparo de la regulación estatal.

A nuestro criterio, esta distinción resulta adecuada pues, como se ha estudiado, la doctrina del “efecto útil” en relación con las normas *antitrust* comunitarias no tiene por finalidad enjuiciar cualquier medida pública que, de alguna manera, altere las condiciones de libre competencia en el mercado común, sino sólo aquéllas que tengan por efecto amparar conductas que, de no existir la disposición pública, serían consideradas ilícitas por el Derecho comunitario de defensa de la Competencia. Así, donde no intervienen agentes privados, no puede existir práctica colusoria y, por tanto, no tendría sentido la aplicación de la doctrina del “efecto útil”.

Las sentencias del TJCE del 17 de noviembre de 1993 (Asuntos *Meng*<sup>139</sup>, *Ohra*<sup>140</sup> y *Reiff*<sup>141</sup>) confirman el criterio del TJCE para calificar las medidas públicas que

---

<sup>139</sup> Sentencia del TJCE del 17 de noviembre de 1993, Asunto *Meng*, C-2/91.

<sup>140</sup> Sentencia del TJCE del 17 de noviembre de 1993, Asunto *Ohra*, C-245/91.

<sup>141</sup> Sentencia del TJCE del 17 de noviembre de 1993. Asunto *Reiff*, C-185/91.

eliminan el efecto útil de las normas de defensa de la competencia del TCE, requiriendo necesariamente la existencia de un vínculo entre la medida pública y un comportamiento privado<sup>142</sup>.

El pronunciamiento del TJCE en el Asunto *Reiff*, por otra parte, reviste particular importancia porque propone algunos criterios para determinar cuándo la intervención de agentes privados (una asociación) en una decisión gubernamental que afecta la competencia puede considerarse como un supuesto de delegación de facultades. Así, comentando este caso, Castillo señala que la norma estatal que establece que las tarifas del servicio de transporte terrestre de mercancía de larga distancia deban ser fijadas por la Comisión de Tarifas –previa aprobación de la autoridad pública– no elimina el efecto útil

siempre que: (a) los miembros de estas Comisiones, aunque designados por la autoridad pública a propuestas de los sectores profesionales interesados, no actúen como representantes de éstos con el cometido de negociar y concluir acuerdos sobre precios, sino como expertos independientes encargados de fijar las tarifas en función de consideraciones de interés general, y (b) los poderes públicos no hicieran dejación de sus prerrogativas y velen por que las Comisiones fijen las tarifas en función de consideraciones de interés general, sustituyendo la decisión de dichas Comisiones por la suya propia cuando resulte necesario<sup>143</sup>.

Así, el TJCE ha considerado que las medidas públicas en las que intervienen agentes privados pero en tutela de intereses públicos no constituye una delegación de facultades que elimine el efecto útil del artículo 81 del TCE. En este sentido, encontramos las posteriores sentencias en los Asuntos *DIP*<sup>144</sup>, *Spediporto*<sup>145</sup>, *Librandi*<sup>146</sup> y *Delta*<sup>147</sup>.

---

<sup>142</sup> Cf. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1316.

<sup>143</sup> Ídem, p. 1318.

<sup>144</sup> Sentencia del TJCE del 17 de octubre de 1995. Asunto *DIP*, C-140/04, C-141/94 y C-142/94 (Acumulados).

Se puede apreciar que el TJCE ha seguido una línea cada vez más estricta en relación a qué medidas públicas pueden eliminar el efecto útil del artículo 81 del TCE, concluyendo que la sola intervención de agentes privados en el establecimiento de una medida pública de ordenación del mercado no supone una delegación de competencias, en los términos prohibidos por el test *Van Eycke*.

En este sentido, surgió la discusión planteada a nivel doctrinario y jurisprudencial consistente en dilucidar cuándo la participación de los agentes privados en la adopción de una medida pública puede evidenciar la existencia de una disposición que elimine el efecto útil del TCE. En este devenir jurisprudencial se ha criticado, por ejemplo, la sentencia en el Asunto *Arduino*<sup>148</sup> en la que el TJCE presumiría que la intervención de agentes privados en la fijación de los honorarios de los abogados en Italia respondía a un interés público y, por lo tanto, concluía que no eliminaba el efecto útil del TCE, cuando las evidencias mostraban lo contrario.

Sin perjuicio de esta discusión, y retomando la senda central que motiva nuestro trabajo, se debe reparar en que la posibilidad de que el TJCE enjuicie la actuación pública de los Estados Miembros no es una consecuencia que surja recién a partir de la doctrina del “efecto útil”. Como se ha visto anteriormente, la supranacionalidad inmersa en la integración comunitaria europea genera que todas las actuaciones públicas puedan estar sujetas a evaluación por los órganos comunitarios en tanto se contravengan los fines del TCE.

---

<sup>145</sup> Sentencia del TJCE del 5 de octubre de 1995. Asunto *Centro Servizi Spediporto*, C-96/94.

<sup>146</sup> Sentencia del TJCE del 1 de octubre de 1998. Asunto *Autotransporti Librandi*, C-38/97.

<sup>147</sup> Sentencia del TJCE del 9 de junio de 1994. Asunto *Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft*, C-153/93.

<sup>148</sup> Sentencia del TJCE del 19 de febrero de 2002. Asunto *Arduino*, 13/77. Ver sobre el particular, CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1325-1326.

La verdadera relevancia de la doctrina del “efecto útil” recae, para efectos de nuestra investigación, en la posibilidad de enjuiciamiento de conductas empresariales anticompetitivas pese a tener el amparo de la legislación nacional. La principal consecuencia de la doctrina del “efecto útil” es que las empresas privadas que incurran en prácticas anticompetitivas que infrinjan los artículos 81 y 82 del TCE serán sancionadas aun cuando existan medidas públicas que las amparen, si éstas eliminan el efecto útil de las referidas normas comunitarias. Así, por ejemplo, si existe una norma que faculta a las empresas aseguradoras de un país a fijar el precio único de las pólizas de los seguros de vida que ofrecen a los consumidores, dichas empresas podrían ser sancionadas por infracción al artículo 81 del TCE debido a que la referida medida interna sería contraria al efecto útil del sistema comunitario de defensa de la competencia.

De este modo, no sólo la Comisión Europea sino las propias autoridades nacionales de defensa de la competencia se encuentran obligadas a preferir las normas comunitarias, artículos 81 y 82 del TCE, por encima de las normas estatales internas que impongan o amparen la realización de conductas que resulten contrarias (léase, que eliminen el efecto útil del) al propio TCE.

La sentencia del TJCE en el Asunto *CIF*<sup>149</sup> es la que clarifica el panorama sobre la responsabilidad de las empresas que infringen las normas *antitrust* del TCE. El caso trata de un consorcio italiano de fabricantes de fósforos que cuestionaban la decisión de la autoridad italiana de defensa de la competencia que declaraba que la norma que regulaba el consorcio infringía los artículos 10 y 81 del TCE y, consecuentemente, el consorcio y sus miembros habían infringido el artículo 81 del TCE al repartirse las cuotas de producción de fósforos<sup>150</sup>. Este asunto planteaba la

---

<sup>149</sup> Sentencia del TJCE del 9 de setiembre de 2003. Asunto *Consortio Industrie Fiammferi (CIF)*, C-198/01.

<sup>150</sup> Sobre este tópico, puede verse el desarrollo realizado por CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: Deberes de los órganos que aplican el Derecho de la Competencia y responsabilidad de las empresas (Comentario a la Sentencia *Consortio Industrie Fiammferi*, de 9 de setiembre de 2003)”, en: *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, Año 8, N° 17, Enero-

discusión sobre la responsabilidad de las empresas que habrían infringido las normas comunitarias de defensa de la competencia en virtud de la habilitación de las normas nacionales.

La resolución del caso *CIF* parte por distinguir dos escenarios hipotéticos: (i) cuando la norma nacional impone una conducta anticompetitiva; y, (ii) cuando la norma nacional fomenta o facilita la realización de una conducta anticompetitiva.

El TJCE es inflexible en el segundo supuesto, estableciendo que cuando las empresas tienen cierto ámbito de libertad de actuación deben preferir, sin excepción, la norma comunitaria en detrimento de la norma nacional, por lo que en el caso inverso serían responsables por infringir los artículos 81 u 82 del TCE, según corresponda.

En cambio, en el primer escenario, el TJCE hace dos distinciones adicionales: (i) cuando la conducta anticompetitiva ha sido impuesta por una ley nacional cuya aplicación ha sido descartada previamente por la autoridad nacional de defensa de la competencia; y, (ii) cuando la conducta anticompetitiva ha sido impuesta por una ley nacional cuya aplicación aún no ha sido descartada por la autoridad nacional de defensa de la competencia. Según la jurisprudencia del TJCE, sólo en el segundo sub-escenario podría eximirse de responsabilidad a las empresas que participaron en la práctica anticompetitiva<sup>151</sup>.

---

Abril 2004, p. 161 - 191. Ver también GUERRA, Antonio. "Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorcio Industrie Fiammferi (CIF) / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato", en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia* N° 228, noviembre/diciembre, 2003, p. 85-96.

<sup>151</sup> Ver DE LATORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1328-1329; y, CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2004, p. 165.

Siguiendo esta línea de razonamiento, en el caso del *CIF*, el TJCE concluye que el *CIF* sí tendría un campo para la actuación competitiva. Así, aun cuando el Estado había fijado previamente el precio de venta de los fósforos, ello no limitaba la posibilidad de competir por otros factores, dado que la norma italiana no había definido los parámetros específicos en que debía repartirse la producción de los fósforos.

De la decisión del TJCE en el Asunto *CIF* se puede extraer la intención del órgano comunitario de conjugar dos elementos: la primacía de las normas comunitarias de defensa de la competencia sobre las normas nacionales que eliminan su efecto útil, por un lado; y la seguridad jurídica para las empresas, por el otro. De este modo, si bien como regla general, las empresas no se exonerarán por la comisión de conductas anticompetitivas amparadas en normas nacionales, sí se admite, por excepción, la ausencia de responsabilidad cuando se trate de una conducta impuesta por la norma nacional siempre que la autoridad nacional de defensa de la competencia no haya declarado que dicha norma no resulta aplicable por contravenir las normas comunitarias de defensa de la competencia. Es decir, se trataría de un escenario donde –siguiendo la lógica del TJCE– no existiría campo para la intervención de la voluntad de las empresas en la comisión de las conductas anticompetitivas, ni posibilidad para que dichas empresas puedan discernir adecuadamente que la norma nacional contraviene las normas *antitrust* comunitarias.

Dejaremos las reflexiones sobre el método que propone el TJCE para el análisis de las medidas estatales que eliminan el “efecto útil” de las normas de competencia y la distinción que propone entre los dos supuestos (cuando habría aún campo de actuación para los agentes económicos y cuando no), para el Capítulo 4 en el que evaluaremos su aplicabilidad al caso peruano.

Teniendo claro los alcances de la doctrina del efecto útil, es pertinente volver sobre las medidas estatales que favorecen a empresas encargadas de la prestación de servicios de interés general, a las que se les aplica el artículo 86 del TCE.

En el acápite precedente adelantábamos que el inciso 1) del artículo 86 del TCE contenía una disposición sobre las medidas estatales que tienen incidencia sobre las normas *antitrust* del TCE (artículos 81 y 82).

En efecto, la referida disposición del artículo 86 del TCE es similar a la doctrina del “efecto útil” que hemos analizado en el presente acápite, por la cual los Estados Miembros deben abstenerse de aplicar medidas que limiten o entorpezcan la eficacia de las normas comunitarias de defensa de la competencia.

El contenido de este mandato vendría a ser el mismo que se ha desarrollado en el caso de la doctrina del “efecto útil”. Sin embargo, la aplicación del artículo 86 se circunscribe a las medidas estatales que favorecen a las empresas públicas o privilegiadas.

Cabe precisar finalmente que, para que se produzca una infracción al artículo 86 del TCE, se requiere: (i) que se dicte una medida estatal, en condición de autoridad pública; (ii) que dicha medida favorezca específicamente a una empresa pública o privilegiada encargada de la prestación de un servicio de interés general; (iii) que la medida imponga o induzca a la comisión de una conducta anticompetitiva; y, (iv) que la medida pueda afectar el comercio entre los Estados Miembros<sup>152</sup>.

En torno a la vinculación entre la medida estatal y la comisión de una práctica anticompetitiva, se ha afirmado que resulta necesario que esta medida deba

---

<sup>152</sup> Cf. MAILLO, Jerónimo, p. 11-22. *Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva*. Madrid: Instituto de Estudios Europeos. Centro de Política de la Competencia, 2005, p. 11-22. Disponible en: <http://www.idee.ceu.es/index.php?item=864&lang=esp> (página web visitada el 26 de agosto de 2009).



generar necesariamente la adopción de una conducta, por lo que la simple concesión de un derecho exclusivo, aunque implique el otorgamiento de una posición dominante, no es *prima facie* ilegal, dado que no conduce necesariamente a la comisión de una conducta abusiva<sup>153</sup>. No obstante, la jurisprudencia de los órganos comunitarios demuestra que en algunos casos se ha considerado que un Estado Miembro podría infringir el artículo 86 del TCE por el solo otorgamiento de un derecho de exclusiva<sup>154</sup>. Detrás de este razonamiento podría estar el hecho de que, aun cuando un derecho de exclusiva no supone la comisión de una conducta anticompetitiva, en la práctica esta concesión podría justificar que una empresa adopte prácticas exclusorias con el objetivo de mantener su monopolio legal.

El asunto de la aplicación de la doctrina del “efecto útil” respecto de empresas que tienen encargada la prestación de un servicio de interés general resulta relevante, pues parecería que este sería el justificante que utilizaría el TJCE para declarar, excepcionalmente, la licitud de una disposición estatal que limita o impide la aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Así, veíamos que en el caso *Ahmed Saeed* es la “misión de interés general” la que justifica para el TJCE que los Estados Miembros adopten medidas que puedan afectar la aplicación de las normas de competencia.

Esto evidencia cómo la defensa de la competencia, aunque es valorada sensiblemente por las autoridades comunitarias europeas, puede ceder en su aplicación frente a la persecución de otros objetivos relevantes para el Mercado Común, como el aseguramiento de la prestación de servicios de interés general<sup>155</sup>.

---

<sup>153</sup> Ídem, p. 21.

<sup>154</sup> Ver Sentencia del TJCE del 19 de mayo de 1993. Asunto *Corbeau*, C-320/91, y Sentencia del TPI del 19 de junio de 1997. Asunto *Air Inter*, T-260/94.

<sup>155</sup> Castillo refiere que el Abogado General Jacobs en el Asunto *Pavlov* (Sentencia del TJCE del 12 de setiembre de 2000, Asunto *Pavlov* C-180/98 a C-184/98) y el Abogado General Léger en los Asuntos *Arduino* y *Wouters*, consideraban que la jurisprudencia era muy rígida “con respecto a medidas públicas que, aun reforzando acuerdos anticompetitivos, pueden haber sido adoptadas en interés público, por lo que proponer introducir la

Resulta pertinente resaltar en este punto las diferencias entre el ordenamiento jurídico comunitario europeo y uno de índole estrictamente nacional como el peruano. Así, el hecho de que el ordenamiento comunitario de defensa de la competencia se aplique a una serie de países no sólo motiva la existencia de una mayor gama de objetivos e intereses, sino que también propicia la adopción de reglas que resulten exigibles tanto a los agentes económicos como a los propios Estados, como es el caso de la doctrina del “efecto útil”, que resulta coherente con la primacía del ordenamiento comunitario sobre las legislaciones nacionales. Así, el contraste entre un ordenamiento comunitario y uno nacional como el peruano deberá ser tomada en cuenta al momento de analizar la posibilidad de adoptar en este último las herramientas jurídicas de protección de la competencia frente a las restricciones públicas, que han sido desarrolladas en el primero de los ordenamientos mencionados.

### **II.3 La experiencia en los Estados Unidos y las respuestas frente a las inmunidades *antitrust* propiciadas o permitidas por el Gobierno.**

Sin duda, los Estados Unidos de América es uno de los países del que se puede extraer la más amplia y rica experiencia de supuestos en los que el Derecho de la Competencia tiene que hacer frente a las intervenciones públicas que pueden limitar o eliminar su aplicación. Son tal vez la experiencia acumulada en la aplicación del Derecho *Antitrust* y la vasta producción jurisprudencial los principales factores que generan que el Derecho estadounidense sea siempre un importante referente en esta materia.

---

posibilidad de justificar comportamientos públicos que en principio son contrarios a los artículos 10 y 81”. CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2005, p. 1380.

El propio sistema de organización federal de los Estados Unidos plantea una amplia variedad de supuestos en los que la actuación pública puede generar problemas desde el ámbito de protección de la libre competencia. En efecto, los diversos niveles de gobierno son fuentes potenciales de restricciones a la competencia y, en lo que nos interesa para efectos de nuestro estudio, de barreras a la aplicación del Derecho *Antitrust*.

En este sub-capítulo revisaremos la jurisprudencia norteamericana sobre la interacción entre las regulaciones sectoriales federales y estatales, de un lado, y las leyes *antitrust* federales, del otro. Asimismo, estudiaremos el uso del aparato estatal como un medio para restringir la competencia, supuesto de hecho que ha dado origen a una inmunidad *antitrust* dirigida a proteger el derecho de petición, de raigambre constitucional.

El objetivo de este estudio será –al igual que en los sub-capítulos precedentes– evaluar los instrumentos jurisprudenciales que se han utilizado en los Estados Unidos para encarar las actuaciones públicas que restan eficacia a las normas *antitrust* y analizar su posible aplicación a la realidad nacional.

#### **A) Las inmunidades *antitrust* de origen federal: la aplicación del Derecho *Antitrust* frente a las regulaciones sectoriales federales<sup>156</sup>**

En el presente apartado nos ocuparemos de la relación que mantienen las diversas regulaciones sectoriales a nivel federal con las normas *antitrust* que, considerando la fuente normativa (Congreso), tienen el mismo alcance<sup>157</sup>.

---

<sup>156</sup> El desarrollo del presente acápite toma como base el trabajo realizado por el autor junto con Fernando Cáceres y Luis Diez Canseco en: CÁCERES, Fernando; CALDERÓN, Andrés y Luis DIEZ CANSECO. *Agencias de Competencia y Organismos Reguladores: Propuestas para una Interacción más Eficiente y Predecible*. Programa de Investigación sobre la Competencia para el Desarrollo Económico International Development Research Centre, Canadá. Sociedad de Economía y Derecho. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009. (inédito).

La relación entre las normas federales sectoriales y las leyes que integran el ordenamiento *antitrust* norteamericano plantea esencialmente la interrogante sobre la primacía normativa y la determinación del órgano competente para conocer algunas conductas que podrían ser consideradas anticompetitivas.

La respuesta a estas interrogantes no se encuentra expuesta en una norma o código, sino que ha sido otorgada por las cortes norteamericanas, en particular, la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha basado su respuesta en la búsqueda de la intención legislativa. De este modo, la jurisprudencia norteamericana ha diferenciado dos supuestos: aquéllos en los que el Congreso ha definido expresamente la primacía de una norma, y otros en los que no hay una solución clara a nivel legislativo. En el primer escenario no se presenta mayor problema pues es clara la opción legislativa adoptada. Así, en algunos casos la regulación sectorial indicará específicamente su primacía sobre las normas *antitrust*<sup>158</sup>, y en otros la propia regulación especificará la concurrencia de las normas sectoriales junto con las de defensa de la competencia<sup>159</sup>, en cuyo supuesto la entidad sectorial federal y las Cortes aplicarán sus respectivas leyes.

El segundo tipo de casos es el que presenta el mayor número de controversias que han tenido que ser resueltas por las cortes de los Estados Unidos. Se da frecuentemente cuando existe un total silencio por parte de la legislación sectorial o cuando éstas indican de manera general o poca clara alguna primacía sobre las leyes *antitrust*, supuesto en el cual las Cortes deberán determinar si esta opción

---

<sup>157</sup> El conjunto normativo de defensa de la competencia norteamericano está compuesto por la *Sherman Act* (1890), la *Clayton Act* (1914), la *Federal Trade Commission Act* (1914) y la *Robinson-Pactman Act* (1950), que se encuentran compendiados en el Chapter 15 del U.S. Code.

<sup>158</sup> Un ejemplo de este caso es la *Webb-Pomerene Act*, 15 U.S.C. § 62, ejemplo citado en la Sentencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el Asunto *Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al.* No. 05-1157. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit.

<sup>159</sup> Por ejemplo, la *Telecommunications Act* de 1996, 47 U.S.C. § 152.

legislativa abarca el caso concreto de la presunta conducta anticompetitiva denunciada.

En estos casos, resulta frecuente que las empresas denunciadas aleguen la existencia de una primacía implícita de la regulación sectorial para que la conducta no pueda ser enjuiciada a la luz de las leyes *antitrust*<sup>160</sup>. Esto es lo que se conoce como la doctrina de la “inmunidad implícita”.

Los orígenes de esta doctrina pueden remontarse hasta los años 30 del siglo pasado. En *United States v. Borden*<sup>161</sup>, la Corte Suprema declaró que los demandados, que habían incurrido en prácticas de concertación del precio y volumen de leche (puesto en el Medio Oeste), no gozaban de inmunidad *antitrust* en base a la *Agricultural Marketing Agreement Act* de 1937 o la *Capper-Volstead Act*. De un lado, consideró que la jurisdicción del Ministerio de Agricultura, en virtud de la *Capper-Volstead Act*, no impedía el escrutinio *antitrust*. Del otro, concluyó que si bien los acuerdos de marketing sobre leche debían ser aprobados por el Ministro de Agricultura, no había una repugnancia positiva (*positive repugnancy*) entre dicha norma y la ley *antitrust*, por lo que el esquema regulatorio no impedía la aplicación de las prohibiciones y sanciones de la *Sherman Act*.

En un caso posterior, *Georgia v. Pennsylvania Railroad Co.*<sup>162</sup>, el Tribunal consideró que la conspiración de los denunciados para fijar las tarifas de transporte ferroviario interestatal tampoco gozaba de inmunidad *antitrust*. Ello, dado que si bien la *Interstate Commerce Commission* (ICC) fijaba las tarifas, no contaba con autoridad regulatoria para permitir conspiraciones entre las compañías ferroviarias, es decir, no había repugnancia entre las normas *antitrust* y la autoridad de la ICC.

---

<sup>160</sup> Cf. SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. Minnesota: West Group, 2000, p. 138.

<sup>161</sup> *United States v. Borden Co.*, 308 U.S. 188 (1939).

<sup>162</sup> *Georgia v. Pennsylvania Railroad Co.*, 324 U.S. 439 (1945).

Uno de los pocos casos antiguos en el que el Tribunal Supremo sí otorgó inmunidad implícita fue en *Pan American World Airways v. United States*<sup>163</sup>, en el cual se consideró que el reparto de rutas de transporte aéreo hacia Sudamérica y Centroamérica, realizado por las denunciadas, se encontraba inmune al escrutinio *antitrust* debido al intrusivo esquema regulatorio previsto en la Ley de Aeronáutica Civil de 1938<sup>164</sup>. La Corte consideró que el esquema regulatorio había modificado el sistema competitivo, además que la *Civil Aeronautics Board* (CAB) tenía el poder para aprobar, modificar y prohibir conductas como aquélla en la que incurrieron los demandados, teniendo, por lo tanto, jurisdicción exclusiva.

En *United States v. Philadelphia National Bank*<sup>165</sup>, la Corte Suprema estableció que una fusión aprobada por el *Currency Comptroller* no era implícitamente inmune a las leyes *antitrust*, debido a que la autoridad regulatoria del *Comptroller* no incluía la defensa de la competencia, y la industria bancaria, por otra parte, no se encontraba sujeta a una regulación intrusiva. En dicha oportunidad, el Tribunal estableció que el desplazamiento excepcional de las leyes de competencia por estatutos regulatorios sólo puede admitirse en casos de “clara repugnancia entre los preceptos *antitrust* y regulatorios”<sup>166</sup>.

En *Otter Tail Power Co. v. United States*<sup>167</sup>, la Corte Suprema tampoco confirió la inmunidad implícita a una compañía acusada de monopolizar el mercado de distribución minorista de energía eléctrica en partes de Minnesota y Dakota del Norte y del Sur. Ello debido a que la autoridad regulatoria, la *Federal Power*

---

<sup>163</sup> *Pan American World Airways v. United States*, 371 U.S. 296 (1963).

<sup>164</sup> *Civil Aeronautics Act*.

<sup>165</sup> *United States v. Philadelphia National Bank* 374, U.S. 321 (1963).

<sup>166</sup> Ídem.

<sup>167</sup> *Otter Tail Power Co. v. United States* 410 U.S. 366 (1973).

*Comission* (FPC), no había ejercido su autoridad regulatoria para obligar a que se realizara la interconexión de redes en cuestión.

Los casos que terminaron por dar forma a la doctrina de la inmunidad implícita estaban vinculados a la regulación del mercado de valores, que disponía una fuerte intervención de la *Securities and Exchange Comission* (SEC) para controlar la actividad autorregulatoria de las Bolsas de Valores. El primer caso vinculado a este mercado en el que se discute la inmunidad *antitrust* implícita es *Silver v. New York Stock Exchange*<sup>168</sup>. En este caso, los accionantes, dos corredores de bolsa que no eran parte de la Bolsa de Valores de New York, habían acordado con esta última el acceso telefónico directo a información necesaria para participar en la Bolsa de Valores, conforme lo estipulaba la *Securities Exchange Act* de 1934. Posteriormente, y sin previo aviso ni un procedimiento debido, la Bolsa de Valores de New York interrumpió la conexión, expulsando de esta forma a Silver de la Bolsa. Frente a la alegación de inmunidad implícita por parte de los demandados, la Corte Suprema declaró que no había incompatibilidad entre la *Securities Exchange Act* y la *Sherman Act*, y que las capacidades de autorregulación otorgadas a las Bolsas de Valores no admitían conductas como la denunciada. Así, aun cuando el Tribunal aceptó que en situaciones de conflicto entre las normas *antitrust* y los regímenes regulatorios resultaba necesario reconocer la inmunidad *antitrust* implícita, esta respuesta era una excepción y sólo debía ser admitida si resultaba “necesaria para el funcionamiento de la *Securities Exchange Act*, e incluso sólo en la extensión mínima necesaria”<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> *Silver v. New York Stock Exchange* 373 U.S. 341 (1963).

<sup>169</sup> Traducción libre de: “[r]epeal of the antitrust laws is to be regarded as implied only if necessary to make the Securities Exchange Act work, and even then only to the minimum extent necessary”. *Silver v. New York Stock Exchange*, 373 U.S. 341 (1963).

En *Gordon v. New York Stock Exchange*<sup>170</sup>, los demandantes, en representación de pequeños inversionistas, demandaban a la Bolsa de Valores de Nueva York y otras bolsas por el sistema concertado de fijación de tarifas de comisión cobradas por los corredores de bolsa. Sin embargo, la Corte estimó que el Congreso había otorgado a la SEC la posibilidad de fijar tarifas razonables de comisiones. En tal sentido, la Corte consideró que las normas que regulaban el mercado de valores implícitamente imposibilitaban la aplicación de las normas *antitrust* en dicho caso y que, de otra forma, las Bolsas de Valores y sus miembros tendrían que enfrentarse a estándares contradictorios entre la SEC y las Cortes. A diferencia de lo que sucedía en *Silver*, que también involucraba la intervención de la SEC, la Corte consideró que en *Gordon* la SEC sí contaba con la autoridad específica para aprobar o permitir la conducta denunciada y que, efectivamente, dicha autoridad había sido ejercida, al haber estudiado continuamente los efectos de las comisiones acordadas en el mercado de intercambio de valores y requerido formalmente a las Bolsas de Valores que modifiquen sus tarifas cuando determinaba que ello resultaba conveniente para la industria<sup>171</sup>.

Finalmente, en *United States v. National Association of Securities Dealers Inc. (NASD)*<sup>172</sup>, la Corte se enfrentaba ante la demanda interpuesta contra las compañías de fondos mutuos y los comerciantes y corredores de bolsa, que habían acordado entre sí (acuerdos horizontales y acuerdos verticales) los precios de reventa de fondos mutuos, es decir, los precios a los que los comerciantes y corredores venderían o comprarían la participación en los fondos mutuos a los inversionistas. Por un lado, la Corte consideró que la regulación sectorial emitida por el Congreso (*Investment Company Act*) autorizaba a la SEC para permitir

---

<sup>170</sup> *Gordon v. New York Stock Exchange, Inc.*, 422 U.S. 659 (1975).

<sup>171</sup> Cf. KAHN, Jacob. "From Borden to Billing: Identifying a uniform approach to implied *antitrust* immunity from the Supreme Court's precedents", en: 83 *Chi.-Kent Law Review* 1439, 2008, p. 5.

<sup>172</sup> *United States v. National Association of Securities Dealers Inc.*, 422 U.S. 694 (1975).



acuerdos de esta naturaleza, por lo que concluyó que había inmunidad *antitrust* implícita. Por otro lado, en lo que respecta a los acuerdos horizontales, la Corte consideró que la norma regulatoria en cuestión no había autorizado a la SEC para permitir o supervisar dicha conducta, sin embargo, sí otorgó inmunidad implícita debido a la intrusiva autoridad regulatoria de la SEC, que exigía que la asociación de comerciantes obtenga la aprobación de sus reglas operativas por parte de la SEC, pudiendo esta última incluso modificar dichas reglas. Así, a criterio de la Corte, la inmunidad implícita resultaba necesaria para garantizar la autoridad regulatoria de la SEC y el funcionamiento del esquema regulatorio en su conjunto.

La jurisprudencia de la Corte Suprema admitía, entonces, la inmunidad *antitrust* implícita aun sin desarrollar criterios, de manera uniforme y sistematizada, para acoger esta doctrina. Sin embargo, este panorama cambiaría con el más reciente fallo en el caso *Credit Suisse Securities (USA) LLC v. Billing*<sup>173</sup>. En este caso, la Corte debía resolver la demanda contra diez bancos de inversión que actuaban como aseguradoras (*underwriters*) en la comercialización de diversos valores. Estas empresas habían acordado vender acciones únicamente a quienes se comprometieran a comprar posteriormente acciones adicionales a precios superiores (*laddering*), a pagar comisiones inusualmente altas en futuras compras de valores y a comprar otros valores menos atractivos (*tying*)<sup>174</sup>.

En este caso, según el Tribunal Supremo, la aplicación de la regulación federal del mercado de valores impediría aplicar las prohibiciones contenidas en el Derecho de defensa de la Competencia, operando una exención implícita. Para ello, la Corte Suprema revisó la jurisprudencia emitida previamente, en particular sus fallos en *Gordon* y *NASD*, y concluyó que deben concurrir cuatro requisitos a efectos de

---

<sup>173</sup> *Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al.* No. 05-1157. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit.

<sup>174</sup> Cf. MARCOS, Francisco. “¿Hacia una reformulación del Derecho de Defensa de la Competencia por el Tribunal Supremo Norteamericano?”, en: *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 25, Febrero 2009, p. 73.

determinar la existencia de una inmunidad implícita frente a las leyes de competencia:

- (i) que exista una autoridad regulatoria que supervise las conductas en cuestión;
- (ii) que exista evidencia de que dicha entidad regulatoria ejerce su autoridad;
- (iii) que haya riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia; y,
- (iv) que el mercado regulado pueda verse afectado por esta contradicción<sup>175</sup>.

El pronunciamiento de la Corte Suprema otorga cierta claridad sobre los criterios que deberían cumplirse para concluir que una norma regulatoria ha desplazado implícitamente la aplicación de las normas *antitrust* (aunque también podría señalarse que la sentencia de la Corte se restringiría únicamente a los supuestos de conflicto entre las normas del mercado de valores y las leyes de competencia).

Sin perjuicio de ello, a nivel doctrinario se debate cuál es el fundamento o qué tipo de casos son los que justifican la doctrina de la inmunidad implícita. Así, por ejemplo, a partir de una revisión de la jurisprudencia norteamericana sobre este tema, Handler, Blake, Pitfosky y Goldschmid encuentran tres supuestos que podrían justificar la primacía de las normas regulatorias y la consecuente inmunidad implícita de las leyes *antitrust*<sup>176</sup>:

---

<sup>175</sup> “Moreover, Gordon and NASD, in finding sufficient incompatibility to warrant an implication of preclusion, have treated the following factors as critical: (1) the existence of regulatory authority under the securities law to supervise the activities in question; (2) evidence that the responsible regulatory entities exercise that authority; and (3) a resulting risk that the securities and antitrust laws, if both applicable, would produce conflicting guidance, requirements, duties, privileges, or standards of conduct. We also note (4) that in Gordon and NASD the possible conflict affected practices that lies squarely within an area of financial”. *Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al.* No. 05-1157. Certiorari to the united states court of appeals for the second circuit.

<sup>176</sup> Traducción libre de: “Implied immunity from antitrust laws is not favored even in highly regulated industries. However, an inference of implied immunity will be made where Congressional intent is clear. Such an inference

La inmunidad implícita de las leyes antitrust no es favorecida incluso en industrias altamente reguladas. Sin embargo, será inferida la inmunidad implícita cuando la voluntad del Congreso es clara. Dicha inferencia puede surgir de: (1) la necesidad de evitar un conflicto irreconciliable entre la ley regulatoria y las leyes antitrust (necesidad); (2) un esquema regulatorio penetrante (*pervasiveness*); o (3) el carácter autorregulatorio de dicho esquema (autorregulación).

El justificante de la “necesidad” se aplica cuando una agencia regulatoria, que ejercita claramente su autoridad, ha hecho una determinación explícita con relación a la conducta o acto cuestionados (a diferencia de una afirmación de la autoridad sobre la materia general) de un modo tal que el cumplimiento de las normas antitrust sería inconsistente con la decisión regulatoria. El criterio de la “*pervasiveness*” se aplica cuando la regulación de una industria es tan extensa que se asume que el Congreso tuvo la intención de reemplazar los mecanismos del mercado con decisiones administrativas. El razonamiento detrás de la excepción de la “autorregulación” es que el Congreso pretendió que grupos empresariales privados tomaran concertadamente decisiones bajo la supervisión regulatoria, reemplazando el mecanismo del mercado.

Las citas y criterios jurisprudenciales antes expuestos nos permiten apreciar diversos casos en los que la Corte Suprema ha inferido que la voluntad del Congreso ha sido otorgar una primacía a la regulación por encima de las leyes *antitrust*, sea porque exista una clara contradicción entre los efectos de aceptar el

---

may arise from (1) the necessity to avoid irreconcilable conflict between the regulatory act and the antitrust laws (necessity); (2) the pervasiveness of the regulatory scheme (*pervasiveness*); or (3) the self-regulatory character of that scheme (self-regulation).

The “necessity” justification applies when a regulatory agency, exercising clear statutory authority, has made an explicit determination with respect to the challenged act or practice (as distinguished from an assertion of authority over the general subject matter) in such a way that antitrust enforcement would be inconsistent with the regulatory decision. The “*pervasiveness*” criterion applies when regulation of an industry is so extensive that Congress is assumed to have intended to replace market mechanisms with administrative decisions. The rationale behind the “self-regulatory” exception is that Congress intended private industry groups to make decisions in concert under regulatory supervision, supplanting the market mechanism”. HANDLER, Milton y otros. *Cases and Materials on Trade regulation*. Third Edition. New York: The Foundation Press, 1990, p. 1068.

mandato paralelo de ambos cuerpos normativos o porque, aun sin ser evidente la existencia de resultados contradictorios, es clara la voluntad legislativa de reemplazar el mecanismo del mercado por los mecanismos de regulación.

Sin embargo, la Corte se ha mostrado reacia a admitir la inmunidad implícita cuando no se pueda inferir esta voluntad clara por parte del Congreso. En este sentido, frente al silencio legislativo, como regla general, se deberá optar por admitir la compatibilidad y aplicación de ambos cuerpos normativos o, en último caso, aceptar la primacía de las normas sectoriales sólo en la medida que resulte necesaria para garantizar la efectividad del modelo regulatorio.

Cuando se admite la subsistencia y compatibilidad de las normas *antitrust* y las leyes regulatorias sectoriales, las empresas se encontrarán sujetas a las obligaciones que se deriven independientemente de cada uno de dichos ordenamientos. El pronunciamiento del Tribunal Supremo en el caso *Trinko*<sup>177</sup> puede ayudarnos a ilustrar este razonamiento.

Trinko denunció que Verizon, un operador dominante del servicio portador local de telecomunicaciones en el Estado de New York, se había negado a atender (o había atendido tardíamente) las solicitudes de acceso a los soportes de sus sistemas operativos efectuadas por las empresas competidoras, generando un efecto exclusorio en el mercado. Estos hechos motivaron la denuncia contra Verizon por trasgredir la obligación de compartir su red impuesta por el § 251 de la *Telecommunications Act* (1996), así como por desarrollar actos de monopolización sancionables por el § 2 de la *Sherman Act*.

En este contexto, la Corte debía analizar si se aplicaba la doctrina de la inmunidad implícita de la ley *antitrust*, por la cual primaría la ley sectorial, la *Telecommunications Act*, y no se podría aplicar, consecuentemente, la *Sherman*

---

<sup>177</sup> *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. 540 U.S. 398 (2004).

Act. La Corte no admitió la inmunidad implícita, atendiendo a la declaración específica de la Sección 601(b) de la *Telecommunications Act* que disponía que “nada en esta Ley o en sus modificaciones debe ser entendida en el sentido de modificar, perjudicar o reemplazar la aplicación de las leyes antitrust”<sup>178</sup>. Así, el Tribunal declaró que ambos cuerpos normativos podían teóricamente aplicarse sobre una misma conducta, siempre que se tratara de infracciones independientes (y no derivadas una de la otra).

No obstante, luego de hacer una revisión de los *leading cases* norteamericanos para los casos de negativas de trato (*refusals to deal*), el Tribunal concluyó que no había una obligación independiente -distinta de la regulatoria- por la que Verizon debiera otorgar acceso a sus redes, por lo que no había sustento para la demanda *antitrust*:

En el presente caso, por contraste, los servicios que habrían sido denegados no son ofrecidos al público. La obligación de compartir impuesta por la Ley de 1996 creó “algo nuevo” – el mercado mayorista para el alquiler de redes (...) son ofrecidos por mandato de la Ley de 1996 y no son ofrecidos a los consumidores sino a los competidores, a un esfuerzo y costo considerables<sup>179</sup>.

De este modo, la Corte concluyó que, en el presente caso, debido a las extensas provisiones de la *Telecommunications Act* de 1996 y a la ausencia de un deber de ayudar a los competidores que surja de los principios *antitrust*, resultaba innecesario

---

<sup>178</sup> Traducción libre de: “nothing in this Act or the amendments made by this Act shall be construed to modify, impair or supersede the applicability of any of the antitrust laws”. Sección 601(b) de la *Telecommunications Act* de 1996, 110 Stat. 143, 47 U.S.C. § 152, note.

<sup>179</sup> Traducción libre de: “In the present case, by contrast, the services allegedly withheld are not otherwise marketed or available to the public. The sharing obligation imposed by the 1996 Act created “something brand new” –“the wholesale market for leasing network elements” (...); they are brought out on compulsion of the 1996 Act and offered not to consumers but to rivals, and at considerable expense and effort”. *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*. 540 U.S. 398 (2004)

crear una doctrina judicial de acceso forzado. Por último, la Corte señaló in dicta que:

un factor de particular importancia es la existencia de una estructura regulatoria diseñada para desincentivar y remediar el daño anticompetitivo. Donde existe tal estructura, el beneficio adicional a la competencia que provee el cumplimiento de las leyes antitrust tenderá a ser pequeño, y será menos plausible que las leyes antitrust contemplen tal escrutinio adicional<sup>180</sup>.

En el mismo sentido, el pronunciamiento de la Corte de Apelaciones del Primer Circuito en el caso *Concord v. Boston Edison Co.*, también citado en *Trinko*, señala: “la regulación disminuye significativamente la probabilidad de un mayor daño antitrust”<sup>181</sup>.

Del pronunciamiento de la Corte en el caso de *Trinko* puede extraerse como regla general que tanto la regulación sectorial como las normas *antitrust* pueden aplicarse en paralelo, pero siempre que los hechos generen infracciones independientes entre sí. Asimismo, este caso evidencia la percepción negativa de la Corte a admitir la existencia de infracciones regulatorias y *antitrust* independientes, cuando existe una amplia estructura regulatoria diseñada para hacer frente a la misma conducta que se imputa como anticompetitiva.

Recientemente, la Corte profundizó su pronunciamiento en *Trinko* en el caso *Pacific Bell v. Linkline (Pacific Bell)*<sup>182</sup>. El demandante, Linkline, representaba a un conjunto

---

<sup>180</sup> Traducción libre de: “One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny”. *Ibidem*.

<sup>181</sup> Traducción libre de: “regulation significantly diminishes the likelihood of major antitrust harm”. *Town of Concord v. Boston Edison Co.*, 915 F. 2d 17, 25 (CA1 1990).

<sup>182</sup> *Pacific Bell Telephone Co., Dba AT&T Cali-Fornia, Et Al. v. Linkline Communications, Inc., Et Al.* Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.

de proveedores independientes de internet que competía con AT&T en el mercado minorista de DSL (banda ancha)<sup>183</sup>, quien demandó a AT&T por adoptar una estrategia de pinzamiento de precios (*price squeeze*) en la provisión del servicio mayorista portador de transporte de la señal DSL, con el objetivo de favorecer su propia actividad económica en el servicio minorista de provisión de DSL.

La *Federal Communications Commission* (FCC) había impuesto previamente a AT&T (como condición para permitir una reciente operación de concentración) la obligación de proveer el servicio mayorista de transporte de DSL a operadores independientes, a un precio no mayor que el precio minorista que cobraba AT&T por su servicio DSL. Frente a la demanda, AT&T alegaba que la decisión de la Corte Suprema en *Trinko* impedía la pretensión de Linkline. Si bien tanto la Corte Distrital como la Corte de Apelaciones reconocieron que bajo *Trinko* no había ningún deber *antitrust* de contratar con sus competidores, no se rechazó la pretensión de Linkline, dado que ésta involucraba una demanda por pinzamiento de precios, supuesto que no estaba inmerso en la decisión de *Trinko*.

Una conducta de pinzamiento de precios requiere que una empresa dominante opere en un mercado mayorista (aguas arriba) y un mercado minorista (aguas abajo). En el mercado mayorista, el dominante vende un insumo a un competidor del mercado minorista, a un precio tal que dicho competidor obtiene un mínimo o inexistente margen de ganancias, es decir, se incrementan sus costos. En tal sentido, la Corte en *Pacific Bell*, se dedica a analizar si puede proceder una demanda de *price squeeze* cuando el demandado no tiene un deber de contratar con el competidor minorista bajo las leyes *antitrust*.

Así, la Corte consideró que el razonamiento en *Trinko* se aplicaba también a *Pacific Bell*, puesto que “una firma sin un deber *antitrust* de contratar en el mercado mayorista, tampoco tiene obligación de contratar bajo términos y condiciones

---

<sup>183</sup> Método para conectarse a internet a mayor velocidad utilizando líneas telefónicas.

favorables a sus competidores”<sup>184</sup>. En este orden de ideas, la Corte relaciona *Trinko* con *Pacific Bell*, puesto que en el primer caso se alegaba que Verizon otorgaba malas condiciones en su transacción en términos de calidad, mientras que en el segundo *Pacific Bell* otorgaba condiciones desfavorables en términos de precios. Así, el Tribunal considera que, en ambos casos, el marco regulatorio (*Telecommunications Act*, en un caso, y el mandato de la FCC, en el otro) genera una obligación independiente que no puede ser trasladada a las leyes *antitrust*, que no contienen una obligación de colaborar con los competidores, por lo que, aun cuando admite la subsistencia de ambos cuerpos normativos, considera que no existe una pretensión *antitrust* amparable.

En resumen, la postura del Tribunal Supremo norteamericano ha sido atender a la voluntad del legislador para definir en qué casos las normas *antitrust* deben retroceder frente a las regulaciones sectoriales de alcance federal, teniendo en consideración aspectos como los posibles conflictos que podrían surgir entre ambas normas y la existencia de un esquema regulatorio intrusivo que haga innecesaria la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

Sin perjuicio de ello, en la jurisprudencia norteamericana, la doctrina de la inmunidad *antitrust* implícita aparece como una excepción a la regla de la compatibilidad de las normas *antitrust* y las regulaciones sectoriales. En este contexto, la aplicación paralela de ambos cuerpos normativos –en caso no se admita la existencia de una inmunidad implícita– resulta legalmente posible, pero siempre que los hechos generen infracciones independientes entre sí.

---

<sup>184</sup> Traducción libre de: “a firm with no antitrust duty to deal in the wholesale market has no obligation to deal under terms and conditions favorable to its competitors”. *Pacific Bell Telephone Co., Dba AT&T Cali-Fornia, Et Al. v. Linkline Communications, Inc., Et Al.* Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit.



## **B) Las inmunidades *antitrust* de origen estatal: La doctrina de la *State Action***

Las normas de defensa de la competencia en los Estados Unidos de América o, simplemente, las leyes *antitrust*, tienen alcance en todo el territorio federal, esto es, se aplican en los cincuenta Estados.

Como se señaló en el primer capítulo del presente trabajo, la *Sherman Act* surgió como una respuesta a los efectos nocivos que se verificaban como consecuencia de la centralización del poder de las empresas privadas. Esta norma tenía por objeto limitar las actividades de las empresas destinadas a acumular un mayor poder de mercado, sea a través de las combinaciones o *trusts* o por medio de la monopolización o intentos de monopolización.

Sin embargo, con el desarrollo de la actividad económica en los Estados Unidos nacieron también las primeras preocupaciones por la afectación al proceso competitivo que provenían no directamente de los propios participantes en el mercado, sino de entidades públicas que a través de sus regulaciones limitaban las posibilidades de competir en el mercado y, en algunos casos, permitían directa o indirectamente la adopción de las propias prácticas que las normas *antitrust* prohibían debido a los efectos perjudiciales que producían sobre los consumidores. Un primer tipo de normas que entraban en conflicto con las leyes *antitrust* corresponde a regulaciones federales que se establecían para algunos sectores de la economía y que ya hemos revisado en el acápite precedente. El segundo tipo de regulaciones y que corresponde estudiar en este momento es el que proviene de los gobiernos estatales.

A inicios de la década de los cuarenta, Porter Brown, un distribuidor de pasas, cuestionaba una regulación del estado de California por la que se restringía la

competencia entre los productores de pasas y se permitía la fijación de los precios de venta de dichos productos agrícolas<sup>185</sup>.

Éste es el caso que pasaría a la historia del Derecho *Antitrust* norteamericano como el caso *Parker v. Brown*<sup>186</sup>, y en el que nace la doctrina de la *State Action*. En este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos concluyó que las normas *antitrust* tenían por objeto enjuiciar las conductas anticompetitivas llevadas a cabo por los particulares y no las medidas estatales que pudieran restringir el comercio. Así, señala la Corte Suprema que “nada en el lenguaje de la Sherman Act o en su historia (...) sugiere que su propósito era el de restringir la actividad legislativa de un estado, sus oficiales o agentes”<sup>187</sup>.

Bajo el principio aprobado en *Parker v. Brown* por la Corte Suprema es que surge esta suerte de inmunidad *antitrust*, por la cual los agentes privados podrían ser virtualmente exonerados de la comisión de conductas anticompetitivas cuando contaran con el amparo de alguna regulación estatal.

Si bien el germen de la *State Action* surge con *Parker v. Brown*, los diversos y complejos contornos de dicha doctrina se van desarrollando en posteriores pronunciamientos de la Corte Suprema norteamericana, los mismos que resultaban necesarios puesto que una concepción demasiado amplia de la *State Action* podría restar la eficacia de las normas *antitrust* norteamericanas, al permitir el surgimiento y desarrollo de diversos casos de inmunidades.

---

<sup>185</sup> Cf. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP. *Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems*. 4<sup>th</sup> Edition. Virginia: Lexis Law Publishing, 1999, p. 1033.

<sup>186</sup> *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341 (1943).

<sup>187</sup> Traducción libre de: “nothing in the language of the Sherman Act or in its history (...) suggest that its purpose was to restrain a state or its officers or agents from activities directed by its legislature”. *Ibidem*, recogido en SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, *Op. Cit.*, p. 1034.

El primer parámetro a la doctrina de la *State Action* se encuentra en la propia sentencia del caso *Parker v. Brown*, en el que la Corte Suprema distingue entre dos tipos de medidas estatales: (i) aquéllas en las que el Estado simplemente autoriza a agentes privados a actuar anticompetitivamente y (ii) aquéllas donde el Estado por sí mismo regula el comercio y, en un contexto de contradicción o choque entre la regulación estatal y las normas *antitrust* federales, se hace necesaria la inmunidad<sup>188</sup>. Para la Corte Suprema, sólo en el segundo escenario podría aplicarse la inmunidad de la doctrina del *State Action*<sup>189</sup>.

Evidentemente, admitir que cualquier norma estatal pudiera directa y simplemente admitir la comisión de una conducta anticompetitiva, iría en contra del sistema federal *antitrust* norteamericano, en el que debe primar, en principio, las regulaciones federales<sup>190</sup>. La doctrina de la *State Action* no se deriva de alguna supuesta supremacía estatal sobre las normas federales, sino de reconocer la soberanía estatal para regular el comercio –y no para simplemente dejar de lado la norma federal *antitrust*–<sup>191</sup>. Por ello, no cualquier regulación estatal tendrá como consecuencia la inmunidad frente a las leyes de defensa de la competencia.

---

<sup>188</sup> Ver nota a pie de página 186.

<sup>189</sup> Cf. SEMERARO, Steven. “Demystifying *Antitrust* State Action Doctrine”, en: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Fall 2000; 24,1. ProQuest Legal, p. 210.

<sup>190</sup> “Todas las regulaciones de los gobiernos locales y estatales se encuentran sujetas a la limitación impuesta por la Cláusula de Supremacía de la Constitución de que serán derrotadas, o superadas, por la legislación federal inconsistente. La doctrina de la primacía en el contexto antitrust considera simplemente si dicha regulación es tan inconsistente con la política federal antitrust que una debe ceder frente a la otra. Ordinariamente, la regulación local o estatal cede”. Traducción libre de: “All state and local government regulation is subject to the limitation imposed by the Supremacy Clause of the Constitution that it will be trumped, or preempted, by inconsistent federal legislation. The preemption doctrine in the antitrust context simply considers whether such regulation is so inconsistent with federal antitrust policy that one must give way to the other. Ordinarily, the state or local regulation gives way”. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1027.

<sup>191</sup> Por ello, se dice que “(...) el cimiento de esta doctrina descansa en el discernimiento del compromiso de cada estado para regular”. Traducción libre de: “(...) the foundation of the doctrine lies in discernment of the

Tal vez el principal hito jurisprudencial sobre el desarrollo de la *State Action* tiene ocasión con la sentencia de la Corte Suprema en el Asunto *Midcal*<sup>192</sup>. En este caso, Midcal Aluminium, un distribuidor de vino, cuestionaba la regulación del Estado de California que establecía un sistema de fijación del precio de venta de los distribuidores mayoristas de vino que vulneraba la *Sherman Act*. En dicha oportunidad, la Corte Suprema estableció que para lograr la inmunidad de la doctrina de la *State Action* se requería el cumplimiento de dos requisitos: (i) una política estatal claramente articulada; y, (ii) una supervisión activa por parte del propio Estado.

Así, en el caso concreto de *Midcal*, la Corte Suprema concluyó que, aunque la regulación californiana era clara en su propósito de permitir el mantenimiento del precio de venta de los distribuidores mayoristas, no se cumplía con el segundo requisito para la inmunidad *antitrust*, consistente en la supervisión activa estatal. Por el contrario, la Corte apreciaba que el Estado de California simplemente autorizaba la fijación del precio por parte de los particulares y no revisaba la razonabilidad de la programación de los precios, por lo que no se cumplía con el segundo requisito para la inmunidad<sup>193</sup>.

Estos requisitos buscan verificar que la norma estatal que desplaza la aplicación de las normas *antitrust* federales responda realmente a una política conscientemente adoptada, y no sea, en realidad, un mecanismo para otorgar inmunidad a favor de los particulares. Dado que la doctrina busca garantizar la soberanía estatal de regulación del comercio, debe cuidarse que esta norma estatal responda realmente a intereses públicos y no a intereses privados que tengan por objeto eximirse del respeto de la competencia en el mercado.

---

state's own commitment to regulate". HOVENKAMP, Herbert. *Federalism and Antitrust Reform*. University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 05-24. October 2005, p. 9.

<sup>192</sup> *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc.* 445 U.S. 97 (1980).

<sup>193</sup> Cf. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1035-1036.

En este orden de ideas, en el Asunto *Cantor v. Detroit Edison Co.*<sup>194</sup>, la Corte sostuvo que la defensa de la *State Action* sólo era permisible para medidas estatales oficiales llevadas a cabo por agentes estatales. De esta afirmación, algunos autores como Sullivan y Hovenkamp han interpretado que, implícitamente, la Corte habría desestimado la inmunidad de la *State Action* a favor de medidas adoptadas por agentes privados que detentaran una potestad pública por un mandato estatal<sup>195</sup>. Es decir, según los referidos autores, la doctrina del *State Action* no sería aplicable cuando la regulación estatal hubiera sido emitida por un organismo de autorregulación.

La interpretación realizada por los referidos autores sería un poco extrema pues si bien es clara la preocupación de la Corte porque la defensa de la *State Action* no sea usada en beneficio de intereses privados, no se ha concluido expresamente que cualquier supuesto de autorregulación no pueda merecer la inmunidad *antitrust*. En el Asunto *Ticor Title*<sup>196</sup>, la Corte pone énfasis en esta preocupación de que la medida estatal responda realmente al interés público, de lo que extrae la necesidad del cumplimiento estricto del requisito de la “supervisión activa” expuesto en *Midcal*.

Los estudiosos norteamericanos han prestado mucha atención a los intereses, públicos o privados, que motivan algunas regulaciones estatales que podrían generar la inmunidad *antitrust* de la doctrina de la *State Action*. El vertiginoso devenir de la teoría del *public choice* ha aportado mucho en esta discusión. Así, existen estudiosos que, tomando como base esta teoría, han criticado la verdadera existencia de intereses públicos detrás de las medidas estatales que, regulando el comercio, buscan lograr la inmunidad *antitrust*. Ello los ha llevado a proponer una

---

<sup>194</sup> *Cantor v. Detroit Edison Co.* U.S. 579 (1976).

<sup>195</sup> Cf. SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP, Op. Cit., p. 1035-1036.

<sup>196</sup> *FTC v. Ticor Title Ins. Co.*, 504 U.S. 621 (1992).

limitación de la doctrina de la *State Action* o incluso a eliminarla en casos de captura regulatoria<sup>197</sup>.

De otro lado, también siguiendo la teoría del *public choice*, hay autores como Hovenkamp que sostienen que la inmunidad de la doctrina *State Action* no correspondería cuando quienes adoptan la decisión o medida estatal son realmente agentes privados. De esta forma, distingue dos supuestos de captura regulatoria: cuando el Estado efectivamente adopta una medida a favor del interés de algún grupo de empresarios, y cuando son los propios agentes privados quienes adoptan la medida, gracias a alguna delegación estatal, en cuyo caso no cabría la inmunidad *antitrust*<sup>198</sup>.

En este orden de ideas, también ha habido, en los últimos años, una importante preocupación de los estudiosos norteamericanos sobre lo que consideran una aplicación demasiado amplia de la doctrina de la *State Action* por parte de las Cortes, lo que habría generado que muchas regulaciones estatales garanticen, injustificadamente, la inmunidad *antitrust*<sup>199</sup>.

Esta preocupación también incluyó a la propia autoridad administrativa de defensa de la competencia, la *Federal Trade Commission*, que en el año 2001 inició un proyecto para evaluar el desarrollo de la doctrina de la *State Action*, trabajo que

---

<sup>197</sup> Ver: DELACOURT, John y Todd ZYWICKI. "The FTC and State Action: Evolving Views on the Proper Role of Government", en: *72 Antitrust Law Journal* 1075 (2005). SHEPHARD, John. "A Capture Theory of Antitrust Federalism", en: *99 Harvard Law Review* 713 (1986). ELHAUGE, Einer. "The Scope of Antitrust Process", en: *104 Harvard Law Review* 667 (1991). INMAN, Robert y Daniel RUBINFELD. "Making Sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism", en: *75 Texas Law Review* 1023 (1997).

<sup>198</sup> HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., 2005, p. 7 - 8.

<sup>199</sup> Ver por ejemplo: Ídem, p. 15 - 16; y, MURIS, Timothy. "Clarifying the State Action and Noerr Exemptions", en: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Spring 2004; 27, 2, p. 445 - 446.

concluyó en el año 2003 con la publicación del *Report of the State Action Task Force*<sup>200</sup>.

En dicho documento se recogen las apreciaciones de la FTC sobre los que serían los principales problemas detectados en la aplicación de la referida doctrina. En primer lugar, el Reporte de la FTC concluye que las Cortes no han sido suficientemente estrictas al momento de verificar el cumplimiento del requisito de la “política estatal claramente articulada”. Así, se ha detectado que en algunos casos se ha concluido que cualquier conducta anticompetitiva era un “efecto previsible” por el Estado al momento de otorgar cualquier autorización estatal de carácter general, de lo que se derivaría la existencia de una política estatal consciente. En lo que respecta al segundo requisito de la “supervisión activa”, el Reporte concluye que las Cortes no han brindado unos parámetros precisos para identificar cuándo se produce esta verdadera fiscalización.

Considerando estos problemas y algunas buenas prácticas detectadas en algunos casos resueltos por la Corte Suprema y Cortes inferiores, el Reporte de la FTC presenta algunas recomendaciones. A continuación resumimos las principales:

- a) Reafirmar y reconducir el requisito de la “política estatal claramente articulada” hacia su propósito original, consistente en determinar si un Estado autorizó la conducta anticompetitiva imputada y si el Estado adoptó conscientemente una política destinada a desplazar la competencia, a través de la realización de la conducta (anticompetitiva) investigada.
- b) Clarificar y reforzar los estándares de la “supervisión activa”, indagándose, por ejemplo, si el Estado analizó los hechos relevantes implicados al momento de adoptar la regulación, si existe un registro o archivo de los

---

<sup>200</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION (Office of Policy Planning). *Report of the State Action Task Force*. Setiembre, 2003, disponible en <http://ftc.gov/os/2003/09/stateactionreport.pdf> (página web visitada el 27 de agosto de 2009).

hechos posteriores a la emisión de la regulación que evidencie la existencia de una supervisión, y si existen medidas de procedimiento específicas asociadas a la supervisión.

- c) Poner un mayor énfasis en la “supervisión activa” cuando una entidad estatal actúe como un agente de mercado o cuando exista el riesgo de que la conducta anticompetitiva imputada y permitida por la regulación estatal se haya producido como consecuencia de la búsqueda de intereses de la propia entidad y no de los intereses estatales.
- d) Tomar en consideración los efectos perjudiciales en el comercio interestatal de la regulación estatal.
- e) Adoptar como una excepción a la inmunidad de la *State Action*, el criterio recogido en el Asunto *Town of Hallie*<sup>201</sup>, es decir, que no aplicará la inmunidad en aquellos casos en los que el Estado no participa como un agente regulador sino como un participante más en el mercado.

En línea con algunas de las recomendaciones del Reporte de la FTC, Hovenkamp también propone limitar la aplicación de la inmunidad de la doctrina de la *State Action*, requiriendo para ello que sea clara, sino expresa, la voluntad estatal de admitir la realización de conductas que puedan restringir la competencia<sup>202</sup>.

Bajo este esquema, no bastaría que las Cortes infieran que, al momento de adoptar la decisión estatal, la comisión de conductas anticompetitivas fuera un “resultado previsible”. Al requerirse una mayor claridad en la voluntad estatal que adopta una medida que restrinja la competencia, se podría lograr una mayor transparencia y,

---

<sup>201</sup> *Town of Hallie v. City of Eau Claire*, 471 U.S. 34, 42 (1985).

<sup>202</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., 2005, p. 15 - 18.



consecuentemente, evitar posibles acuerdos entre el Estado y los agentes privados para conseguir una inmunidad *antitrust*.

Del mismo modo, el propio Hovenkamp también propone la inaplicación de la inmunidad de la *State Action* cuando los efectos de la regulación estatal traspasen las fronteras del estado en cuestión, afectando sensiblemente el comercio interestatal<sup>203</sup>.

Podemos apreciar en el devenir de la jurisprudencia norteamericana sobre la *State Action*, así como en las críticas y recomendaciones de los juristas norteamericanos y de las agencias especializadas como la FTC un marcado interés sobre los efectos nocivos que puede generar una concepción muy amplia de esta doctrina. La principal preocupación consiste en la posibilidad de que la *State Action* sea utilizada como un medio para garantizar la inmunidad *antitrust* en beneficio únicamente de los agentes privados sin que exista realmente algún interés público de por medio.

Al nacer la doctrina de la *State Action*, la preocupación de las cortes norteamericanas era la de no restar la soberanía y capacidad de regulación de los Estados, so pretexto del respeto de las normas federales de defensa de la competencia. Con el desarrollo de la jurisprudencia, el interés ha virado en sentido inverso, lo que inquieta ahora es el uso desmedido que puedan otorgar los Estados a esta inmunidad.

El problema de la captura regulatoria no resulta injustificado. Los agentes económicos tienen muchos incentivos para lograr eximirse de responsabilidad por la comisión de conductas anticompetitivas a través de regulaciones estatales. Estas disposiciones estatales son más efectivas en lograr eliminar la competencia que las solas conductas privadas (abuso de posición de dominio o monopolización y prácticas colusorias), pues tienen mayor permanencia y no existe el temor a la detección y sanción por las autoridades de defensa de la competencia. Como nos

---

<sup>203</sup> Cf. Ídem, p. 19 - 20.

recuerda acertadamente Muris, “en la medida que un sistema de competencia logre éxito atacando restricciones privadas, se incrementan los esfuerzos que las empresas destinarán a obtener restricciones públicas”<sup>204</sup>.

Como hemos tenido oportunidad de revisar en los sub-capítulos precedentes, la inquietud sobre los posibles intereses privados que se encuentran detrás de las medidas estatales que restrinjan la competencia es un factor recurrente que se toman en cuenta en otros países u ordenamientos como el Sistema Comunitario Europeo.

### **C) La Doctrina *Noerr-Pennington*: las inmunidades *antitrust* por el ejercicio del derecho de petición**

El tercer criterio jurisprudencial norteamericano que vamos a estudiar es el que corresponde a la relación entre el derecho de petición de los ciudadanos y los efectos anticompetitivos que pueden generarse en su ejercicio.

La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América garantiza el derecho de los ciudadanos a la libertad de expresión, de reunión y de pedir al Gobierno una “reparación de agravios” (*redress of grievances*), lo que se conoce como el “derecho de petición”.

Bajo este marco constitucional, la doctrina *Noerr-Pennington* nace como respuesta jurisprudencial a las controversias que se habían suscitado cuando los particulares habían realizado algún tipo de solicitud o comunicación dirigida a autoridad pública, cuyo efecto podría ser el de restringir la competencia en un determinado mercado y que, por tanto, podría constituir una conducta prohibida por la *Sherman Act*. Así, la doctrina *Noerr-Pennington* surge con el objeto de garantizar el ejercicio de esta

---

<sup>204</sup> Traducción libre de: “(...) as a competition system achieves success in attacking private restraints, it increases the efforts that firms will devote to obtaining public restraints”. MURIS, Timothy. Op. Cit., 2003, p. 2.

libertad a los ciudadanos y a la vez compatibilizarlo con la protección de la libre competencia.

El origen de esta doctrina se remonta al año 1961 con la sentencia de la Corte Suprema en el caso *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc. (o Noerr)*<sup>205</sup>. En este caso, diversas empresas de transportistas por carretera denunciaron la campaña publicitaria emprendida por las compañías ferroviarias dirigidas a monopolizar el mercado de transporte de carga de larga distancia, a través de la adopción de leyes que afectarían al sector de transporte por carretera<sup>206</sup>.

El Tribunal norteamericano denegó la demanda presentada en este caso por considerar que las acciones realizadas por las empresas ferroviarias que buscaban repercutir en el proceso legislativo no estaban sujetas al escrutinio de la *Sherman Act*, sin importar que el objetivo detrás de estas acciones sea dañar a sus competidores:

El derecho de la gente a informar a sus representantes en el Gobierno de sus deseos con relación a la emisión o el cumplimiento de las leyes no puede depender en las motivos que tiene para hacerlo<sup>207</sup>.

---

<sup>205</sup> *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961).

<sup>206</sup> Concretamente se produjo el veto del gobernador del Estado de Pennsylvania a una ley aprobada por el legislativo estatal, que disponía el aumento de los límites de peso permisibles en las autopistas, lo que expandía y beneficiaba el mercado de transporte por carretera. Cf. ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. “La inesperada funcionalidad de un derecho constitucional: el derecho de petición de la primera enmienda Estadounidense y la defensa de la libre competencia”. En: SOSA, Francisco (Coord.). *El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI*. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo II. Valencia: Tirant to blanch, 2000, p. 2743 - 2744.

<sup>207</sup> Traducción libre de: “The right of the people to inform their representatives in government of their desires with respect to the passage or enforcement of laws cannot properly be made to depend upon their intent in doing so”. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961).

La idea central que guía el veredicto de la Corte es que no se puede presumir que el Congreso, al expedir la *Sherman Act*, haya tenido la voluntad de prohibir una conducta protegida por la Primera Enmienda, como el ejercicio del derecho de petición.

Posteriormente, en el caso *United Mine Workers v. Pennington*<sup>208</sup>, la Corte avanzó en el desarrollo de este criterio. En dicha oportunidad, se enjuiciaba la petición de una asociación de trabajadores mineros y un grupo de compañías mineras presentada ante la autoridad estatal del Trabajo.}. Esta iniciativa buscaba imponer un salario mínimo para las compañías mineras que vendieran carbón a la Agencia del Valle de Tennessee, lo que, previsiblemente, limitaría la competencia de los pequeños empresarios locales de carbón. En la misma línea que la sentencia del caso *Noerr*, la Corte señaló que: “Los esfuerzos conjuntos para influir sobre los agentes públicos no violan las leyes antitrust aun cuando intentan eliminar la competencia”<sup>209</sup>.

La importancia de la sentencia en el caso *Pennington* radica en que se amplía el ámbito de protección del derecho de petición a aquellas solicitudes dirigidas a una entidad pública, distinta del Legislativo, encargada de la adopción de una política sectorial.

Estas dos sentencias constituyen el marco esencial de un supuesto adicional de inmunidad *antitrust*: el ejercicio del derecho de petición, el cual puede ser ejercido no sólo ante entidades del Poder Legislativo y Ejecutivo, sino también ante las agencias administrativas y las cortes judiciales, como se precisa en la posterior

---

<sup>208</sup> *United Mine Workers v. Pennington* 381 U.S. 657 (1965).

<sup>209</sup> Traducción libre de: “Joint efforts to influence public officials do not violate the *antitrust* laws even though intended to eliminate competition”. Ídem.

sentencia del caso *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* (o *California Motor*)<sup>210</sup>.

En este caso se denunciaba a un grupo de transportistas por automóvil que habrían conspirado para iniciar diversos procedimientos administrativos y judiciales a nivel estatal y federal contra otras empresas transportistas, con el fin de obstruir las solicitudes de estas últimas para obtener las autorizaciones necesarias para prestar los servicios de transporte en California.

La Corte, en dicha oportunidad, admitió que la protección consagrada en *Noerr* alcanzaba el uso de las vías y procedimientos de las agencias estatales y federales. No obstante, se consideró que el caso particular no alcanzaba dicha protección por encontrarse en uno de los supuestos de excepción que se habían recogido en la propia sentencia del caso *Noerr*, la denominada *sham exception*.

En efecto, la principal limitación a esta inmunidad *antitrust* también fue concebida en el origen de la doctrina y se presentaba en aquellos casos donde la acción de petición “ostensiblemente dirigida a influir la acción gubernamental, es una mera simulación [sham] para cubrir lo que, en realidad, no es más que un intento de interferir directamente con las relaciones empresariales de un competidor”<sup>211</sup>. En este tipo de supuestos, sí resultarían aplicables las obligaciones del Derecho *Antitrust*.

Precisamente en el caso *California Motor* la Corte consideró que la conducta denunciada encajaba dentro de la *sham exception* pues había constatado que los transportistas habían usado algunos mecanismos procesales que no tenían por

---

<sup>210</sup> *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* 404 U.S. 508 (1972).

<sup>211</sup> Traducción libre de: “ostensibly directed toward influencing governmental action, is a mere sham to cover what is actually nothing more than an attempt interfere directly with the business relationships of a competitor”. *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc.* 365 U.S. 127 (1961).

objeto lograr la victoria en los procesos sino demorarlos, lo que constituía un “patrón de acciones repetitivas y sin fundamento”<sup>212</sup>, elemento que podría constituir un indicador de que estamos ante un supuesto de *sham*.

La sentencia del Tribunal Supremo norteamericano en el caso *City of Columbia & Columbia Outdoor Advertising v. Omni Outdoor Advertising* (o *Columbia*) intenta precisar el concepto de *sham*, señalando que esta excepción aplicaría sólo en aquellas peticiones al gobierno que no tengan por objetivo la concreta adopción de una acción estatal, sino que ello sea el pretexto para dañar a un competidor a través del mismo proceso de petición<sup>213</sup>. Es decir, el objetivo real de la solicitud al gobierno debe ser afectar la competencia a través del proceso de petición en sí mismo, con independencia de la acción o decisión que adopte la entidad pública.

Esto no supone que se deba analizar si una empresa, al momento de solicitar una acción gubernamental, tenía la finalidad de restringir la competencia. Como fue aclarado en las sentencias *Noerr y Pennington*, no importa cuál es la razón que motiva a alguien a pedir la acción del gobierno. En efecto, según el Tribunal Supremo norteamericano, es válido el ejercicio del derecho de petición en persecución de un resultado concreto, aun cuando éste sea anticompetitivo. Así, se admite la búsqueda de un resultado anticompetitivo como consecuencia de la acción pública.

El problema surge no cuando se busca que el resultado de la acción pública restrinja la competencia, sino cuando se persigue esta finalidad anticompetitiva a partir del solo movimiento del aparato público, esto es, con la sola acción de la petición y el desarrollo del proceso de decisión pública, con independencia de cuál sea su resultado concreto.

---

<sup>212</sup> Cf. HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., 1999, p. 687.

<sup>213</sup> Cf. Ídem, p. 688.

Como veremos más adelante, cuando nos encontramos en foros de matices más políticos (como el proceso legislativo), el efecto anticompetitivo, por lo general, surgirá con la propia decisión y no con el proceso mismo, a diferencia de otros estadios como el de los procesos judiciales o administrativos en los que ellos en sí mismos pueden afectar la competencia, aun cuando el resultado no restrinja este bien jurídico.

Por ello, es también más probable que se deniegue la inmunidad cuando la acción gubernamental que solicita un particular se aleja más de los foros políticos. Así, por ejemplo, aunque un mayor efecto anticompetitivo puede derivar de una ley que prohíba la competencia en un mercado frente a una serie de denuncias administrativas que tienden a cuestionar el cumplimiento de los requisitos formales de una empresa competidora para obtener las respectivas licencias de operación comercial, existen más probabilidades de que la acción privada dirigida a lograr el primer resultado esté protegida por el derecho de petición que en el segundo escenario, en el que las acciones entabladas podrían haber estado dirigidas esencialmente a retrasar o eliminar la competencia en el mercado.

Así, algunos comentaristas sostienen a partir de la jurisprudencia norteamericana que:

cuanto más permeable, menos reglado y más políticamente dirigido sea el procedimiento público utilizado, más posibilidades tendrá una estrategia anticompetitiva, incluidas aquellas conductas fraudulentas o abusivas, de beneficiarse de la inmunidad<sup>214</sup>.

---

<sup>214</sup> VEGA, Ainhoa. “El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar”, en: *Gaceta Jurídica de la unión europea y la competencia* N° 10. Nueva Época. Julio-agosto 2009, p. 80 La autora hace referencia a HURWITZ, J.D. “Abuse of Governmental Processes, the First Amendment, and the Boundaries of Noerr”, en: *The Georgetown Law Journal*. Vol. 74, 1985-1986, p. 82.

Volviendo al pronunciamiento del caso *Columbia*, en dicha oportunidad, la Corte descartó la alegación de que una conspiración entre un agente público y una empresa pueda constituir un supuesto de *sham exception*<sup>215</sup>, considerando que sería impracticable para el ejercicio del Derecho *Antitrust* identificar e invalidar los *lobbies* que se hubieran generado gracias a los acuerdos logrados con oficiales públicos, reenfocando su atención a los casos en los que la afectación al proceso competitivo se produce “sólo por el proceso de lobby en sí mismo, y no por la acción gubernamental que el lobby persigue”<sup>216</sup>.

La Corte Suprema norteamericana, más allá de definir en qué consistiría la *sham exception* a la doctrina *Noerr-Pennington*, no ha establecido las condiciones específicas que debería cumplir una conducta anticompetitiva para encajar dentro de dicho concepto. No obstante, y sin perjuicio de los diversos criterios adoptados por las cortes inferiores, el Tribunal Supremo sí ha conocido algunos casos de peticiones al gobierno a las que ha calificado como *sham*.

Uno de estos supuestos es el de la litigación sin base razonable o *sham litigation*. El *leading case* sería *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* (o *PRE*). *PRE* operaba un hotel resort en California en cuyas

---

<sup>215</sup> Esta duda se había generado a partir de la sentencia de la propia Corte en el caso *California Motor*, en la que se sugería que una conspiración entre una empresa privada y un oficial público o el intento de sobornar a uno, podría ser tratado como una *sham*. *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* 404 U.S. 508 (1972).

<sup>216</sup> *City of Columbia & Columbia Outdoor Advertising v. Omni Outdoor Advertising* 499 U.S. 365 (1991). La doctrina norteamericana también ha rechazado la teoría de la conspiración como una posible excepción a la doctrina *Noerr Pennington*. En ese sentido tenemos a Álvarez Carreño quien parafraseando a Fischel (FISCHEL, D.R. “Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine”, en: *University of Chicago Law Review*, 45, 1977, p. 115) señala que: “(...) la aceptación de la teoría del conspirador significaría que, aunque los competidores tienen el derecho constitucional de ejercer el derecho de petición ante los poderes públicos, la protección ofrecida por este derecho se perderá si la petición tiene éxito, porque los agentes públicos peticionados pueden ser etiquetados de conspiradoras. Se reconoce así la impracticabilidad de esta excepción y se propugna, por tanto, su no acogimiento a nivel jurisprudencial”. ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. *El Derecho de petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense*. Granada: Editorial Comares, 1999, p. 368.



habitaciones había instalado reproductores de videos y había acumulado una videoteca de más de doscientas películas, las cuales rentaba a sus huéspedes. PRE también buscaba vender reproductores a otros hoteles para ofrecerles el sistema de reproducción en las habitaciones de sus huéspedes. Columbia Pictures y otros grandes estudios productores de las películas en cuestión demandaron a PRE por violar sus derechos exclusivos de autor para reproducir públicamente sus obras cinematográficas mediante su sistema de alquiler de videos. PRE reconvino la demanda de Columbia Pictures alegando que la acción interpuesta era realmente un *sham* destinado a excluir a PRE del mercado.

La Corte Suprema coincidió con la Corte de Distrito y la Corte de Apelaciones en que PRE no había infringido los derechos de autor de Columbia Pictures. Pese a ello, no atendió el argumento de PRE de que la acción de Columbia Pictures constituyera una excepción *sham* a la inmunidad *Noerr*. La Corte concluyó que un esfuerzo objetivamente razonable dirigido a litigar no podría ser considerado como un intento para dañar la competencia. Asimismo, estableció un test cumulativo de dos partes para otorgar la calificación de *sham* a una demanda:

Primero, la demanda debe carecer objetivamente de fundamento en el sentido que ningún litigante razonable podría esperar, de manera realista, obtener un triunfo en los méritos. Si un litigante objetivo puede concluir que la demanda ha sido razonablemente calculada para obtener un resultado favorable, la demanda está inmune bajo *Noerr*, y una demanda antitrust sustentada en la *sham* exception debe fracasar. Sólo si la litigación cuestionada, objetivamente, carece de méritos, una corte puede examinar la motivación subjetiva del litigante. Bajo esta segunda parte de nuestra definición de *sham*, la corte debería enfocarse en si la demanda sin fundamento oculta ‘un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor’, (...) a través del uso [de] del proceso gubernamental –en oposición al resultado de ese proceso– como una arma anticompetitiva<sup>217</sup>.

---

<sup>217</sup> Traducción libre de: “First, the lawsuit must be objectively baseless in the sense that no reasonable litigant could realistically expect success on the merits. If an objective litigant could conclude that the suit is reasonably calculated to elicit a favorable outcome, the suit is immunized under *Noerr*, and an antitrust claim premised on

Así, el inicio de procesos judiciales o administrativos sin una real o razonable expectativa de triunfo podría ser un caso de *sham*, cuya verdadera motivación sería la de dañar al competidor, incrementando sus costos o demorando su ingreso al mercado. Esta interpretación es acorde con el criterio delimitador expuesto en el caso *Columbia*, donde se precisa que opera la *sham exception* cuando la petición es ejercida con el fin de que el proceso en sí mismo dañe la competencia, con independencia del resultado que se obtenga.

En la misma dirección tenemos a Álvarez Carreño, quien señala que:

La frontera entre la litigación protegida y la que no lo está se cruza, en definitiva, cuando la finalidad del particular no es ganar un juicio favorable frente a un competidor sino dañarle<sup>218</sup>.

No obstante, el test de dos elementos propuesto por la Corte Suprema en *PRE* no ha estado exento de críticas, en particular, en lo que refiere a la primera parte del test, consistente en la “ausencia de fundamento objetivo”. Así, se ha sostenido que este elemento hace demasiado restrictiva la *sham exception* limitando excesivamente la intervención del Derecho *Antitrust*.

El vocal Souter, en su voto concurrente en *PRE*, critica este elemento objetivo, tanto por su ambigüedad como por su posible relación con el criterio de la “causa probable” (*probable cause*) también desarrollado en la jurisprudencia

---

the sham exception must fail. Only if the challenged litigation is objectively meritless may a court examine the litigant's subjective motivation. Under this second part of our definition of sham, the court should focus on whether the baseless lawsuit conceals ‘an attempt to interfere directly with the business relationships of a competitor’, (...) through the use [of] the governmental process -as opposed to the outcome of that process--as an anticompetitive weapon”. *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).

<sup>218</sup> ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. Op. Cit., 1999, p. 362.

norteamericana. En efecto, se estima que aun cuando existan acciones que cuenten con una causa probable, éstas pueden resultar frívolas o vejatorias por perseguir fines impropios del proceso<sup>219</sup>.

Por su parte, el juez Stevens –también en su voto concurrente en *PRE*– critica que bajo este elemento puedan ocultarse también acciones legales que, aun cuando contaran con esperanzas objetivas de obtener un resultado favorable, no compensen ni justifiquen su interposición, por lo que constituirían una estrategia anticompetitiva<sup>220</sup>. Así, el juez Stevens refiere que “puede no ser razonablemente objetivo entablar una demanda sólo porque se espere alguna forma de éxito en los méritos –sin importar cuán insignificante–”<sup>221</sup>.

La preocupación que exponía el vocal Stevens en su voto disidente ya había estado presente anteriormente en la jurisprudencia norteamericana. En efecto, en 1982, el juez Posner de la Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito, sostuvo en el caso *Grip-Pak, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc. (Grip-Pak)*<sup>222</sup> que podían presentarse acciones legales que, aun cuando contaran con una causa probable, podrían constituir un uso ilegítimo del derecho de petición y no ser inmunes bajo *Noerr*. En su sentencia, Posner señalaba que una demanda que genere pocos beneficios para el accionante, considerando los costos del litigio, podía calificar como un ilícito *antitrust*. En tal sentido, el verdadero propósito de la demanda podría ser el dañar a un competidor a través de la litigación en sí misma, sin importar su resultado:

---

<sup>219</sup> Comentarios sobre el voto del juez Souter en Cf. VEGA, Ainhoa. Op. Cit., p. 82.

<sup>220</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>221</sup> Traducción libre de “It might not be objectively reasonable to bring a lawsuit just because some form of success on the merits -- no matter how insignificant -- could be expected”. *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).

<sup>222</sup> 694 F.2d 466 *Grip-Pak, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc.*

Muchas demandas, no totalmente sin fundamento, nunca serían presentadas por su propio bien; las ganancias en juego, descontados por la probabilidad de ganar, serían muy bajas para solventar la inversión de litigar. (...) el demandante quiere dañar a un competidor no mediante la obtención de un pronunciamiento en su contra, que sería un objetivo adecuado, sino sólo mediante el mantenimiento de la demanda, con prescindencia de su resultado<sup>223</sup>.

En la misma línea que la objeción del vocal Stevens y el razonamiento del juez Posner en *Grip-Pak*, algunos académicos norteamericanos han criticado el rígido estándar de análisis de la Corte Suprema en *PRE*, debido a que dejaría fuera del escrutinio *antitrust* a todas las acciones legales que, aun contando con una causa probable, se hayan interpuesto no con el objetivo de obtener un resultado favorable, sino con la sola finalidad de afectar al competidor, al someterlo a la tramitación de los procesos.

En este sentido, Myers, cuestiona la amplitud del requisito objetivo de ausencia de fundamento objetivo de *PRE*, puesto que “permite innecesariamente el uso de la litigación como una herramienta anticompetitiva”<sup>224</sup>. Para ilustrar su postura, el referido autor propone el ejemplo de una empresa dominante que inicia acciones legales contra sus competidores alegando la vulneración de sus patentes y derechos de autor; sin embargo, los costos del proceso superan las ganancias esperadas, considerando la probabilidad de éxito de las acciones. Este caso, a pesar de tratarse de una acción legal que cuenta con cierta causa probable de éxito y que, por lo tanto, no cumpliría con el requisito objetivo de *PRE*, también –propone

---

<sup>223</sup> Traducción libre de: “Many claims not wholly groundless would never be sued on for their own sake; the stakes, discounted by the probability of winning, would be too low to repay the investment in litigation. (...) In these examples the plaintiff wants to hurt a competitor not by getting a judgment against him, which would be a proper objective, but just by the maintenance of the suit, regardless of its outcome”. *Ibidem*.

<sup>224</sup> Traducción libre de: “This definition of unreasonableness is overly narrow because it unnecessarily permits the use of litigation as an anticompetitive tool”. MYERS, Gary. “Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors”, en: 51 *Wash & Lee L. Rev.* 1199. Fall, 1994, p. 11.

el autor— debería calificar como *sham litigation*, dado que un litigante razonable no interpondría estas acciones legales, salvo que obtenga beneficios colaterales como el de lograr un daño a sus competidores<sup>225</sup>.

En similar sentido, Lao sostiene que puede haber muchos casos que, aun teniendo una causa probable, son lo suficientemente débiles como para ocasionar que un litigante razonable no espere triunfo en los méritos<sup>226</sup>.

Perrine, por su parte, desde una posición menos crítica, reconoce que el test de *PRE* puede ser poco útil para impedir acciones predatorias, más aún cuando

en muchos casos, la litigación puede ser sólo una pequeña parte de un plan más amplio de predación, y aunque el predador puede esperar razonablemente éxito en los méritos, la sola ganancia potencial puede no ser lo suficientemente grande para justificar el inicio de la acción<sup>227</sup>.

En lo que refiere a la práctica jurisprudencial, algunas Cortes inferiores han intentado reconciliar las críticas y observaciones al test de *PRE*, propugnando que éste únicamente sea aplicable cuando la conducta acusada de *sham litigation* consista en una sola acción legal, y proponiendo un estándar de análisis menos rígido cuando se enfrente a un conjunto o patrón de acciones legales.

---

<sup>225</sup> Cf. Ídem, p. 12.

<sup>226</sup> Cf. LAO, Marina “Reforming the Noerr-Pennington *Antitrust* Immunity Doctrine”, en: 55 *Rutgers L. Rev.* 965. Summer, 2003, p. 8.

<sup>227</sup> Traducción libre de: “In many cases, the litigation may only be a small part of a broader plan of predation, and though the predator may reasonably expect success on the merits, the potential recovery alone may not be great enough to justify the bringing of the action”. PERRINE, James. “Defining the “Sham Litigation” Exception to the Noerr-Pennington *Antitrust* Immunity Doctrine: An Analysis of the Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision”, en: 46 *Ala. L. Rev.* 815. Spring, 1995, p. 9.

Así, en 1994, la Corte del Noveno Circuito de los Estados Unidos, en el caso *USS-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council* (o *USS-POSCO*), consideró que frente a un patrón de acciones legales, correspondía realizar un análisis prospectivo –distinto al de *PRE*– que se sustentara únicamente en la intención subyacente a esta práctica reiterada:

Cuando se trata de una serie de demandas, la pregunta no es si es que alguna de ellas tiene mérito – algunas pueden tenerlo, sólo por suerte –, sino si es que son presentadas persiguiendo una política de empezar procedimientos legales con prescindencia de los méritos y con el propósito de dañar a un rival del mercado. La interrogante en tales casos es prospectiva: ¿Las acciones legales fueron interpuestas, no por un interés genuino de reparación de sus agravios, sino como parte de un patrón o práctica de sucesivas demandas presentadas esencialmente con el propósito de acoso?<sup>228</sup>.

Posteriormente, en el año 2000, la Corte del Segundo Circuito recogió este mismo criterio en el caso *Primetime Joint Venture v. National Broadcasting Company*<sup>229</sup>, concluyendo que cuando se trataba de un patrón de acciones legales, correspondía aplicar el test prospectivo de *USS-POSCO*, por lo que el test de *PRE* resultaba aplicable únicamente cuando se tratara de una sola acción legal.

---

<sup>228</sup> Traducción libre de: “When dealing with a series of lawsuits, the question is not whether any one of them has merit—some may turn out to, just as a matter of chance—but whether they are brought pursuant to a policy of starting legal proceedings without regard to the merits and for the purpose of injuring a market rival. The inquiry in such cases is prospective: Were the legal filings made, not out of a genuine interest in redressing grievances, but as part of a pattern or practice of successive filings undertaken essentially for purposes of harassment?”. 31 F3d 800 *USS-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council*.

<sup>229</sup> *Primetime Joint Venture v. National Broadcasting Company* 219 F.3d 92 (2nd Cir. 2000)

La agencia de competencia norteamericana, la Federal Trade Commission, no ha sido ajena a esta discusión y, en el año 2006, elaboró un Reporte sobre las Perspectivas de Aplicación de la doctrina *Noerr-Pennington*<sup>230</sup>.

Este Reporte constituye un estudio de la FTC dirigido a precisar los alcances de la doctrina *Noerr-Pennington* y, en especial, a limitar las interpretaciones extensivas que se habían generado en las cortes sobre esta inmunidad *antitrust*. Así, el Reporte presta atención a tres supuestos: (i) las notificaciones o solicitudes ministeriales; (ii) las declaraciones falsas o acciones fraudulentas (*misrepresentations*); y, (iii) el ejercicio repetitivo del derecho de petición.

Iremos revisando a lo largo de este acápite los dos primeros casos analizados por la FTC, pero, por razones de orden, analizaremos el tercero en este momento dada su vinculación con la sentencia de la Corte Suprema en el caso *PRE*.

En su Reporte, la FTC propone la existencia de una excepción a la inmunidad *Noerr-Pennington* cuando se verifique la existencia de un **patrón de acciones o procesos** judiciales o administrativos, o una combinación de ambos, que esté dirigido a obstruir a competidores<sup>231</sup>.

En este sentido, la FTC plantea que frente a un patrón de acciones, no corresponde efectuar el análisis de la “ausencia de un fundamento objetivo” de manera individual para cada una de las acciones<sup>232</sup>. La FTC apoya esta idea en la propia Corte Suprema que en *California Motor* consideró que este supuesto podía constituir una infracción *antitrust*, sea que la serie de acciones interpuestas “cuenten o no con una

---

<sup>230</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION. *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report*, 2006.

<sup>231</sup> Cf. Ídem p. 29.

<sup>232</sup> Cf. Ídem, p. 29-35.

causa probable”<sup>233</sup>, y en los comentados votos concurrentes de los jueces Souter y Stevens.

En suma, la FTC sostiene que, aun cuando no todas las acciones individualmente consideradas cumplan con el test de “ausencia de fundamento objetivo” de *PRE*, se debe realizar un análisis prospectivo para determinar si esta serie de acciones realmente busca la “reparación de sus agravios” o forma parte de una estrategia dirigida a afectar a los competidores. En cambio, cuando las cortes no se enfrenten a conductas repetitivas, sí resulta conveniente aplicar el test más estricto de *PRE*<sup>234</sup>. Retomaremos esta discusión en el sub-capítulo IV.4 dedicado al abuso de procesos legales.

Otro intento de limitación es el propugnado por Meyer, quien señala que la inmunidad *Noerr-Pennington* no aplicaría cuando la actuación cuestionada sea directamente injuriosa (afecte a un competidor), habiendo alternativas de acción menos gravosas y, además, la actuación pública solicitada sea ilegítima<sup>235</sup>.

Sin embargo, estos requisitos no se encuentran directamente vinculados con el derecho de petición que es el elemento central que fundamenta la inmunidad *antitrust* de la doctrina *Noerr-Pennington*. Siguiendo la jurisprudencia norteamericana, no debe ser central para el otorgamiento de inmunidad que la actuación pública solicitada cuente con legitimidad ni que existan medios menos restrictivos de la competencia habilitados para quien solicita la acción gubernamental. Estos podrían ser factores a considerar para determinar la validez

---

<sup>233</sup> *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* 404 U.S. 508 (1972).

<sup>234</sup> Cf. FTC. Op. Cit., 2006, p. 35.

<sup>235</sup> Cf. MEYER, D.L. “A Standard for Tailoring Noerr-Pennington Immunity More Closely to the First Amendment Mandate”, en: *Yale Law Journal*, 95m 1986, p. 849. Argumento extraído de ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. Op. Cit., 1999, p. 393.



de la acción pública en sí misma, sin embargo, no permiten esclarecer si la conducta privada de petición realmente busca una acción del gobierno o simplemente es un medio para dañar al competidor.

Un tema abordado por la jurisprudencia estadounidense y muy vinculado con la *sham exception*, es el de las acciones fraudulentas, en el que se estableció una excepción adicional al ejercicio del derecho de petición.

Esta doctrina fue implantada por la Corte Suprema en el caso *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp. (o Walker Process)*<sup>236</sup>, en el que el actor (Food Machinery) había presentado una acción de infracción de patentes respecto de un sistema de ventilación usado para el tratamiento de aguas residuales. Walker, el demandado, por su parte, reconvino señalando que la acción del demandante se dirigía a obtener y mantener la patente invocada mediante la manipulación fraudulenta de hechos ante la Oficina de Patentes. En dicha oportunidad, el Tribunal Supremo admitió que una acción fraudulenta podría considerarse como un intento de monopolización<sup>237</sup> si se prueban los elementos restantes de la infracción, esencialmente, el análisis del poder exclusorio derivado de la acción de infracción de patente referida.

Sobre este particular, la FTC ha precisado que las declaraciones falsas o *misrepresentations* efectivamente puede constituir un supuesto de excepción a la inmunidad *Noerr-Pennington* en un contexto apolítico, descartándose la aplicación de esta excepción en casos como el *lobbying*, y en la medida que la omisión o falsedad sea deliberada, sujeta a verificación fáctica y central para la legitimidad del procedimiento gubernamental afectado<sup>238</sup>.

---

<sup>236</sup> *Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp.*, 382 U.S. 172 (1965).

<sup>237</sup> Artículo 2 de la *Sherman Act*.

<sup>238</sup> Cf. FTC. Op. Cit., 2006, p. 27.

Además de la acción fraudulenta y los supuestos de *sham exception*, el Tribunal norteamericano ha intentado definir en qué casos una acción privada constituye realmente el ejercicio del derecho de petición, por lo que ha prestado atención al contexto concreto en el que se lleva a cabo la acción cuestionada como anticompetitiva. Así, por ejemplo, en el caso *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.*<sup>239</sup> la Corte distinguió dos escenarios: (i) cuando las empresas adoptan esfuerzos comunes para influir en la decisión gubernamental que afecta la competencia; y, (ii) cuando la afectación a la competencia se genera en la sola conducta privada y no en la actuación pública estatal o federal, otorgando la protección *Noerr-Pennigton* sólo al primer supuesto.

El contexto del caso *Allied Tube* era el de una asociación de empresas de diseño, fabricación y evaluación de componentes eléctricos para uso en edificios. Esta asociación aprobaba unos estándares para la comercialización de estos componentes, los cuales eran normalmente incorporados en los Códigos de Construcción locales.

En este caso, se constataba que Indian Head enfrentaba la competencia de un grupo de empresas que habían patentado conductores de plástico que eran más económicos, más fáciles de instalar y más seguros que el metal. Frente a ello, se logró que en una sesión de la referida asociación empresarial se desaprobara la adopción de los conductores plásticos como estándar, lo que generó que tales componentes quedaran excluidos del mercado.

La Corte Suprema consideró en este caso que si bien el establecimiento de este estándar se encontraba dirigido a influir la acción del gobierno, esto es, a ejercer el derecho de petición, el efecto anticompetitivo se derivaba específicamente de la sola conducta privada, es decir, de la decisión de excluir injustificadamente a un producto del estándar de comercialización elegido; mientras que una acción del gobierno que validara esta consecuencia era meramente incidental. En

---

<sup>239</sup> *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* 486 U.S. 492 (1988).

consecuencia, la Corte concluyó que esta conducta concertada era propiamente una actividad o decisión comercial y no una acción política, por lo que no se aplicaba la exención prevista en *Noerr-Pennington*:

(...) la acción privada que no se dirige genuinamente a obtener una acción favorable del gobierno es una mera cubierta [sham] que no puede ser considerada como un esfuerzo válido para influir la acción del gobierno<sup>240</sup>.

Un razonamiento similar es el que desarrolla la Corte en el caso *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association* (o *STCLA*)<sup>241</sup>. En este caso, los abogados registrados ante la Corte Superior para la defensa de indigentes en Washington D.C. se habían negado conjuntamente a prestar sus servicios ante las Cortes como un medio para lograr por parte del Gobierno un incremento en sus tarifas.

Para dilucidar si esta acción se encontraba protegida por la doctrina *Noerr-Pennington*, la Corte se centró en identificar el verdadero origen del efecto anticompetitivo, concluyendo que éste no se encontraba en la acción estatal, sino en la práctica implementada por los abogados en sí misma:

La restricción al comercio que se produjo mientras duró el boicot hubiera tenido precisamente las mismas consecuencias anticompetitivas durante dicho periodo incluso si no se hubiera dictado ninguna ley. En *Noerr*, la legislación deseada hubiera creado la restricción a la competencia de los camioneros; en este caso la respuesta legislativa de emergencia al boicot puso un fin a la restricción<sup>242</sup>.

---

<sup>240</sup> Traducción libre de "(...) private action that is not genuinely aimed at procuring favorable government action is a mere sham that cannot be deemed a valid effort to influence government action". *Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc.* 486 U.S. 492 (1988).

<sup>241</sup> *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990).

<sup>242</sup> Traducción libre de: "The restraint of trade that was implemented while the boycott lasted would have had precisely the same anticompetitive consequences during the period even if no legislation had been enacted. In *Noerr*, the desired legislation would have created the restraint on the truckers' competition; in this case the

En este sentido, el Reporte de la FTC intenta ubicar la inmunidad de la doctrina *Noerr-Pennington* en la perspectiva adecuada, al señalar que:

A la vez que enfatiza que la intención anticompetitiva por sí sola no puede transformar una actividad legítima en una cubierta [sham], la Corte también hace un corolario: un intento para influir en la acción gubernamental no puede proteger las regulares restricciones anticompetitivas al comercio<sup>243</sup>.

La clave para determinar cuándo estamos ante una conducta inmune al escrutinio *antitrust* en atención a la doctrina *Noerr-Pennington* no radica en la intención, anticompetitiva o no del solicitante<sup>244</sup>, sino en determinar si precisamente la conducta constituye o no el ejercicio válido del derecho de petición. Así, hay que diferenciar aquellos casos en los que, en puridad, se busca que el Estado adopte una decisión, de aquellos otros en los que se quiere simplemente validar una conducta anticompetitiva en sí misma.

Asimismo, para determinar si una conducta supuestamente anticompetitiva se encuentra dentro de los parámetros del derecho de petición protegido por la Primera Enmienda, también resulta importante tener en cuenta el tipo de solicitud y el contexto en que ésta se presenta. Así, ya se ha destacado que mientras la actividad tenga un mayor matiz político, existe mayor probabilidad de que se trate del ejercicio del derecho de petición. Por oposición, cuanto más alejada de la arena política y del proceso gubernamental de la toma de decisiones se encuentre la

---

emergency legislative response to the boycott put an end to the restraint". *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 (1990).

<sup>243</sup> FTC. Op. Cit., 2006, p. 11.

<sup>244</sup> En este sentido, encontramos a Hovenkamp quien señala: "Como regla general, el motivo de la conducta de los denunciados es irrelevante. Es decir, si los denunciados califican para la inmunidad Noerr sobre la base de criterios objetivos, la inmunidad se obtiene aun cuando el motivo sea altamente anticompetitivo". Traducción libre de: "As a general matter, the motive of the antitrust defendants is irrelevant. That is to say, if the defendants qualify for Noerr immunity on the basis of objective criteria, the immunity obtains even though the motive is highly anticompetitive". HOVENKAMP, Herbert. Op. Cit., 1999, p. 686.

solicitud o conducta enjuiciada, más estrictos serán los criterios para otorgar la inmunidad *antitrust*<sup>245</sup>.

El caso de los boicots comerciales también es relevante para esclarecer los supuestos de derecho de petición protegidos por la Primera Enmienda frente a aquellos otros donde se trata propiamente de una conducta anticompetitiva que, regularmente, sería ilícita.

El *leading case* en este tópico es el pronunciamiento de la Corte Suprema norteamericana en el caso *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* (o *NAACP*)<sup>246</sup> en el que se enjuiciaba el boicot organizado por una asociación para la defensa de los derechos de la minoría afro-americana que demandaba un trato no discriminatorio. En dicha oportunidad, la Corte estimó que el boicot se encontraba protegido por la Primera Enmienda considerando que:

El derecho de los Estados para regular la actividad económica no podría justificar una prohibición completa de un boicot no violento y con motivación política destinado a forzar un cambio político y económico y a garantizar derechos reconocidos por la propia Constitución<sup>247</sup>.

A partir de este caso, se puede concluir que la Corte también ha reconocido a los boicots comerciales como un válido ejercicio de los derechos de expresión, asociación y petición de los ciudadanos, que buscan cambiar la conciencia de los agentes sociales, aun cuando tengan un impacto restrictivo de la competencia. El móvil eminentemente político es el que permite enmarcar este tipo de boicots bajo

---

<sup>245</sup> Cf. ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. Op. Cit., 1999, p. 355 - 357.

<sup>246</sup> *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* 458 U.S. 914 (1982)

<sup>247</sup> Traducción de Álvarez Carreño de la Sentencia de la Corte Suprema en el caso *NAACP v. Claiborne Hardware Co.* 458 U.S. 914 (1982). ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. Op. Cit., 1999, p. 380 - 381.

la protección de la Primera Enmienda, lo que se ve reflejado por el hecho de que los activistas no tienen un interés económico como competidores en el mercado<sup>248</sup>.

Aunque no existe un pronunciamiento del Tribunal Supremo norteamericano que defina con claridad cuándo una petición a una entidad pública califica como ejercicio del derecho de petición, sí existen sentencias de Cortes inferiores que son útiles en este aspecto y que la FTC destaca en su Reporte. Así, la FTC pone énfasis en el caso resuelto en *Litton Systems v. American Telephone & Telegraph Co*<sup>249</sup>, en el que una Corte de Circuito declaraba que una solicitud de aprobación de tarifas (*tariff filing*) no constituía un ejercicio del derecho de petición protegido constitucionalmente. En este caso, la FTC destaca que este tipo de solicitudes, así como otras solicitudes ministeriales no estarían protegidas por la doctrina *Noerr-Pennington*, toda vez que se trata de simples aspectos procedimentales de regulación y no involucran un juicio discrecional, como es la labor que tienen que realizar las entidades públicas frente a una verdadera petición<sup>250</sup>.

De la evolución jurisprudencial norteamericana de la doctrina *Noerr-Pennington* y los posteriores desarrollos interpretativos de la doctrina, se puede apreciar, en primer lugar, que la doctrina *Noerr-Pennington* sólo aplica cuando se está frente a un verdadero ejercicio de petición y no frente a una conducta anticompetitiva en sí misma que intenta ser validada o reforzada por la acción gubernamental. En segundo lugar, aun estando frente al ejercicio del derecho de petición, no se aplicará la inmunidad *Noerr-Pennington* si dicho ejercicio es una mera simulación (*sham exception*) para ocultar un intento de afectación a la competencia.

Para determinar cuándo se está frente al ejercicio de derecho de petición y cuándo este presunto ejercicio constituye realmente una simulación, deberá atenderse a

---

<sup>248</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>249</sup> *Litton Systems v. American Telephone & Telegraph Co*, 700 F.2d 785 (2d Cir. 1983).

<sup>250</sup> Cf. FTC. Op. Cit. 2006, p. 18-19.

varios factores –cuya aceptación o delimitación no está fuera de discusión, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial– entre los que se destaca el tipo de proceso o acción iniciado (en un contexto político, la inmunidad contará con mayor probabilidad), la veracidad/falsedad de las solicitudes presentadas (*misrepresentations*) y la existencia/ausencia de verdaderos intereses que justifiquen, desde el inicio, el ejercicio del derecho de petición.



**Resumen de mejores prácticas a nivel comparado, respecto de las intervenciones estatales afectan la aplicación de las normas de libre competencia**

<p align="center"><b>España</b></p>	<p><b>Conducta Económica</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Sujeción de las empresas públicas a la LDC.</li> <li>- Sometimiento de las entidades de autorregulación (colegios profesionales y organismos de normalización) a la LDC, entendiendo que realizan actividades económicas, desde una perspectiva funcional.</li> </ul> <p><b>Exenciones normativas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Reconocimiento de la existencia de valores públicos que pueden primar sobre la protección de la competencia.</li> <li>- Admisión expresa en la LDC de la existencia de exenciones normativas por voluntad clara del Poder Legislativo.</li> <li>- Interpretación restrictiva de los supuestos de exención legal.</li> <li>- Primacía de la regulación sectorial aplicable a una conducta económica, sobre las normas de defensa de la competencia, siempre que esta prevalencia tenga origen legal.</li> </ul>
<p align="center"><b>Unión Europea</b></p>	<p><b>Conducta Económica</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Delimitación del ámbito de aplicación de las normas comunitarias de defensa de la competencia a partir del concepto de empresa y actividad económica.</li> <li>- Sujeción de las entidades de autorregulación a las normas de competencia, entendiendo que realizan actividades económicas, desde una perspectiva funcional.</li> <li>- Sometimiento de las empresas públicas a las normas de competencia, siempre que permita el cumplimiento de las obligaciones de prestación de servicios de interés general.</li> </ul> <p><b>Exenciones normativas</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Prohibición de que los Estados Miembros adopten medidas que eliminen el efecto útil de las normas comunitarias de defensa de la competencia, salvo que resulten necesarias para el cumplimiento de las obligaciones de prestación de</li> </ul>



	<p>servicios de interés general, por parte de las empresas públicas o que cuenten con derechos exclusivos.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Las medidas estatales eliminan el “efecto útil” cuando impongan o refuerzan prácticas anticompetitivas, o cuando deleguen funciones públicas de ordenación del mercado en agentes económicos privados.</li> <li>- Las medidas estatales que eliminan el “efecto útil” no exoneran a las empresas del cumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, salvo que la norma nacional imponga la conducta anticompetitiva, y su aplicación no haya sido descartada por la autoridad nacional de defensa de la competencia.</li> </ul>
<p><b>Estados Unidos de América</b></p>	<p><b>Exenciones normativas</b></p> <p><u>Regulaciones Federales</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Aceptación de inmunidad <i>antitrust</i> (a favor de una conducta económica específica) cuando existe una regulación sectorial federal que desplaza la aplicación de las leyes <i>antitrust</i>.</li> <li>- El desplazamiento debe ser expreso o implícito.</li> <li>- El desplazamiento implícito es la <i>última ratio</i> y para que éste se verifique debe verificarse: (i) que exista una autoridad regulatoria que supervise la conducta en cuestión; (ii) que exista evidencia de que dicha entidad regulatoria ejerce su autoridad; (iii) que haya riesgo de contradicción frente a la aplicación paralela de la norma regulatoria y las leyes de competencia; y, (iv) que el mercado regulado pueda verse afectado por esta contradicción.</li> <li>- Cuando no exista incompatibilidad de las normas regulatorias y <i>antitrust</i>, estas últimas sólo serán aplicadas en la medida que exista una infracción independiente a la regulatoria.</li> </ul> <p><u>Regulaciones Estatales</u></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Aceptación de inmunidad <i>antitrust</i> cuando existe una regulación estatal por la cual un Estado regula el comercio, entrando en conflicto con las leyes federales <i>antitrust</i>.</li> <li>- La inmunidad de la “<i>state action</i>” sólo se concede cuando concurren: (i) una política estatal claramente articulada; y, (ii) una supervisión activa por parte del propio Estado.</li> </ul>

### **Abuso de Procesos**

- Aceptación de inmunidad *antitrust* cuando un ejercicio válido del derecho de petición ocasione restricciones a la competencia.
- La inmunidad *Noerr-Pennington* no operará cuando el ejercicio del derecho de petición sea una mera simulación para ocultar una estrategia anticompetitiva (*sham exception*), utilizando la petición como un instrumento.
- Una demanda será considerada como una simulación (*sham*) si: (i) carece objetivamente de fundamento; y, (ii) oculta un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor.
- La inmunidad tendrá más probabilidades de éxito en contextos políticos (p.e., *lobbying*).
- No se otorgará inmunidad cuando la afectación a la competencia se genera en la sola conducta privada y no en la actuación pública estatal o federal.
- No se otorgará inmunidad cuando se realicen acciones fraudulentas ante las entidades públicas (*Walker Process*).



### **CAPÍTULO III: Las intervenciones estatales que impiden la aplicación de la ley de libre competencia: Problemas y respuestas en el contexto nacional**

Luego de haber revisado la experiencia comparada en torno a los medios para afrontar las intervenciones estatales que afectan la aplicación de las normas de defensa de la competencia, es momento de prestar atención al estado de la cuestión a nivel nacional.

En el Perú, el sistema de defensa de la competencia recayó esencialmente sobre el derogado Decreto Legislativo 701, una norma que tipificaba como conductas anticompetitivas el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia. El cumplimiento de esta norma era supervisado por la Comisión de Libre Competencia y por la Sala de Defensa de la Competencia, órganos administrativos de primera y segunda instancia, respectivamente, que en el marco de un procedimiento administrativo sancionador, aplicaban el Decreto Legislativo 701 y sancionaban su incumplimiento.

En la actualidad, la ley de defensa de la competencia vigente es el Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (o LRCA) que, como su nombre lo indica, tipifica como infracciones administrativas y prohíbe las conductas que restringen la competencia. La estructura organizativa y el tipo base de procedimiento por infracción a la norma de libre competencia se mantiene, habiendo cambiado solamente la denominación del órgano de primera instancia, ahora llamado Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la CLC, para referirnos indistintamente a la Comisión de Libre Competencia y a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia), y dividiéndose la Sala de Defensa de la Competencia en la Sala de Defensa de la Competencia 1 (en lo sucesivo, la Sala, para referirnos tanto a la Sala de Defensa de la Competencia como a la Sala de Defensa de la Competencia 1), encargada de ver las materias concernientes a la defensa de la competencia, y la Sala de Defensa de la Competencia 2, encargada de revisar los pronunciamientos de la Comisión de Protección al Consumidor.

Como veremos en las siguientes líneas, el Decreto Legislativo 701 –por su vigencia– ha sido la herramienta normativa más utilizada para hacer frente a la “actividad estatal competitiva” en sentido lato. En este sub-capítulo pasaremos revista a la legislación y práctica jurisprudencial desarrollada en torno a tres asuntos que han sido estudiados, con mayor o menor énfasis, en los ordenamientos jurídicos comparados: (i) la delimitación del concepto de empresa para la aplicación de la ley de libre competencia; (ii) las exenciones normativas del cumplimiento de las leyes *antitrust*; y, (iii) el uso de procesos administrativos y judiciales para afectar la competencia. También revisaremos la doctrina especializada en la materia que se ha dedicado a comentar los avances legislativos y, principalmente, jurisprudenciales.

Aun cuando adelantaremos algunas impresiones sobre las materias que serán estudiadas en el presente capítulo, reservaremos el grueso de nuestras críticas y propuestas para el capítulo IV. Del mismo modo, dado su aún corto periodo de vigencia, dejaremos para el siguiente capítulo los comentarios sobre la regulación prevista en el Decreto Legislativo 1034.

### **III.1 El concepto de empresa y el incipiente enfoque funcional, o delimitación del ámbito de aplicación subjetivo de la ley de libre competencia**

El mecanismo tradicional para hacer frente a las conductas anticompetitivas es el de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia. Esta normatividad tiene por finalidad prohibir y sancionar aquellas conductas que tengan por finalidad o efecto restringir la competencia en un determinado mercado<sup>251</sup>. De este modo, se

---

<sup>251</sup> Las leyes de defensa de la competencia suelen también incorporar un sistema de control de concentraciones empresariales, por el cual, el Estado limita las posibilidades de que dos o más empresas se concentren en una sola, limitando la competencia en el mercado. A diferencia del control de conductas, éste es un control de estructuras del mercado y se trata de un sistema preventivo *ex ante*, que se basa en la obligatoriedad de los particulares de solicitar una autorización de la concentración empresarial. En el Perú sólo existe un sistema de control de concentraciones en el sector eléctrico, previsto en la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

sancionan las actividades realizadas por agentes económicos que afecten la competencia, sea porque tienen una posición de dominio que les permite excluir la competencia o porque lo realizan de manera concertada mediante acuerdos colusorios.

Comprobaremos a partir de la revisión de la práctica jurisprudencial que el INDECOPI ha tenido oportunidad de aplicar el Decreto Legislativo 701 en dos tipos de escenarios: el primero, cuando ha considerado que el Estado, a través de una entidad o de un funcionario público, ha infringido la ley de libre competencia, esto es, ha sido el sujeto activo de una infracción administrativa; el segundo, cuando se ha evaluado la sujeción a la norma de libre competencia de aquellos agentes privados dotados de alguna potestad pública, a los que también se les denomina cuerpos u organismos de autorregulación.

#### **A) Empresas estatales como posibles sujetos infractores**

En lo que respecta a la actividad empresarial del Estado, tanto la CLC como la Sala han sido consistentes en admitir que las empresas públicas se encuentran comprendidas dentro del ámbito de aplicación establecido en el Decreto Legislativo 701.

En efecto, el artículo 2° del Decreto Legislativo 701 disponía expresamente lo siguiente:

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

(subrayado añadido)

Tanto la CLC como la Sala han entendido correctamente que la norma citada no hacía distinción entre personas naturales o jurídicas de Derecho Público o Privado, requiriendo únicamente que realicen actividad económica, para resultarles aplicable la ley de defensa de la competencia.

En su mayoría, las denuncias han estado referidas a alguna modalidad de abuso de posición de dominio, dado que en algunos mercados las empresas públicas ostentan un monopolio. Antes del cambio del régimen económico peruano hacia uno basado en la economía de mercado, el Estado intervenía directamente como empresario detentando en muchos casos un monopolio garantizado por la ley. Esta situación se vería revertida con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993<sup>252</sup> y con la promulgación del Decreto Legislativo 668<sup>253</sup>, prohibiéndose los monopolios legales y admitiendo la actividad empresarial estatal sólo de manera subsidiaria. Pese a ello, en algunos mercados estos monopolios subsistieron debido a las estrictas barreras legales de acceso al mercado o a las propias condiciones naturales del mercado, entre otras circunstancias.

Dada la subsistencia de la actividad empresarial estatal, el INDECOPI ha verificado en diversas ocasiones que ciertas empresas públicas han llevado a cabo prácticas anticompetitivas sancionándolas por infringir el Decreto Legislativo 701.

---

<sup>252</sup> **Constitución Política del Perú**

**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.  
(subrayado añadido)

<sup>253</sup> **Decreto Legislativo 668**

**Artículo 4°.-** Queda eliminado y prohibido todo tipo de exclusividad, limitación y cualquier otra restricción o práctica monopólica en la producción y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, incluyéndose aquellas realizadas por dependencias del Gobierno Central, entidades públicas, empresas comprendidas en la Ley N° 24948 y por cualquier organismo o Institución del Estado.

Entre los casos más saltantes encontramos la denuncia interpuesta contra la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) por abuso de posición de dominio en la modalidad de cláusulas de atadura. Dicha empresa estatal, encargada de la administración del Terminal Marítimo del Callao imponía la contratación de los servicios de remolque que prestaba como requisito para acceder a los servicios del Terminal Marítimo, siendo sancionada por la CLC por dicha conducta<sup>254</sup>.

Asimismo, en la jurisprudencia de INDECOPI hallamos también el caso del procedimiento seguido contra la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) por abuso de posición de dominio debido a una negativa injustificada para satisfacer las demandas de compra de la denunciante, Comercial Holguín, lo que motivó la imposición de una sanción por parte de la CLC, que también ordenó el cese de dicha conducta<sup>255</sup>.

Ante la CLC también se ventiló la denuncia de una empresa administradora de prácticos marítimos, Practimar Ilo, que prestaba sus servicios en el Terminal Portuario de Ilo. Dicha empresa había optado por contratar a Opermarpo para realizar labores de amarre y desamarre de las embarcaciones, en lugar de ENAPU que, además de ser el administrador portuario, también prestaba dichos servicios.

Practimar Ilo denunció a ENAPU por su negativa de otorgar a Opermarpo el acceso necesario al Terminal Portuario para prestar los servicios de amarre y desamarre. Sin embargo, esta denuncia fue declarada improcedente, pues a criterio de la CLC, se trataba de una actividad económica regulada y los reclamos por denegatoria de

---

<sup>254</sup> Resolución 014-93-INDECOPI/CLC del 23 de diciembre de 1993, en el procedimiento seguido por Servicios Técnicos Marítimos contra la Empresa Nacional de Puertos.

<sup>255</sup> Resolución 016-94-INDECOPI/CLC del 27 de Julio de 1994, en el procedimiento seguido por Industrial Comercial Holguín e Hijos contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca.

acceso podían ser presentados ante el Organismo Supervisor de Inversiones en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN)<sup>256</sup>.

Otro caso en el que se evaluó la conducta de una empresa estatal por la presunta comisión de una práctica anticompetitiva, fue el seguido por Clarke, Modet & Co. Perú<sup>257</sup> contra Empresa Peruana de Servicios Editoriales (Editora Perú), la empresa encargada de la edición y publicación del diario oficial “El Peruano”, que se había negado a publicar en dicho diario determinados avisos de marcas y patentes en el formato alcanzado por el denunciante, dado que se consideraba que éste resultaba ilegible.

En primera instancia, la CLC sancionó a Editora Perú al estimar que esta negativa afectaba a la competencia porque evitaba que el denunciante ahorre costos con la publicación de un aviso de menor dimensión<sup>258</sup>. En tal sentido, la CLC consideró que la negativa de Editora Perú buscaba cobrar un precio mayor por sus publicaciones, siendo que dicha empresa no estaba encargada de verificar que los avisos fueran legibles y cumplieran con las regularidades exigidas por ley, por lo que su negativa no resultaba justificada. La Sala revocó esta resolución, declarando infundada la denuncia, dado que entendió que el control de los avisos publicados formaba parte del deber mínimo de diligencia que tendría cualquier empresa editora<sup>259</sup>.

---

<sup>256</sup> Resolución 015-2002-CLC/INDECOPI del 28 de agosto de 2002, en el procedimiento seguido por Practimar Ilo contra la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU.

<sup>257</sup> Antes Fernandini Abogados Asociados

<sup>258</sup> Resolución 007 -2002-INDECOPI/CLC del 29 de mayo de 2002, en el procedimiento seguido por Clarke, Modet & Co. Perú contra Empresa Peruana de Servicios Editoriales (Exp. 007-2001-CLC).

<sup>259</sup> Resolución 0473-2005/TDC-INDECOPI del 29 de octubre de 2003, en el procedimiento seguido por Clarke, Modet & Co. Perú contra Empresa Peruana de Servicios Editoriales (Exp. 007-2001-CLC).



Finalmente, tenemos el caso seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipa (Vopak) y una empresa estatal, Petróleos del Perú - Petroperú (Petroperú), que se desenvuelve en el mercado de hidrocarburos. En dicho caso, tanto la CLC<sup>260</sup> como la Sala<sup>261</sup> consideraron que Vopak y Petroperú ostentaban posición de dominio en el mercado de arrendamiento de capacidad de almacenamiento a terceros para importar gas licuado de petróleo (GLP) en las zonas costeras de la Provincia Constitucional del Callao y la Provincia de Lima; ello, en virtud del contrato suscrito entre dichas empresas por el cual, Vopak, administradora del terminal de almacenamiento para productos derivados de hidrocarburos, químicos y gases en el puerto del Callao, debía requerir el consentimiento de Petroperú para alquilar capacidad de almacenamiento en un volumen equivalente al 15% o más de la capacidad total. Del mismo modo, ambos órganos resolutivos de INDECOPI estimaron que dichas empresas habían infringido del Decreto Legislativo 701 por otorgar un trato discriminatorio frente a dos solicitudes de arrendamiento de capacidad de almacenamiento cercanas en el tiempo.

En resumen, la jurisprudencia de INDECOPI ha admitido sin mayores dificultades el control *antitrust* de la actividad empresarial del Estado anticompetitiva.

---

<sup>260</sup> Resolución 051-2006-INDECOPI/CLC del 10 de julio de 2006, en el procedimiento seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipa y Petróleos del Perú - Petroperú (Exp. 011-2002-CLC).

<sup>261</sup> Resolución 0454-2007/TDC-INDECOPI del 30 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por la Asociación de Empresas Envasadoras de Gas del Perú contra Vopak Serlipa y Petróleos del Perú - Petroperú (Exp. 011-2002-CLC).

## **B) La distinción entre actividad económica y función pública como criterio delimitador de la aplicación de la ley de libre competencia: el enfoque funcional**

De la revisión de los casos tramitados ante la CLC hemos podido constatar la existencia de un importante número de denuncias interpuestas contra entidades y funcionarios públicos que, a través de sus conductas materiales (actuación de hecho) o usando algunos instrumentos públicos formales (actos administrativos, disposiciones reglamentarias, entre otros), habrían restringido la competencia en diversos mercados, favoreciendo a algunos competidores en detrimento de otros.

La jurisprudencia de la CLC y de la Sala en estos casos demuestra una positiva evolución en torno a una mayor precisión al momento de delimitar el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701. Aun cuando en sus orígenes, la CLC enjuició la actuación pública, material o formal, bajo las normas de defensa de la competencia, desde hace varios años parece ser uniforme el criterio bajo el cual la función pública escapa del ámbito de aplicación de la ley de libre competencia, reservada para el análisis de la conducta de agentes económicos.

Uno de los casos más antiguos sobre esta materia corresponde a la denuncia interpuesta contra la Alcaldesa del Concejo Distrital de Carmen de la Legua, quien mediante decretos de alcaldía dispuso que los servicios de fumigación en su jurisdicción fueran prestados por los Municipios en condición de monopolio. La CLC sancionó la conducta de la Alcaldesa por considerar que no había norma legal que autorice a los Concejos Distritales a irrogarse el monopolio de actividades que no constituyen servicios públicos<sup>262</sup>.

---

<sup>262</sup> Resolución 013-93-INDECOPI/CLC del 15 de diciembre de 1993, en el procedimiento seguido por Crist y otros contra la Alcaldesa del Concejo Distrital de Carmen de la Legua - Reynoso y la Municipalidad del mismo distrito.

También tenemos la denuncia de la Asociación de Ganaderos Comisionistas de Ganado Vacuno y Ovino de la Provincia de Huaura contra el Alcalde de la respectiva Municipalidad Provincial. En este caso, el Alcalde había restringido el acceso de los ganaderos al camal municipal, condicionándolo a la venta de menudencias al gremio de comercialización de menudencias, mediante un acta de concertación que había celebrado el Alcalde con los ganaderos. Esta denuncia fue declarada fundada por la CLC por abuso de posición de dominio en la modalidad de imposición de cláusulas de atadura<sup>263</sup>.

Asimismo, encontramos el caso de la denuncia interpuesta contra el Alcalde y un regidor de la Municipalidad Distrital de San Antonio, por la celebración de un convenio con ciertos distribuidores de cervezas de la localidad. Mediante este convenio, los distribuidores se comprometían a realizar obras a favor del Municipio a cambio de obtener la exclusividad en la comercialización de sus productos en los módulos de venta concesionados en el balneario de León Dormido. En este caso se sancionó tanto a las autoridades como a los distribuidores en base al artículo 6 del Decreto Legislativo 701 por concertación de las condiciones de comercialización de cerveza y gaseosa<sup>264</sup>.

Del mismo modo, la CLC también sancionó al Alcalde de la Municipalidad Provincial de Lambayeque por haber realizado conductas tendientes a que los transportistas de dicha localidad concertaran y redujeran sus precios<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> Resolución 002-94-INDECOPI/CLC del 28 de enero de 1993, en el procedimiento seguido por la Asociación de Ganaderos y Comisionistas de ganado vacuno y ovino de la provincia de Huaura Huacho contra el Alcalde del Concejo Provincial de Huaura Huacho.

<sup>264</sup> Resolución 018-94-CLC del 15 de agosto de 1994, en el procedimiento seguido por Distribuidora Cervecera del Santa contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio y otros.

<sup>265</sup> Resolución 016-95-CLC del 22 de mayo de 1995, en el procedimiento seguido por el Alcalde de Lambayeque contra un grupo de Transportistas de dicha ciudad.

Estos pronunciamientos, emitidos durante los primeros años de funcionamiento de la CLC (1993-1995), evidencian una actitud dirigida a sancionar las restricciones a la libre competencia –en sentido amplio– a favor de algún competidor y originadas en la actuación pública de algún funcionario u organismo público. En ninguna de estas resoluciones la agencia de competencia analizó si esta actuación podría calificar como actividad económica, conforme lo requería el artículo 2 del Decreto Legislativo 701.

Es recién en el año 1996 cuando encontramos el primer pronunciamiento de la CLC en el que se reconoce expresamente la limitación del Decreto Legislativo 701 en lo que concierne al enjuiciamiento de las actividades de imperio de los organismos y funcionarios públicos. Ello se dio en el caso seguido por la Asociación Editorial Bruño y otras empresas en contra del Comité de Fabricantes de Material Didáctico de la Sociedad Nacional de Industrias (SNI) y el Ministerio de Educación<sup>266</sup>.

Según la denuncia, algunas empresas pertenecientes a la SNI se habían repartido el mercado en las licitaciones convocadas por el Ministerio de Educación para la adquisición de materiales didácticos, entidad que presuntamente había otorgado un trato discriminatorio al brindar a las empresas denunciadas un mayor plazo para prepararse para presentar sus ofertas, adecuándose a las Bases de las licitaciones públicas.

En dicho caso, la CLC precisó que el Decreto Legislativo 701 se aplicaba únicamente a agentes económicos que concurrían en el mercado, descartando expresamente su aplicación para el ejercicio de funciones públicas:

La actuación empresarial del Estado se encuentra dentro del ámbito de aplicación de las normas de competencia, porque el requisito de realizar actividades

---

<sup>266</sup> Resolución 067-96-INDECOPI-CLC del 29 de agosto de 1996, en el procedimiento seguido por Asociación Editorial Bruño y otras contra ocho empresas del Comité de Fabricantes de Material Didáctico de la Sociedad Nacional de Industrias y el Ministerio de Educación (Exp. 020-95-CLC).

económicas se refiere al objetivo de concurrir en el mercado para ofrecer o demandar productos y servicios, sin necesidad de tener fin de lucro; sin embargo, en el cumplimiento de sus funciones soberanas el Estado no se rige por el derecho de la competencia<sup>267</sup>.

(subrayado añadido)

Empero, la CLC consideró que bajo el concepto de agente económico también se encontraba el Estado en el marco de las contrataciones y adquisiciones públicas:

(...) cuando el Estado se comporta sólo como adquirente de bienes o servicios su volumen de compra normalmente es de proporciones muy superiores al consumo particular, lo cual le otorga una preponderancia en el mercado. Por estas razones la Comisión de Libre Competencia considera como sujeto de las normas del Decreto Legislativo 701 al Estado como adquirente de bienes o servicios<sup>268</sup>.

Finalmente, pese a considerar al Ministerio de Educación bajo el ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, la CLC resolvió inhibirse de pronunciarse por las presuntas irregularidades cometidas por los funcionarios del Ministerio en el marco de los concursos públicos, remitiendo copia de lo actuado a la Contraloría General de la República y al Ministerio para que se establezcan las sanciones correspondientes.

Esta resolución constituye un hito importante en la jurisprudencia del INDECOPI puesto que es la primera vez en la que se reconoce expresamente que las actividades de imperio no se encuentran sujetas al Derecho de la Competencia. Por otra parte, también es interesante que en ese momento se considerara que, cuando el Estado compra productos o adquiere servicios en el marco de concursos públicos, no está desempeñando acciones de autoridad sino que califica como agente económico, criterio interpretativo que será dejado de lado más adelante.

---

<sup>267</sup> Ídem.

<sup>268</sup> Ídem.

Posteriormente y con varios años de experiencia en la aplicación del Decreto Legislativo 701, la CLC profundizó, en más de una resolución, en la delimitación del ámbito de aplicación del referido cuerpo normativo, excluyendo del mismo a las actuaciones públicas, formales o de hecho, que pudieran afectar la competencia.

En el 2002, la CLC inició un procedimiento de oficio contra diversas empresas aseguradoras por una supuesta concertación de los precios de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). En este caso, las aseguradoras alegaron que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones había motivado la concertación, presionando constantemente a fin de lograr la reducción de sus primas de seguro. Al respecto, la CLC señaló que la ley de libre competencia no se aplicaba a las entidades ni funcionarios públicos en ejercicio de su oficio como autoridad, sino únicamente cuando desarrollan actividades económicas, por lo que el Ministerio no sería enjuiciado por infracción al Decreto Legislativo 701<sup>269</sup>.

En el mismo sentido, la CLC excluyó al Alcalde del Municipio Provincial de Maynas de una investigación de oficio seguida contra diversas empresas de transporte urbano de pasajeros en dicha localidad para establecer concertadamente el precio del pasaje, conducta en la cual habría participado el referido funcionario público<sup>270</sup>.

Esta posición se mantuvo en el caso de la denuncia interpuesta por la Cámara de Comercio de Lima contra diversos gremios de empresas de transporte y funcionarios públicos, entre ellos, el Presidente del Consejo de Ministros y el

---

<sup>269</sup> Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC del 11 de diciembre de 2002, en el procedimiento seguido de oficio contra nueve compañías de seguros y el gremio que las agrupa (Exp. 004-2002-CLC).

<sup>270</sup> Resolución 048-2003-INDECOPI/CLC del 22 de octubre de 2003, en el procedimiento seguido de oficio contra Empresa de Servicios de Transporte Masivo de Pasajeros - Transrápido y otras empresas de transporte urbano de pasajeros en la Provincia de Maynas (Exp. 0034-2003-CLC).

Ministro de Transportes y Comunicaciones por presunto establecimiento concertado de una banda mínima de precios en el transporte de pasajeros y carga<sup>271</sup>.

En concordancia con estos últimos criterios, la CLC también declaró improcedente la denuncia presentada por un laboratorio farmacéutico contra el Seguro Social de Salud - Essalud (*ESSALUD*) por haber dispuesto la exoneración de realizar un procedimiento de selección para la compra de un determinado medicamento, considerándolo como insustituible, razón por la cual lo estandarizó<sup>272</sup>. Según la denunciante, esta estandarización restringía injustificadamente la competencia en el mercado de venta de productos farmacéuticos de similares propiedades.

La CLC señaló que al desempeñarse como una entidad convocante para la compra de medicamentos, Essalud actúa en ejercicio de una función pública y no como una empresa que tuviera interés en restringir la competencia:

En los procesos de contrataciones y adquisiciones del Estado, si bien las Entidades convocantes actúan como agentes económicos que adquieren (demandan) bienes y/o servicios del mercado, éstas no persiguen a través de ello maximizar sus ingresos o utilidades desde un punto de vista empresarial,

---

<sup>271</sup> Resolución 052-2003-INDECOPI/CLC del 14 de noviembre de 2003, en el procedimiento seguido por la Cámara de Comercio de Lima contra la Unión Nacional de Transportistas Dueños de Camiones del Perú - UNT PERÚ (Exp. 005-2003-CLC).

<sup>272</sup> **Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**  
**“ANEXO I**  
**ANEXO DE DEFINICIONES**

*24. Estandarización: El proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a adquirir o contratar, en atención a los equipamientos preexistentes”.*

Dicho Reglamento se encontraba vigente en la fecha de la resolución del caso. Ha sido posteriormente derogado y reemplazado por el Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1017 - Ley de Contrataciones del Estado, que recoge una definición idéntica de “Estandarización”.

sino que su finalidad es buscar los recursos o medios para la satisfacción de un interés público que les ha sido encomendado.

En ese sentido, a través de los procesos de selección pública, en principio las Entidades convocantes que no sean empresas estatales no tienen el propósito de consolidar o ampliar un presunto poder de mercado a través de la exclusión de competidores reales o potenciales (conducta exclusoria) ni tampoco ejercer dicho poder de mercado mediante la apropiación directa del excedente de los consumidores (conducta explotativa). Ello en la medida que su objeto o finalidad no es empresarial<sup>273</sup>.

(subrayado añadido)

Esta resolución marca un cambio de criterio respecto de lo señalado por la propia CLC en *Bruño*, descartando finalmente que una entidad pública convocante pueda ser considerada como empresa a efectos del Decreto Legislativo 701. Sin perjuicio de ello, se ha dejado abierta la posibilidad de controlar la afectación a la libre competencia en determinados casos, donde sí podría existir un interés anticompetitivo de la entidad convocante, por ejemplo, cuando la entidad convocante sea una empresa del Estado<sup>274</sup> o cuando la entidad pública se encuentre vinculada a otro agente que realice actividad económica<sup>275</sup>.

Hasta la actualidad, la posición de los órganos funcionales del INDECOPI ha sido consistente en excluir del escrutinio de las normas de defensa de la competencia al ejercicio de *ius imperium* por parte de funcionarios públicos. Esto no ocurre en el caso del ejercicio de funciones públicas encomendadas a agentes económicos

---

<sup>273</sup> Resolución 048-2005-INDECOPI/CLC del 27 de setiembre de 2005, en el procedimiento seguido por Medifarma contra ESSALUD y el señor Chirinos (Exp. 007-2005-CLC).

<sup>274</sup> Ídem.

<sup>275</sup> Ver Informe 024-2005-INDECOPI/ST-CLC del 30 de junio de 2005. Asunto: Competencia de la Comisión de Libre Competencia en los procesos de contratación de bienes y servicios por parte de Entidades del Estado, específicamente respecto del contenido de las Bases de los procesos de selección, p. 20.



privados, o entidades de autorregulación, en el que la jurisprudencia de INDECOPI ha tenido avances y retrocesos en sentidos opuestos. La experiencia comparada revisada anteriormente nos muestra que estos casos son los que generan mayor controversia, característica que no ha sido ajena a la práctica peruana.

De manera similar a lo ocurrido en la práctica extranjera, son los casos de los Colegios Profesionales los que en nuestro país concentraron, en un primer momento, la atención de la autoridad de competencia al momento de delimitar el ámbito de aplicación de las leyes de defensa de competencia en relación con el ejercicio de funciones públicas por parte de agentes privados.

Es importante mencionar que, desde sus inicios, la jurisprudencia peruana ha sido unívoca en considerar a los Colegios Profesionales dentro del ámbito de aplicación de la legislación de competencia, a diferencia de otros países donde esta posibilidad se admitió luego de un pasado jurisprudencial en el sentido contrario<sup>276</sup>.

El antecedente más remoto es el de la denuncia del señor Carlos León Madalengoitia (en adelante, el señor Madalengoitia) contra la doctora Vargas y los Colegios Químico Farmacéutico Regional del Norte y Químico Farmacéutico del Perú (en lo sucesivo, el CQFP). La denuncia se sustentaba en la imposición por parte del CQFP de un sueldo mínimo profesional que debían cobrar sus asociados,

---

<sup>276</sup> En otros ordenamientos, se ha pasado de un estadio de excluir a los Colegios Profesionales del ámbito de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, a incluirlos en ella. Un claro ejemplo de ello es el español, donde el Tribunal de Defensa de la Competencia Español fue variando su doctrina jurisprudencial para considerar a los Colegios Profesionales dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicho proceso se realizó paulatinamente y de manera paralela a dos hechos saltantes: (i) El Informe del TDC sobre las profesiones de 1992; y (ii) La Ley 7/1997 de Liberalización de los Colegios Profesionales. Al respecto, puede verse entre otros: IBÁÑEZ, Isaac. *Defensa de la Competencia y Colegios Profesionales*. Madrid: Dykinson. 1995. FERNÁNDEZ, Germán y otros. *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*. Madrid: Civitas. 2002. VÁSQUEZ, Daniel. *Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones*. Thomson Aranzadi. 2001. Ver acápite II.1.A).

monto cuyo pago reclamaba la doctora Vargas al denunciante, el señor Madalengoitia.

Esta conducta fue considerada tanto por la CLC<sup>277</sup> como por la Sala<sup>278</sup>, en segunda instancia, como una práctica restrictiva de la competencia, toda vez que la decisión del CQFP incidía en la actividad económica de sus afiliados y en la competencia en el mercado de servicios profesionales. En el referido caso, la Sala aprobó el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada<sup>279</sup>.

De acuerdo con el Precedente citado, cuando se adopten decisiones o recomendaciones como las realizadas por el CQFP, que tienen por efecto limitar la competencia de sus asociados, los Colegios Profesionales serán sancionados por contravenir el artículo 6 del Decreto Legislativo 701, que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia<sup>280</sup>. En este caso, aunque la actuación del Colegio

---

<sup>277</sup> Resolución 068-96-INDECOPI-CLC del 17 de setiembre de 1996, en el procedimiento seguido por el señor Carlos León Madalengoitia contra la Dra. Química Farmacéutica Estela Vargas L., el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro (Exp. 016-96).

<sup>278</sup> Resolución 229-97-TDC del 12 de setiembre de 1997, en el procedimiento seguido por el señor Carlos León Madalengoitia contra la Dra. Química Farmacéutica Estela Vargas L., el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro (Exp. 016-96).

<sup>279</sup> Ídem.

<sup>280</sup> **Decreto Legislativo 701.**

Profesional no incumbe a su propia actividad económica como agremiación, sí influye directamente en la actividad económica de sus asociados, lo que motiva su inclusión como posible infractor del Decreto Legislativo 701.

Por otra parte, en la Resolución de la CLC se afirmó que los Colegios Profesionales no sólo están en la posibilidad de restringir la competencia entre sus asociados, sino que pueden ser considerados propiamente como empresas y, de ser el caso, afectar la competencia “respecto de la actividad económica que realice por sí misma”<sup>281</sup>.

Este segundo supuesto fue el que se produjo en un caso en el que se denunció al Colegio de Abogados de Loreto por abuso de posición de dominio en la modalidad de cláusulas de atadura. El Colegio requería a los particulares una “Papeleta de Habilitación” –cuyo pago se realizaba al propio Colegio– como requisito previo e indispensable para la tramitación de demandas judiciales en la ciudad de Iquitos. Tanto la CLC<sup>282</sup> como la Sala<sup>283</sup> concluyeron que el Colegio tenía posición de dominio en los servicios de colegiación y habilitación para el ejercicio de la profesión<sup>284</sup>. Así, aprovechándose de dicha posición, “ataron” este servicio principal

---

**Artículo 6°.- Prácticas restrictivas de la libre competencia.** Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

<sup>281</sup> Ver nota a pie de página 277.

<sup>282</sup> Resolución 012-98-INDECOPI-CLC del 9 de diciembre de 1998, en el procedimiento seguido por la AFP Integra contra el Colegio de Abogados de Loreto (Exp. 008-98-CLC).

<sup>283</sup> Resolución 237-1999/TDC-INDECOPI del 7 de julio de 1999, en el procedimiento seguido por la AFP Integra contra el Colegio de Abogados de Loreto (Exp. 008-98-CLC).

<sup>284</sup> En el momento de la denuncia, los abogados sólo podían ejercer su profesión de manera permanente en tanto contaran con la correspondiente habilitación del Colegio Profesional de la respectiva jurisdicción; en base a la Resolución Administrativa 104-CME-PJ del 31 de mayo de 1996.

a la prestación suplementaria de adquirir la Papeleta de Habilitación, motivo por el cual se sancionó dicha conducta.

Un tercer caso de asociaciones profesionales fue el del procedimiento seguido contra el Colegio de Notarios de Lima. Dicha asociación fue sancionada por cometer una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de fijación concertada de precios. Ello en base a la celebración de un "Convenio de Cooperación Interinstitucional" con el Registro Predial Urbano, por el que los propietarios y compradores de bienes inmuebles inscritos en el Registro podrían acceder a la inscripción de los actos jurídicos que celebraran con respecto a dichos bienes, a un costo único, cobrado por los notarios que se inscribieran al convenio<sup>285</sup>. Esta disposición impedía que los notarios pudieran competir entre sí por el precio de los servicios que prestaban.

Si bien resulta clara la posición del INDECOPI en considerar que la conducta de los Colegios Profesionales calificaba como actividad económica y, por tanto, sujeta al cumplimiento del Decreto Legislativo 701, ni la CLC ni la Sala profundizaron mucho en la situación peculiar que presentaban estos casos, la de enjuiciar a entidades a las que, por ley, se les había encomendado el ejercicio de determinadas funciones públicas, pero que estaban conformadas por agentes privados, competidores en el mercado.

Un supuesto similar en naturaleza y que es importante atender en nuestro ordenamiento es el de la normalización industrial. En el Perú, a diferencia de lo que habíamos podido constatar del caso español, podemos encontrar una dualidad público-privada en la actividad de normalización industrial, a la que habría que prestar atención por los posibles efectos anticompetitivos que se podrían producir.

---

<sup>285</sup> Resolución 0366-2003/TDC-INDECOPI del 5 de septiembre de 2003, en el procedimiento seguido por el señor Julio Antonio Del Pozo Valdez contra el Colegio de Notarios de Lima (Exp. 003-2002/CLC).

El sistema de normalización y acreditación en el Perú está compuesto por los siguientes agentes:

- ❖ **La Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias del INDECOPI (CNB).**- órgano resolutivo encargado de administrar el Sistema Nacional de Normalización y de aprobar las Normas Técnicas Peruanas (NTPs)<sup>286</sup> propuestas por los Comités Técnicos de Normalización.
- ❖ **Los Comités Técnicos de Normalización (CTN).**- cuerpos colegiados compuestos por representantes de los sectores industriales vinculados a la materia a normalizar, incluyendo productores, consumidores y profesionales académicos o técnicos especializados.
- ❖ **El Servicio Nacional de Acreditación del INDECOPI (SNA).**- entidad pública encargada de otorgar el reconocimiento estatal a agentes públicos o privados de su competencia técnica en la prestación de servicios de evaluación de conformidad.
- ❖ **Las Entidades Certificadoras.**- empresas acreditadas ante el SNA que prestan servicios de evaluación de conformidad, consistentes en la verificación del cumplimiento de requisitos o especificaciones técnicas de un producto.

### **Esquema del Servicio Nacional de Normalización y Acreditación**

---

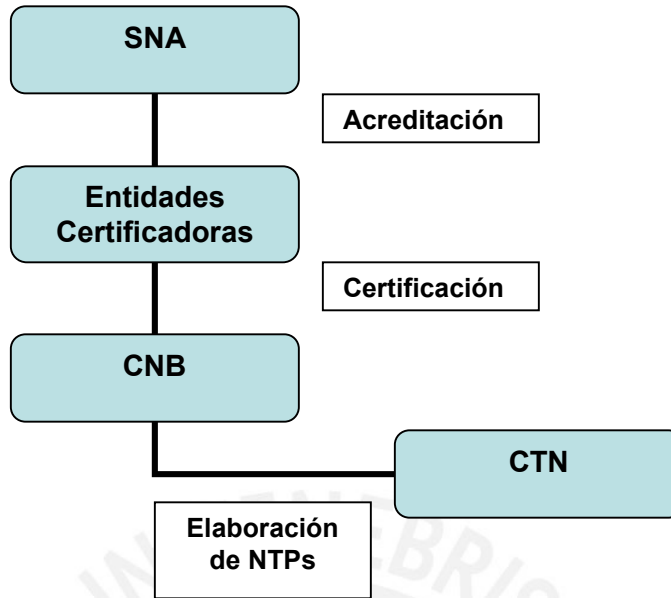
<sup>286</sup> **Reglamento de Elaboración y Aprobación de Normas Técnicas Peruanas**

**Artículo 11°.-** Para los propósitos de este Reglamento son de aplicación las definiciones contenidas en la Guía Peruana GP- ISO/IEC 002 y adicionalmente las siguientes:

(...)

**Norma Técnica Peruana:** Es el documento de carácter recomendable, aprobado por la Comisión, que establece, para un uso común y repetido, reglas o características para ciertas actividades o sus resultados, con el propósito de obtener un grado óptimo de orden en un contexto dado.

(Publicado en el diario oficial “El Peruano” el 31 de enero de 2009).



Como resulta evidente, nuestra preocupación se centrará en la participación de los Comités Técnicos de Normalización en la elaboración de las NTPs, considerando la naturaleza mixta que presentan, al estar compuesta por agentes privados que tienen un interés comercial (nos referimos a los productores) y al detentar la potestad de presentar propuestas de NTPs, que últimamente serán aprobadas por la CNB y que, en tal medida, tendrían una naturaleza pública.

En efecto, si bien las NTPs no tienen un carácter vinculante para los agentes económicos en el esquema peruano, estos estándares son aprobados por una entidad pública, considerando su importancia comercial y debido a que se busca, como política estatal, promover la calidad de los bienes y servicios que se ofrecen en el mercado.

El problema que se puede generar debido a la naturaleza mixta de los CTNs es que los proyectos de NTPs pueden verse influenciados por intereses privados de los integrantes del Comité y estar dirigidos a restringir la competencia, lo que se puede dar, por ejemplo, mediante la elaboración de estándares injustificadamente rígidos que no puedan ser cumplidos por los competidores. Del mismo modo, los CTNs

también podrían elaborar estándares de producción industrial, que únicamente puedan ser objeto de evaluación de conformidad por determinados laboratorios. Así, los CTNs podrían favorecer a algunas entidades de certificación con las que tengan alguna vinculación económica o con las que mantengan algún interés comercial.

Como se pudo apreciar al revisar el caso español, el establecimiento de estándares restrictivos sería una de las principales estrategias anticompetitivas que se podrían llevar a cabo a través de la normalización industrial<sup>287</sup>. Este peligro ha sido advertido por la Comisión Europea, en su Comunicación al Consejo y Parlamento Europeo:

Si en principio las normas oficiales o las especificaciones de acceso público fomentan la competencia dirigida por el mercado, a veces sucede que la elaboración de especificaciones técnicas puede tener efectos discriminatorios. Así, por ejemplo, las empresas que proponen una especificación dada pueden en determinadas circunstancias tomar la delantera u obtener ventaja en comparación con sus competidores directos; el proceso de selección entre especificaciones competidoras puede en determinados casos verse influido indebidamente por intereses particulares. Por tanto, los poderes públicos también tienen un papel que desempeñar para garantizar que la normalización respeta las normas que garantizan la libre competencia. En ese sentido, debe tenerse en cuenta que los organismos de normalización están sujetos igualmente a los artículos 85 y 86 del Tratado de la CE<sup>288</sup>.

En el Perú, esta preocupación se ha puesto de manifiesto en la propia Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación<sup>289</sup>, cuyo artículo 10 advierte la posibilidad de comisión de prácticas colusorias al interior de los CTNs, llegando

---

<sup>287</sup> Ver acápite II.1.A).

<sup>288</sup> Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y Parlamento Europeo [COM (96) 359 final].

<sup>289</sup> Decreto Legislativo 1030, publicado en el diario oficial "El Peruano" el 24 de junio de 2008.

incluso a contemplar la anulación de las NTPs emitidas sobre la base de prácticas concertadas sancionadas:

**Artículo 10°.- Prevención de obstáculos técnicos al comercio.-**

(...)

10.2 Cuando en el proceso de elaboración y adopción de Normas Técnicas Peruanas la Autoridad Competente advierta indicios de prácticas concertadas por parte de los miembros de los Comités Técnicos de Normalización, procederá a informar de ello a 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), sin perjuicio de suspender el proceso de normalización afectado con dichas prácticas, incluyendo la suspensión de la Norma Técnica que haya sido aprobada en mérito a ellas.

10.3 Sobre la base del pronunciamiento emitido por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la Autoridad Competente dispondrá, de ser el caso, la reanudación del proceso de normalización suspendido o la anulación de la Norma Técnica Peruana emitida sobre la base de las prácticas concertadas sancionadas.

Pese a lo expuesto, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, respetando lo previsto anteriormente en el Decreto Legislativo 701, parece ignorar estos riesgos, dado que eximiría la posibilidad de comisión de prácticas colusorias al interior de los CTNs:

**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, tales como:

(...)

(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor; (...)

(subrayado añadido)



Este hecho ha pasado casi completamente desapercibido por la doctrina y jurisprudencia nacional, pese a que presenta importantes riesgos para la competencia, como nos enseña la práctica comparada, más aún dada la naturaleza mixta pública-privada que tendrían los CTNs<sup>290</sup>.

Probablemente, el caso en el que se ha producido hasta el momento la mayor controversia sobre el ámbito de aplicación subjetivo/objetivo de las normas de defensa de la competencia es el de la denuncia interpuesta por Termoselva contra el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional - COES - SINAC y empresas integrantes del mismo (Caso del "COES"). En este caso, tanto la CLC como la Sala de Defensa de la Competencia evaluaron si la conducta imputada al COES y a diversas empresas de generación eléctrica que lo integraban, constituía una práctica sometida al Decreto Legislativo 701.

El COES es la entidad conformada por diversas empresas que realizan actividades de generación eléctrica y algunas que se dedican a la transmisión de dicha energía en el Sistema de Interconectado Nacional. Una de las funciones del COES es la de coordinar el orden en que las empresas generadoras despacharían energía eléctrica al Sistema, con el objeto de atender, de manera equilibrada, las necesidades de demanda de energía y evitar su desperdicio. Así, cuando el Sistema tuviera necesidad de energía eléctrica, el COES determinaría qué empresa generadora sería la encargada de proporcionarla. Bajo el esquema regulatorio establecido, el orden se definiría sobre la base del menor costo operativo (costos variables) de las empresas generadoras, es decir, la empresa que desarrollara más eficiencias y operara a un menor costo operativo sería la primera en despachar energía al Sistema.

---

<sup>290</sup> Encontramos una postura crítica sobre la redacción del Decreto Legislativo 1034 en torno al tema de la normalización industrial en: ESPINOZA, Jesús. ¿La normalización industrial está exenta de las normas de libre competencia? Concertación sobre estándares de calidad. (Trabajo inédito).

En este contexto, Termoselva había informado al Directorio Operativo del COES (DO-COES) la reducción de sus costos de aprovisionamiento de combustible para operar su central termoeléctrica, ello en virtud a la modificación del contrato celebrado con Aguaytía, su proveedora. Sin embargo, el DO-COES denegó la solicitud de Termoselva pues consideraba que se trataría de una manipulación artificial de sus reales costos con el fin de ingresar en primer orden al despacho de energía eléctrica, considerando que Aguaytía y Termoselva pertenecían al mismo grupo económico. El DO-COES fundamentó su decisión en las conclusiones de un consultor independiente que evaluó la reducción de los costos de Termoselva, y su pronunciamiento fue confirmado en segunda instancia por el Directorio del COES.

Frente a ello, Termoselva denunció que esta práctica tenía su origen en la conducta concertada del COES y diversas empresas que lo conformaban para excluir a Termoselva del mercado de generación eléctrica. Asimismo, refirió que el COES se había excedido en sus facultades al desconocer el contrato celebrado entre Termoselva y Aguaytía que evidenciaba la reducción de los costos operativos para el funcionamiento de su central termoeléctrica.

El COES contestó la denuncia alegando que el consultor contratado había determinado que el costo de aprovisionamiento de gas natural informado por Termoselva era irreal, razón por la cual no lo aplicó, conforme a las potestades previstas en el procedimiento 31-C. Asimismo, el COES argumentó que la conducta denunciada constituía el ejercicio de sus funciones regulatorias orientadas a la programación y planificación del despacho de energía, adoptando decisiones de carácter obligatorio. En tal sentido, al no constituir actividad económica, su decisión debería quedar fuera del ámbito de aplicación de las normas de competencia.

Teniendo como antecedentes los casos en que el INDECOPI había declarado que los Colegios Profesionales se encontraban sometidos al cumplimiento del Decreto Legislativo 701, el COES se distanció de ellos al señalar que en aquellos casos era evidente que los Colegios Profesionales habían adoptado medidas para las cuales

no contaba con autorización legal, como la fijación de honorarios mínimos, mientras que Termoselva denunciaba que el COES había hecho un incorrecto uso de sus potestades conferidas legalmente para determinar la prioridad en la actividad de generación eléctrica. Añadió que esta evaluación ya había sido realizada por el regulador sectorial (OSINERG), que consideró que el COES actuó dentro del marco legal establecido.

En el presente caso, las partes denunciante y denunciadas también discutieron si la conducta denunciada se encontraba cubierta por la regulación sectorial y, por lo tanto, resultaba inaplicable el Decreto Legislativo 701. Sin embargo, por razones de orden didáctico, haremos referencia a este punto en el acápite III.2.B), en el que se analiza la relación entre la regulación sectorial y las normas de defensa de la competencia.

En primera instancia, la CLC acogió los argumentos de defensa del COES y estimó que la conducta que le era imputada representaba el ejercicio de una función pública:

130. Sobre el particular esta Comisión considera que las Resoluciones números 063-2001-DO/COES-SINAC y 002-2002-PD/COES-SINAC son actos administrativos por cuanto reflejan la expresión unilateral de voluntad de un órgano individual o colegiado de la Administración Pública, expedidos en ejercicio de potestades administrativas (ius imperium) y que afectan la situación jurídica de los particulares. Debe considerarse, además, que dichos pronunciamientos fueron emitidos en atención a las potestades regulatorias otorgadas por la LCE y demás normas del sector eléctrico, las cuales facultan a los órganos del COES-SINAC a determinar el orden de prelación en el que despacharán las empresas generadoras.

(...)

143. El hecho de que el COES - SINAC se pueda haber extralimitado en sus funciones no lleva a que el acto administrativo se convierta en un acto privado. Un acto administrativo es tal en tanto se expida en ejercicio de potestades administrativas, más allá de que éstas se hayan ejercido adecuada o

inadecuadamente. Así, no sería correcto afirmar que un acto jurídico es administrativo si se ejerce dentro del marco legal y es privado si es que lo viola<sup>291</sup>.

Por tanto, la CLC declaró improcedente la denuncia interpuesta por Termoselva<sup>292</sup> y remitió lo actuado a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB)<sup>293</sup>, órgano encargado de controlar aquellas barreras burocráticas (esto es, de origen estatal) que afecten la entrada o permanencia de los agentes económicos en el mercado, para que evalúe si la conducta del COES podía ser considerada como una barrera burocrática ilegal o irracional.

En segunda instancia, la Sala anuló la decisión de la CLC pues consideró que la conducta del COES sí podía ser considerada como actividad económica y, consecuentemente, estar sujeta al Decreto Legislativo 701. La Sala adoptó el criterio de la “primacía de la realidad”, por el que se debía atender a la naturaleza de las cosas y no a la formalidad de la presunta conducta anticompetitiva. Así, la Sala consideró que el COES, al estar conformado por agentes privados que participaban en distintos niveles de la actividad eléctrica, incluyendo la generación, podía realizar conductas con fines anticompetitivos aun cuando fueran llevadas a cabo en el ejercicio de una potestad administrativa:

En la Resolución N° 0072-2003/TDC-INDECOPI, esta Sala señaló que, cuando se trata de la actuación de privados integrando organismos con atribución legal de facultades y gestión específicos y expresos, cualquier exceso o instrumentalización en el ejercicio de dicha posición de privilegio determinará

---

<sup>291</sup> Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC del 19 de mayo de 2004, en el procedimiento seguido por Termoselva contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros (Exp. 012-2002/CLC).

<sup>292</sup> Ídem.

<sup>293</sup> En ese entonces, Comisión de Acceso al Mercado (CAM). En lo sucesivo, se mencionará a la CEB para hacer referencia también a la antigua CAM.

que la evaluación de la conducta corresponda al Derecho común, esto como resultado de la peculiar forma de creación y conformación de dichos organismos y de la naturaleza de tales actividades, exentas del poder público.

(...)

la regla de la primacía de la realidad, en virtud de la cual, en este caso, la autoridad de competencia debe atender a las situaciones y relaciones económicas que efectivamente se realicen, persigan o establezcan, independientemente de la utilización de mecanismos legales para su probable materialización. En efecto, al analizar los distintos mercados y los actos supuestamente anticompetitivos, la autoridad de competencia debe indagar acerca de la verdadera naturaleza de las cosas, independientemente de lo que puedan indicar los documentos, contratos o incluso disposiciones normativas.

En aplicación de la regla de la primacía de la realidad enunciada en la Resolución N° 0072-2003/TDC-INDECOPI, la conducta desarrollada por los denunciados -el Coes-Sinac y las empresas Duke-Egenor, Eepsa, Etevensa, Edegel, Electroperú, Enersur y San Gabán-, sin importar el mecanismo utilizado para formalizar dicha conducta -las Resoluciones números 063-2001-DO/COES-SINAC y 002-2002-PD/COES-SINAC-, se encuentra dentro del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo N° 701<sup>294</sup>.

(subrayado añadido)

En tal sentido, la Sala dispuso que la CLC admita a trámite la denuncia de Termoselva. El resultado de este procedimiento es simplemente anecdótico pues concluyó con una transacción fuera del procedimiento entre las partes involucradas.

El pronunciamiento de la Sala en el caso del *COES* acogía el argumento de Termoselva. Así, la combinación de dos elementos determinaba la competencia de la CLC: (i) la existencia de un órgano dotado de funciones públicas, pero conformado por empresas privadas, y (ii) la posibilidad de una desviación o instrumentalización del poder público.

---

<sup>294</sup> Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI del 8 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por Termoselva contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros (Exp. 012-2002/CLC).

Como hemos visto en la parte correspondiente al estudio de la práctica jurisprudencial española y comunitaria, el análisis conjunto de estos dos elementos ha sido objeto de crítica, pues para determinar la competencia de la autoridad de competencia sólo debería atenderse al primero, esto es, analizar si podrían haber intereses privados de naturaleza concurrencial en la realización de una determinada conducta, siendo que el cumplimiento (o incumplimiento, o exceso) de un específico mandato legal correspondería al análisis de la existencia de una causa justificante que exonere a la empresa de responsabilidad *antitrust* (exención legal).

Ello no enerva la enorme importancia del pronunciamiento de la Sala que, luego de los pronunciamientos en los casos de los Colegios Profesionales, da un segundo y tal vez más grande paso encaminado a dotar el Derecho de la Competencia peruano de un enfoque funcional, recogido ya en la experiencia comparada. Así, se reconoce que un órgano con potestades públicas puede tener un interés anticompetitivo, típico de cualquier agente privado, cuando está compuesta por los propios competidores del mercado. Atendiendo a este posible interés, aun cuando la actuación sea formalmente pública, esto es, se ponga formalmente de manifiesto a través de un acto administrativo o una disposición normativa, ésta podrá ser objeto de enjuiciamiento mediante las normas *antitrust*.

Un año más tarde, sin embargo, la CLC adoptó un criterio distinto al establecido por la Sala en el caso del COES. En el año 2005, el Instituto de Educación Superior Particular - ESEFUL denunció a la Federación Peruana de Fútbol (en lo sucesivo, la Federación o la FPF) debido a la emisión de una resolución por medio de la cual se restringiría la competencia en el mercado de entrenadores de fútbol en los torneos oficiales de fútbol organizados por la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional (en adelante, la ADFP)<sup>295</sup>. En concreto, la resolución cuestionada disponía que sólo

---

<sup>295</sup> Resolución 001-FPF-2005:

“DÉCIMO TERCERO.-

(...)

podían participar en dichos campeonatos los directores técnicos que contaran con títulos otorgados por la Escuela de Entrenadores de la FPF u otra escuela autorizada por el Ministerio, cuyos títulos sean validados por la propia Federación.

Según el denunciante, esta medida de la Federación buscaba excluirla del mercado al ser la única competidora –con autorización ministerial– de la escuela de entrenadores de la FPF, el Instituto de Educación Superior Particular “Alfonso Huapaya Cabrera”. Del mismo modo, señalaba que la Federación había dirigido comunicaciones a diversos clubes deportivos advirtiendo de esta resolución, con la finalidad de atraer más estudiantes a su propia escuela de entrenadores y restar atractivo a la Eseful, porque era posible que los entrenadores de esta última no pudieran dirigir en los torneos oficiales de la ADFP.

La Federación, en su defensa, argumentó que su conducta no tenía un efecto anticompetitivo considerando un mercado relevante más amplio, compuesto por el mercado de técnicos de fútbol en general. Alegó también que no se buscaba restringir la competencia sino mantener estándares de calidad en cuanto a la carrera de director técnico de fútbol y rechazó que se haya negado la convalidación a los directores técnicos egresados de Eseful.

---

A partir del año 2005, sólo podrán dirigir en los Torneos Oficiales (Mayores y Menores), organizados por la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional Primera y Segunda División, y la Etapa Nacional de la Copa Perú, aquellos profesionales que cuenten con Títulos otorgados por la Escuela de Entrenadores de la Federación Peruana de Fútbol y por cualquier otra Escuela autorizada por el Ministerio de Educación, cuyos títulos serán refrendados y/o convalidados por la Federación Peruana de Fútbol.

A partir del año 2006, solo podrán dirigir en la Etapa Regional y Departamental de la Copa Perú, aquellos profesionales que cuenten con Títulos otorgados por la Escuela de Entrenadores de la Federación Peruana de Fútbol y cualquier otra Escuela autorizada por el Ministerio de Educación, cuyos títulos serán refrendados y/o convalidados por la Federación Peruana de Fútbol. Similar requisito regirá para los Asistentes Técnicos”.

Pese a que en un primer momento la CLC consideró que la conducta cuestionada podía calificar como una decisión empresarial con finalidad exclusoria<sup>296</sup>, posteriormente declaró improcedente la denuncia interpuesta, al estimar que la resolución cuestionada había sido dictada por la Federación en ejercicio de sus funciones públicas, por lo que la CLC resultaba incompetente para evaluar este tipo de actuaciones administrativas<sup>297</sup>. A criterio de este órgano funcional del INDECOPI, la Federación era una persona jurídica privada a la que se le habían delegado funciones administrativas y cuyas disposiciones debían ser acatadas por todas las organizaciones deportivas que integran el sistema deportivo nacional, en virtud de lo dispuesto por la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte.

Siguiendo este razonamiento, la CLC consideró que la conducta denunciada, esto es, la emisión de la resolución que presuntamente limitaba la competencia en el mercado de entrenadores de fútbol en los torneos oficiales de fútbol organizados por la ADFP, reflejaba el ejercicio de una función pública:

El artículo 13 de la Resolución N° 001-FPF-2005 responde al ejercicio de la potestad reglamentaria de la cual goza la Federación, la cual se plasma en una regulación respecto de qué requisitos deben reunir las personas que deseen dirigir en los campeonatos previstos en dicho dispositivo. Con dicha regulación la Federación no está actuando directamente en el mercado de fútbol. Ello, no significa que, en ciertos casos, las entidades que ejercen una determinada atribución pública puedan valerse de dicha potestad para beneficiarse o utilizarla para fines distintos por los cuales se les atribuyó dicha potestad.

Atendiendo a que la actuación de la Federación que ha sido objeto de cuestionamiento ha sido realizada en ejercicio de potestades administrativas,

---

<sup>296</sup> Resolución 038-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. 004-2005/CLC).

<sup>297</sup> Resolución 033-2006/INDECOPI-CLC del 5 de junio de 2006, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. 004-2005/CLC).



dicha actuación no podría ser objeto de control por parte de la autoridad de libre competencia. Ello, toda vez que los actos que son controlados por esta autoridad son aquellos que se emiten dentro del marco de decisiones privadas y no en ejercicio de potestades públicas<sup>298</sup>.

Consciente o inconscientemente, en el caso *ESEFUL*, la CLC se alejó del enfoque funcional desarrollado incipientemente por la Sala en el caso del *COES*, y esta situación se dio porque la CLC partió por considerar que las funciones que realiza la FPF son o bien públicas o bien privadas, descartando prácticamente que una institución privada pueda tener encomendada específicas tareas públicas y que el resto de sus actividad sea de naturaleza eminentemente mercantil o viceversa.

El denunciante había advertido en este caso que la Federación sólo cumplía una función pública en relación con el manejo de la Selección Peruana de Fútbol, pero la CLC rechazó esta posibilidad, considerando como públicas todas las actividades que realiza la FPF.

En este caso, la CLC no tomó en cuenta los intereses esencialmente económicos y potencialmente anticompetitivos que podía tener la Federación en la prestación de servicios de formación y capacitación de entrenadores de fútbol, para calificar su actuación como materialmente económica y, por tanto, someterla al cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Ello pese a que en un numeral de la resolución comentada, la propia CLC advierte que

la redacción del artículo 13 de la Resolución N° 001-FPF-2005 podría reflejar un conflicto de intereses entre la Federación como entidad que tiene la capacidad de regular la disciplina deportiva del fútbol, y como entidad privada que puede ser propietaria de una escuela de dirección técnica en fútbol<sup>299</sup>.

---

<sup>298</sup> Ídem.

<sup>299</sup> Ídem.

La CLC finalmente se centró en dilucidar si la Federación en sí misma era una entidad netamente privada o una persona privada con funciones públicas delegadas. A diferencia del enfoque de la Sala en el caso del *COES*, no se evaluó si la conducta realizada consistente en limitar las posibilidades de acceso de los entrenadores de fútbol a los torneos deportivos oficiales, sea cual fuera su forma de manifestación (resolución, circular, etc.), era propiamente una decisión empresarial o una actividad pública.

Probablemente, la CLC hubiera tenido un diferente parecer si hubiera partido de un análisis funcional, en el que constatará que la Federación realizaba la misma actividad empresarial que, de alguna manera –justificada o no–, se estaba limitando, estos es, la capacitación y enseñanza de directores técnicos de fútbol.

Por otra parte, tampoco se consideró que, el hecho de que sólo se admita una federación deportiva nacional, no convierte inmediatamente a estas asociaciones en parte de la Administración Pública. Las federaciones surgen por iniciativa privada, financiadas por sus propios recursos y son autónomas en su organización, por lo que esta limitación de acceso al “mercado de federaciones” difícilmente podría cambiar la naturaleza eminentemente empresarial de una federación.

Materialmente, la actividad de controlar qué entrenadores realizan su actividad profesional económica en los campeonatos afiliados a la Federación sería una decisión empresarial, aun cuando genéricamente pueda encajar dentro de las labores de supervisión y evaluación contempladas en la Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte<sup>300</sup>.

Finalmente, habiendo refutado su competencia en esta materia, la CLC resolvió remitir el expediente administrativo a la CEB, competente para enjuiciar la legalidad y racionalidad de las actuaciones administrativas que constituyan limitaciones al

---

<sup>300</sup> Ley 28036.

ejercicio de actividades económicas (barreras burocráticas). En su oportunidad, la CEB consideró que la cuestionada resolución de la Federación constituía una barrera burocrática ilegal, pronunciamiento que fue confirmado por la Sala<sup>301</sup>.

Si bien, en este caso, la Sala no evaluaba directamente el pronunciamiento de la CLC, sí lo respaldó indirectamente al validar que la actuación cuestionada de la FPF era la manifestación de una función pública. Para ello, descartó aspectos organizacionales que podrían reflejar la naturaleza empresarial de dicha entidad y dio prioridad a elementos más formales como la vinculatoriedad de sus decisiones:

18. El factor determinante por el que una persona de derecho privado se asimila a una entidad administrativa no son los términos en que fue creada, el régimen laboral de su personal o la recepción de fondos públicos, sino la naturaleza de las funciones que desarrolla. Si sus pronunciamientos son vinculantes u obligan a los particulares que actúan en una industria u oficio determinado, no por disposiciones contractuales sino por el poder de imperio propio del estado, que ejerce dicha entidad, privada entonces estaremos frente al ejercicio de funciones públicas sin que ello implique una modificación del régimen privado bajo el cual se organice la persona jurídica en cuestión<sup>302</sup>.

Ya hemos visto que, según el enfoque funcional, los elementos formales no deberían guiar la evaluación de la agencia de competencia, sino el contenido material de la conducta y los intereses económicos que pueden estar involucrados en ella. En ese sentido, se debería descartar la vinculatoriedad de las decisiones de las entidades cuestionadas y la manifestación jurídica que conlleven (asimilable, tal vez, a la de un acto o reglamento administrativo) como criterios preponderantes

---

<sup>301</sup> Resolución 0242-2006/CAM-INDECOPI del 21 de diciembre de 2006; y, Resolución 1180-2007/TDC-INDECOPI del 11 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. 000065-2006/CAM).

<sup>302</sup> Resolución 1180-2007/TDC-INDECOPI del 11 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. 000065-2006/CAM).

para considerar a una conducta investigada como una manifestación del ejercicio de una función pública.

Resulta paradójico el resultado final del caso por dos razones: primero, porque si se hubiera evaluado como una decisión netamente empresarial, cabía la posibilidad de que la conducta de la FPF hubiera sido considerada como justificada, en cambio esto no fue así porque al calificarse como una actuación administrativa, estaba sometida al principio de legalidad, en virtud del cual, sólo podía realizar las acciones permitidas por la ley. En segundo lugar, porque la Federación no rechazó en ningún momento ante la CLC la naturaleza privada de su decisión, incluso negó ante la CEB que haya actuado en ejercicio de una función pública.

En el siguiente capítulo revisaremos críticamente la aproximación del INDECOPI a la delimitación del ámbito de aplicación de las normas de competencia. Bastará por ahora indicar, a modo de resumen, que no se puede concluir que se haya construido un criterio sólido y uniforme en torno a la calificación de las entidades de autorregulación como empresas a la luz del Derecho de la Competencia peruano.

### **III.2 Las exenciones públicas/normativas, o delimitación del ámbito de aplicación objetivo de la ley de libre competencia**

Un segundo supuesto en el cual la intervención estatal puede restringir la competencia y afectar la eficacia de la legislación de defensa de la competencia es el de la exención normativa.

Se ha podido apreciar a partir de la práctica jurisprudencial estadounidense, europea y española que la regulación normativa de determinadas conductas comerciales puede tener dos consecuencias jurídico-prácticas de vital importancia para la protección de la libre competencia: (i) la exención legal de determinadas conductas, razón por la cual si bien la agencia de competencia es competente para conocerlas, resultan justificadas y exentas de responsabilidad; o (ii) el

desplazamiento de la legislación de defensa de la competencia, quedando algunas conductas sometidas únicamente al cumplimiento de la regulación sectorial y fuera del escrutinio *antitrust*.

En ambos casos, la conducta queda libre de responsabilidad por infracción a las leyes de defensa de la competencia. La sutil diferencia consiste en que en el primer escenario, la conducta no es sancionable; mientras que en el segundo, la práctica puede ser enjuiciable pero sólo bajo las reglas sectoriales específicas cuya fiscalización ha sido encomendada a un organismo regulador.

En el primer tipo de casos, el INDECOPI ha analizado si se ha probado que las conductas imputadas como anticompetitivas han sido permitidas o impuestas por una autoridad pública o si encajan dentro del “ejercicio regular de un derecho”, que consiste en una tibia aproximación al tema de la exención legal. La segunda hipótesis, en cambio, ha sido resuelta bajo la aplicación del denominado “principio de supletoriedad”, cuyo concepto y parámetros no han estado exentos de controversia a nivel doctrinario y jurisprudencial.

A continuación desarrollaremos estos casos por separado, y al final del presente sub-capítulo haremos una reflexión conjunta de ellos.

#### **A) Las conductas anticompetitivas permitidas o propiciadas por el Estado: las exenciones por intervención pública**

El criterio de exención por actuación pública supone la ausencia de responsabilidad por infracción a las normas de competencia cuando la conducta anticompetitiva ha tenido origen en el mandato de una autoridad pública. La consecuencia de la exención no es la incompetencia de la autoridad de defensa de la competencia, puesto que se trata de una conducta privada y anticompetitiva. El efecto de esta exención es la justificación de la conducta y, por tanto, la exoneración de sanción de las empresas involucradas en la práctica cuestionada.

A diferencia de lo que sucede en la práctica española, podemos constatar que en las escasas controversias en las que se ha alegado la concurrencia de la exención en el Perú, no se ha reparado en analizar el rango o jerarquía del mandato estatal (normativo o no) que sustenta la exoneración de responsabilidad.

Un caso de especial importancia es el ya citado caso del SOAT, en el que la CLC y la Sala, en segunda instancia, sancionaron a diversas empresas aseguradoras por haber concertado el monto de las primas del seguro vehicular obligatorio. Las empresas denunciadas señalaron, en su defensa, que esta concertación se produjo debido a las solicitudes del Ministerio de Transporte y Comunicaciones para que se acordara un precio bajo en las referidas primas.

Ante este argumento, si bien la Sala estimó que el Ministerio invocó activamente a dichas empresas a bajar el precio de sus primas, concluyó que no existían pruebas que acreditaran que dicha entidad haya intervenido para recomendar o favorecer la fijación concertada de un monto común. Asimismo, aun cuando la intervención del Ministerio fue considerada como un factor atenuante a efectos de graduar la sanción a las empresas aseguradoras, se consideró que esta actuación estatal no eximía de responsabilidad a los agentes privados por el incumplimiento de la ley de libre competencia:

Se debe precisar que no ha quedado demostrado en el expediente, ni existen indicios de que el MTC haya decidido o recomendado a las investigadas un precio único a ser cobrado por el SOAT. En tal sentido, si bien existen elementos que dan cuenta de que el MTC exhortó activamente a las empresas para que los costos del SOAT fuesen reducidos en lo posible, tal invocación no obligaba en forma alguna a las investigadas, que en el marco de economía social de mercado consagrado en la Constitución y, conforme a la regulación general de seguros, estaban en la libertad de fijar las primas que fueran más convenientes a sus intereses, siendo plenamente conscientes de ello.

(...)

Por tanto, las empresas decidieron voluntariamente adoptar los acuerdos de fijación de precios, tomando tal decisión en el marco de los órganos de la

APESSEG. En tal sentido, si bien la actuación del MTC debe ser considerada como un factor atenuante al evaluar la participación de las investigadas en la formación de los acuerdos – decisión para fijar precios, de ninguna forma la actuación del Ministerio rompe el nexo causal existente entre la conducta de las investigadas y la infracción, por lo que no afecta la existencia de responsabilidad por parte de las investigadas<sup>303</sup>.

Los argumentos utilizados por la Sala parecen ser contradictorios entre sí, puesto que, por un lado, la Sala declara que no habría lugar a una exoneración de sanción debido a la ausencia de pruebas de que la autoridad pública haya fijado o recomendado un precio único a las empresas coludidas; pero por el otro, señala que aun ante una invocación de la autoridad pública, las empresas investigadas tenían libertad para fijar sus precios.

Esta indefinición impide que se pueda extraer una conclusión clara acerca de la posibilidad de exoneración de sanción por la comisión de conductas anticompetitivas, en atención a la petición o actuación de hecho de una autoridad pública, no amparada en una norma legal.

Otro caso importante en el que la actuación estatal pudo exonerar de responsabilidad a un agente económico fue el del procedimiento seguido contra la empresa Ferrocarril Transandino (Fetrans), encargada de la administración del Ferrocarril Sur-Oriente obtenida mediante un Contrato de Concesión. En virtud de dicho contrato, la referida empresa obtuvo también el derecho para explotar el material tractivo y rodante entregado en concesión, por lo que lo arrendó de manera exclusiva a su empresa vinculada, Perú Rail (Perurail), oponiendo esta exclusividad a la empresa competidora Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu (Fersimsac) que le solicitó el alquiler de parte de este material. Frente a ello, Fersimsac denunció

---

<sup>303</sup> Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, en el procedimiento seguido de oficio contra nueve compañías de seguros y el gremio que las agrupa (Exp. 004-2002-CLC).

Fetrans por la negativa a arrendarle el material tractivo y rodante, justificada en esta presunta exclusividad permitida por el Contrato de Concesión.

La CLC declaró infundada la denuncia interpuesta contra Fetrans pues entendió que el Contrato de Concesión sustentaba la exclusividad otorgada a Perurail. Así, la CLC entendió que la negativa denunciada constituía, realmente, el ejercicio regular de un derecho amparado en el Contrato de Concesión:

(...) la conducta de Fetrans no puede ser sancionada como una negativa injustificada, dado que la posibilidad de alquilar el cien (100) por ciento del material tractivo y rodante a su empresa vinculada era una posibilidad no prohibida por la Circular N° 017, sino contractualmente posible por el Contrato de Concesión<sup>304</sup>.

La Sala, en cambio, interpretó que el Contrato de Concesión no le otorgaba a dicha empresa la exclusividad en el uso del material y que, por lo tanto, su negativa basada exclusivamente en lo dispuesto en el Contrato resultaba injustificada<sup>305</sup>.

Considerando que, en este caso, la justificación de la negativa de la empresa denunciada recaía esencialmente en lo dispuesto en el Contrato de Concesión, tanto para la CLC como para la Sala había que atender a lo previsto en dicho contrato para dilucidar si la conducta de Fetrans infringía o no lo previsto en el Decreto Legislativo 701. Siguiendo este razonamiento, si un Contrato de Concesión amparara la adopción de una conducta que pudiera ser considerada como anticompetitiva, ésta estaría exenta de sanción.

---

<sup>304</sup> Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de setiembre de 2006, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu y la Comisión de Libre Competencia contra Ferrocarril Transandino (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).

<sup>305</sup> Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu y la Comisión de Libre Competencia contra Ferrocarril Transandino (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).



Bajo el criterio desarrollado en este último caso, una disposición pública (lo que podría incluir no sólo leyes en sentido estricto sino también otros instrumentos que sirvan como marco regulatorio como por ejemplo un Contrato de Concesión) podría exonerar a una empresa de responsabilidad por infringir el Decreto Legislativo 701. Analizaremos con más detalle este asunto en el siguiente capítulo.

## **B) La ley de libre competencia frente a las regulaciones sectoriales: el principio de supletoriedad**

En el Perú, la relación entre la regulación sectorial y las normas de defensa de la competencia ha sido abordada bajo el concepto del “principio de supletoriedad”, término utilizado por las autoridades de competencia para definir la aplicación o no de la ley de libre competencia a un caso concreto.

El primer caso en el que se hace mención al principio de supletoriedad es el que corresponde a la denuncia interpuesta por Paneles Napsa contra Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte (Edelnor). La primera de las mencionadas alegaba que Edelnor, empresa encargada de la distribución de energía eléctrica en un sector de Lima, se había negado injustificadamente a proporcionarle de la energía eléctrica solicitada para el funcionamiento de dos paneles publicitarios de propiedad de la denunciante.

La CLC resolvió declarar improcedente la denuncia dado que la Ley de Concesiones Eléctricas obligaba a las empresas distribuidoras a suministrar energía eléctrica a los usuarios “libres”, esto es, aquéllos cuya demanda de energía no excedía de 1 MW de potencia, caso en el que se encontraba Paneles Napsa. La CLC estimó que al haber una regulación específica que obligaba a Edelnor a realizar la conducta que la denunciante solicitaba, no resultaba aplicable el Decreto Legislativo 701, en virtud del principio de supletoriedad:

(...) si el Estado, a través de OSINERG determinó la necesidad de regular un mercado, tomando la decisión por este, entonces, no sería posible aplicar normas de competencia, ya que el Estado decidió anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. En consecuencia, una vez en conflicto regulación y competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de OSINERG las que primen sobre el Decreto Legislativo 701<sup>306</sup>.

(subrayado añadido)

Un caso muy similar surgió años más tarde con ocasión de la denuncia interpuesta por Tecnimotors contra otra empresa de distribución de energía eléctrica, Luz del Sur, que se había negado a suministrar energía a un inmueble de propiedad de la denunciante, debido a que presuntamente habría requerido que Tecnimotors pagara las cuentas de electricidad del antiguo propietario de dicho inmueble, como condición previa para iniciar el suministro de energía eléctrica. En este caso, no se hizo referencia expresa al principio de supletoriedad, pero también se declaró improcedente la denuncia por considerar que el organismo de regulador en el sector de energía, el Osinergmin<sup>307</sup>, era la entidad competente para conocer el posible incumplimiento de las obligaciones de servicio universal de las empresas de distribución de energía eléctrica<sup>308</sup>.

El previamente referido caso de Practimar Ilo contra ENAPU por su negativa de otorgar acceso a Opermarpo para prestar los servicios de amarre y desamarre en el Terminal Portuario de Ilo es otro ejemplo de la aplicación del principio de

---

<sup>306</sup> Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo del 2002, en el procedimiento seguido por Paneles Napsa contra Empresa de Distribución Eléctrica de Lima - Norte - Edelnor (Exp. 001-2002-CLC).

<sup>307</sup> Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN (antes, OSINERG).

<sup>308</sup> Resoluciones 005-2005-INDECOPI/CLC del 2 de febrero de 2005, y 0732-2005/TDC-INDECOPI del 1 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por Representaciones Tecnimotors contra Luz del Sur (Exp. 014-2004/CLC)

supletoriedad por la CLC. La CLC tomó en cuenta que la regulación sectorial preveía un procedimiento para el acceso a las facilidades esenciales administradas por los operadores como ENAPU, por lo que concluyó que era el Ositran la entidad encargada de conocer la controversia:

(...) existiendo un procedimiento regulado, contenido en el Reglamento Marco de Acceso, para el otorgamiento de acceso y una autoridad competente para la resolución de conflictos respecto al acceso en otro ente administrativo del Estado, la Comisión de Libre Competencia sería incompetente para conocer la presente denuncia<sup>309</sup>.

Siguiendo con esta línea jurisprudencial, en el año 2006, la CLC se pronunció sobre la denuncia interpuesta por Alfagas contra Repsol por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

En atención al Reglamento de Comercialización de GLP, las empresas que comercializaban balones de GLP debían rotular sus balones de gas con su logo y pintarlos del color específicamente asignado. En este esquema, las empresas eran los titulares de los balones de gas que tenían su color y logo, y también responsables por el cumplimiento de las normas de seguridad para su envasado. Asimismo, se obligaba a las empresas envasadoras a intercambiar entre sí los cilindros vacíos de otras empresas que hubieran recibido de los consumidores al momento de comercializar cilindros llenos de GLP. Si una empresa no tenía cilindros suficientes para intercambiar, debía pagar una contraprestación en dinero por los cilindros que la otra empresa le devolviera.

En su denuncia, Alfagas señaló que, pese a sus requerimientos, Repsol se había negado a efectuar este procedimiento de intercambio, ello con el objeto de desabastecerla de cilindros de GLP y propiciar su expulsión del mercado.

---

<sup>309</sup> Resolución 015-2002-CLC/INDECOPI del 28 de agosto de 2002, en el procedimiento seguido por Practimar Ilo contra la Empresa Nacional de Puertos - ENAPU.

La CLC se pronunció declarando improcedente la denuncia por considerar, una vez más, que la conducta específica se encontraba prevista en la regulación sectorial del sector energético, cuya supervisión y fiscalización estaba encomendada a Osinergmin, como organismo regulador<sup>310</sup>.

Hasta este punto de nuestra revisión jurisprudencial, es evidente la posición consistente de la CLC de abstenerse de conocer las controversias vinculadas a cualquier conducta que sea supervisada por un organismo regulador.

Este criterio fue dejado de lado parcialmente por la Sala de Defensa de la Competencia en su resolución de segunda instancia precisamente en el caso *Alfagas*. A criterio de la Sala, no toda regulación excluía la aplicación de las normas de defensa de la competencia y, consecuentemente, las potestades de la agencia de competencia, sino únicamente aquella regulación que apuntara a corregir la distorsión propia de los monopolios naturales, la que califica como “regulación económica”.

La Sala consideraba que este tipo de problemas podían ser atendidos alternativamente por regulación económica o por la legislación de defensa de la competencia, siendo que se opta por la regulación cuando los problemas de los monopolios naturales no serían eficazmente atendidos por las normas de defensa de la competencia, circunstancia que hace innecesaria su aplicación:

(...) el principio de supletoriedad no se aplica frente a la regulación social, sino frente a la regulación económica, por la sencilla razón de que si en un mercado la competencia no es posible, de nada sirve la aplicación de la política de competencia. En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un

---

<sup>310</sup> Resolución 021-2007/CLC del 21 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú (Exp. 009-2006/CLC).

monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de la regulación económica<sup>311</sup>.

En el caso concreto, la Sala concluyó que a diferencia de la regulación económica, el Reglamento de Comercialización de GLP que establecía la obligación del intercambio de balones, no tenía por objeto evitar afectaciones del mercado ni atender un problema de monopolio natural, sino que buscaba garantizar la permanencia de un número determinado de cilindros en el mercado. En este sentido, al considerar que se trataba de una regulación social, la Sala concluyó que la regulación sectorial y la ley de libre competencia coexistían y que una misma conducta podría generar una infracción a ambos cuerpos normativos, por lo que revocó la resolución de la CLC, ordenándole admitir a trámite la denuncia interpuesta por Alfa Gas.

El pronunciamiento de la Sala constituye un intento por limitar la extensión del principio de supletoriedad que, como hemos visto, fue interpretado de una manera amplia por la CLC, que consideraba que toda conducta cuya supervisión fuera encomendada a un Organismo Regulador limitaba su competencia.

Si se aplica el concepto que da la Sala al término “regulación económica”, podemos presumir que los casos anteriormente resueltos por la CLC (*Paneles Napsa*, *Practimar Ilo* y *Tecnimotors*) hubieran tenido una conclusión similar a la que dio la primera instancia. En todos ellos se trataba de una negativa a un recurso controlado por un solo agente y presumiblemente insustituible (monopolio natural).

Sin embargo, es importante hacer unas precisiones en este punto, sin perjuicio de profundizar en ellas más adelante. En primer lugar, los casos de *Paneles Napsa* y *Tecnimotors* no presentaban verdaderamente controversias de libre competencia, dado que ninguno de los solicitantes era un competidor real ni potencial de las

---

<sup>311</sup> Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú (Exp. 009-2006/CLC).

empresas de distribución de energía eléctrica. La regulación sectorial que imponía la obligación de atender las solicitudes de los usuarios derivaba del principio de servicio universal, característico de los servicios públicos o servicios de interés general y no de una necesidad de impedir una posible exclusión del mercado. En todo caso, se puede afirmar que responden más a una lógica de protección al consumidor que a una perspectiva de protección del proceso competitivo. Esta obligación ha sido recogida en el Reglamento General de Osinergmin, bajo la denominación de principio de libre acceso:

**Artículo. 4º. – Principio de Libre Acceso.-**

La actuación de OSINERG deberá orientarse a garantizar a los USUARIOS DE SERVICIO PÚBLICO o CONSUMIDORES REGULADOS, el libre acceso a los servicios de suministro de energía eléctrica e hidrocarburos, siempre que se cumplan los requisitos legales y contractuales correspondientes<sup>312</sup>.

A diferencia de lo que sucedía en el Asunto *Practimar Ilo*, la regulación sectorial en los casos *Paneles Napsa* y *Tecnimotors* no pretendía atender a un problema de competencia sino a uno de cumplimiento de las obligaciones de servicio universal. Ello se desprende incluso del procedimiento administrativo que corresponde en estos casos ante el Organismo Regulador, el mismo que es resuelto por la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios<sup>313</sup> y no por los Cuerpos Colegiados y el

---

<sup>312</sup> Artículo 4 del Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.

<sup>313</sup> **Resolución 312-2004-OS-CD, Reglamento de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - JARU**

**Artículo 2.- Competencia de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios**

La Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios, en adelante “JARU”, tiene competencia nacional para:

a) Conocer y resolver en segunda y última instancia administrativa las reclamaciones formuladas por los usuarios ante las entidades que brindan servicios públicos de electricidad y distribución de gas natural bajo el ámbito de competencia de OSINERG y que versen sobre las siguientes materias:

- Instalación o activación del servicio.
- Suspensión o corte del servicio.

(...)

Tribunal de Solución de Controversias del OSINERGMIN, órganos que, en primera y segunda instancia respectivamente, resuelven las disputas que ente se presentan entre empresas competidoras, o entre éstas y usuarios libres (no sometidos a regulación tarifaria)<sup>314</sup>.

---

<sup>314</sup> **Resolución de Consejo Directivo del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía 0826-2002/OS-CD, Reglamento de Osinerg para la Solución de Controversias**

**Artículo 2°.- Competencia de OSINERG.** Los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias tienen competencia para lo siguiente:

a) Resolver, en primera y en segunda instancia administrativa, respectivamente, las siguientes controversias:

- Controversias entre Generadores, entre Generadores y Transmisores, y entre Transmisores del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional, distintas a las originadas en el Comité de Operación Económica del Sistema - COES y que se relacionen con materias sujetas a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias entre Transmisores y Usuarios Libres, y entre Distribuidores y Usuarios Libres del subsector eléctrico, que dificulten o limiten el acceso del usuario a las redes tanto de los sistemas secundarios de transmisión y/o de los sistemas de distribución eléctrica.

- Controversias entre Generadores y Distribuidores, entre Generadores y Usuarios Libres, entre Distribuidores, entre Usuarios Libres y entre Transmisores y Distribuidores de Electricidad, relacionadas con aspectos técnicos, regulatorios, normativos o derivados de los contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias entre Transportistas de hidrocarburos o Distribuidores de gas natural por red de ductos con los Distribuidores, Comercializadores.

- Usuarios Libres que emplean sus servicios de transporte o distribución, sobre los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del servicio, o derivados de contratos de concesión sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias entre Usuarios Libres y los Productores, Distribuidores o Comercializadores que le proporcionan suministro de gas natural, relacionadas con los aspectos técnicos, regulatorios o normativos del suministro, o derivados de contratos de concesión, sujetos a supervisión, regulación y/o fiscalización por parte de OSINERG.

- Controversias relacionadas con las decisiones emitidas al interior del Comité de Operación Económica del Sistema (COES) que afecten a los usuarios regulados; esta competencia sólo se aplica para el caso del Tribunal de Solución de Controversias, por mandato de la Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica, Ley N° 28832.

- Controversias entre entidades mineras, excluyendo a la pequeña minería y la minería artesanal, según lo establecido por la Ley que transfiere competencias de supervisión y fiscalización de las actividades mineras al OSINERGMIN, Ley N° 28964.

- Otras controversias que determine el Consejo Directivo de OSINERG.

b) Conciliar intereses contrapuestos sobre las materias que son de competencia exclusiva de OSINERG.

Esta constatación nos permite arribar a una segunda inferencia. El pronunciamiento de la Sala se aproxima, en alguna medida, a los ya revisados criterios jurisprudenciales norteamericanos y españoles en los que se busca hallar la voluntad legislativa para efectos de dilucidar si la legislación de competencia ha sido desplazada por la regulación sectorial. Sin embargo, la Sala no busca dilucidar la verdadera opción legislativa sino que asume que, en cualquier caso donde la regulación atiende a un problema de monopolio natural, debe dejarse de lado las normas de defensa de la competencia.

Sin embargo, la jurisprudencia estadounidense nos mostraba cómo, ante el silencio legislativo, era necesario revisar el modelo regulatorio y analizar algunos elementos como por ejemplo: las posibles contradicciones entre los efectos de la aplicación de la regulación sectorial y las leyes *antitrust*, la existencia de una norma específica aplicable para la conducta investigada, la existencia de un procedimiento específico para verificar el cumplimiento de dicha conducta, la opción por un modelo de autorregulación acompañado de una supervisión efectiva por parte del organismo regulador, entre otros factores, que podían ayudar a esclarecer si la regulación sectorial desplazaba, implícitamente, la aplicación de las normas *antitrust*.

Sin perjuicio de las dificultades prácticas que pudieran generarse para dilucidar cuándo se está ante un supuesto de monopolio natural y cuándo una determinada regulación califica como “económica”, parece que la Sala decide implantar su propio criterio para determinar la primacía de la regulación en lugar de averiguar cuál ha sido el modelo legislativo adoptado. Cabe acotar que la jurisprudencia previa de la CLC tampoco apuntaba a este fin y también presumía (en sentido inverso) que toda regulación sectorial desplazaba a las normas de defensa de la competencia.

En relación con la regla de análisis establecida en *Alfa Gas*, es factible que ante un supuesto de monopolio natural, exista una regulación sectorial específica que, si no llega desplazar completamente a las normas de defensa de la competencia, probablemente haga innecesaria su aplicación, como sucedía en el caso



norteamericano *Trinko* con las obligaciones de compartir redes de telecomunicaciones.

Sin embargo, puede haber algunos supuestos que no cumplan con las características de monopolio natural y en los que, pese a ello, el legislador haya optado por la no aplicación de las normas de competencia y disponer el exclusivo enjuiciamiento de una conducta bajo la legislación sectorial. No obstante, en este supuesto, la regla establecida por la Sala en el Asunto *Alfa Gas* impediría el retroceso la legislación de competencia a favor de la regulación sectorial, pese a que ello contravendría la opción asumida a nivel legislativo.

El pronunciamiento de la Sala en el caso *Alfagas* ha motivado la reacción de algunos especialistas nacionales en la materia, quienes han criticado esta resolución desde perspectivas distintas y, hasta cierto punto, opuestas.

Por una parte, Patrón critica la postura adoptada por la Sala, en la medida que podría implicar que los agentes económicos sean sancionados pese a cumplir el mandato soberano de alguna entidad pública, situación que debería rechazarse, con independencia de la naturaleza teórica de la regulación que impone dicho mandato:

La aplicación o no de la Ley de Libre competencia a una actuación de un particular frente a un mandato soberano no puede basarse en la “naturaleza” teórica de la regulación sectorial frente a la que nos encontremos.

(...)

Lo verdaderamente relevante (...) no es si el mandato es, de manera abstracta, una ‘regulación social’ o una ‘regulación económica’, sino si tal actuación ha verdaderamente respondido a un auténtico mandato soberano, dictado regularmente en virtud de potestades legalmente conferidas. Cuando sea así, ya sea que se trata de una regulación del Instituto Peruano de Energía Nuclear que por razones de seguridad obligue a los fabricantes de máquinas que emitan cierto tipo de radiación a estandarizar las características técnicas de los productos que ofrecen o de un organismo regulador que disponga el pago de un

peaje predeterminado a favor del incumbente por parte de quienes accedan a su infraestructura 'monopólica', el particular que actúa conforme a lo prescrito por el ordenamiento legal no puede ser luego sancionado por el mismo acto por presuntamente incumplir la normativa de competencia<sup>315</sup>.

En tal sentido, argumenta Patrón que, bajo el criterio de supletoriedad interpretado por la Sala, el INDECOPI estaría facultado a sancionar conductas contraviniendo el mandato específico de las entidades regulatorias, lo que convertiría a la agencia de competencia en una especie de "superorganismo regulador"<sup>316</sup>.

Desde una perspectiva muy distinta, Quintana sí admite la aplicación concurrente de las normas de competencia y las regulaciones sectoriales cuando respondan a finalidades distintas y no excluyentes<sup>317</sup>, fundamentándose esencialmente en la jurisprudencia norteamericana del caso *Trinko*, en cuyo caso propone la aplicación de una sola sanción, la más grave contemplada de entre los dos ordenamientos<sup>318</sup>.

Sin embargo, Quintana además de criticar la Resolución de la Sala por la incorrecta conceptualización que habría hecho respecto de la "regulación económica", plantea un cuestionamiento a la prevalencia que se predica de la regulación sectorial por encima de las normas de competencia, tanto a nivel de las decisiones de los organismos reguladores como respecto de la posibilidad de que decisiones administrativas o reglamentos generales de los organismos reguladores primen sobre la norma de defensa de la competencia que tiene rango legal.

---

<sup>315</sup> PATRÓN, Carlos. "El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia", en: *Derecho y Sociedad* N° 30. Lima, 2008, p. 407.

<sup>316</sup> Cf. Ídem, p. 408.

<sup>317</sup> Cf. QUINTANA, Eduardo. "Aplicación de las normas de defensa de la competencia en industrias reguladas: ¿Redirigiendo la brújula?", en: *Revista Derecho y Economía* Vol. 5, Invierno 2008, Lima, p. 8.

<sup>318</sup> Cf. Ídem, p. 10.

No obstante, el propio autor brinda los argumentos que justificarían esta preponderancia de la regulación sectorial. Así, sobre el primer aspecto admite que los reguladores opten “por exigir o autorizar comportamientos que pueden restringir la competencia, considerando que existen otros bienes jurídicos protegidos que priman sobre la competencia y sobre la eficiencia económica”<sup>319</sup>. Del mismo modo, respecto del segundo asunto, sostiene que:

si bien la NDC [Norma de Defensa de la Competencia] tiene rango legal y es de mayor jerarquía que las normas que establecen el principio de supletoriedad y que la RS que puede restringir la competencia, dadas las especiales características de las industrias reguladas, la RS prima por la regla de especialidad de las normas<sup>320</sup>.

En buena medida, tanto Patrón como Quintana coincidirían en la primacía de la regulación sectorial por encima de las leyes de defensa de la competencia, aunque como veremos en el último capítulo, las dudas sobre esta premisa, llevan al segundo autor a proponer un esquema distinto para solucionar los problemas en la interacción entre organismos reguladores y agencias de competencia, que apunta a una mayor coordinación entre estas autoridades.

Otro caso seguido ante INDECOPI donde las partes discutieron ampliamente sobre la relación entre las normas de competencia y las normas sectoriales fue el ya comentado caso del *COES*.

Como habíamos adelantado en el acápite III.1.B), en este caso, el *COES* alegaba que el marco regulatorio establecido buscaba garantizar que las decisiones adoptadas a su interior, vinculadas con el establecimiento del orden en que las empresas generadoras entraban al despacho de energía establecimiento, no respondan a los intereses particulares de sus miembros, sino al interés público de

---

<sup>319</sup> Ídem, p. 14.

<sup>320</sup> Ídem, p. 15.

manejar un sistema eficiente. Según los denunciados, existían mecanismos regulatorios para prevenir posibles distorsiones a la competencia, por lo que no había espacio para la intervención supletoria de la norma de defensa de la competencia. Por su parte, la denunciante negaba esta circunstancia señalando que la regulación no establecía los mecanismos necesarios que impidieran la adopción de conductas restrictivas a la competencia como la que se habría llevado a cabo al interior del COES.

Si bien en la regulación sectorial se preveía que el COES realice esta función de control del orden para el despacho de energía eléctrica en función a los costos operativos de las empresas generadoras, ninguna de las partes asumió que ello por sí solo desplazaba la aplicación del Decreto Legislativo 701, como lo venía haciendo la CLC desde una perspectiva amplia del principio de supletoriedad. Por el contrario, ambas empresas profundizaron en las características del modelo (por ejemplo, existencia de un procedimiento específico para la conducta cuestionada, la existencia de mecanismos de revisión de la decisión del COES, la supervisión del Organismo Regulador, entre otros) para sustentar si existía o no una primacía implícita regulatoria sobre las normas de competencia, de manera similar a los factores que, como hemos estudiado, valora la jurisprudencia norteamericana en esta materia.

No obstante, la CLC y la Sala se centraron en el análisis sobre la naturaleza pública o privada de la conducta imputada al COES y si ésta se encontraba dentro del ámbito de aplicación objetivo de la ley de libre competencia, y omitieron pronunciarse sobre la relación entre la regulación sectorial y las normas de competencia respecto de la conducta que fue denunciada.

Un caso adicional, que ya fue estudiado en el acápite III.2.A), y en el que se podría encontrar también un problema sobre la interacción entre la regulación sectorial y la legislación de defensa de la competencia, es el caso *Fetrans*.

En este caso, la discusión central pasaba por esclarecer si Fetrans tenía la facultad para utilizar en exclusiva el material tractivo y rodante entregado en concesión por el Estado peruano. Esta determinación se realizó, finalmente, sobre la base del Contrato de Concesión, en virtud del cual la Sala consideró que la negativa de Fetrans de alquilar el material tractivo y rodante a su competidora, Fersimsac, resultaba injustificada por contravenir el deber de no discriminación establecido en el Contrato.

Cabe destacar que este caso fue resuelto por la CLC en el año 2006 y por la Sala en el año 2007, es decir, de manera previa al criterio aprobado por la Sala en el caso de *Alfagas*. Pese a este contexto, los órganos funcionales del INDECOPI no aplicaron el principio de supletoriedad en el sentido amplio que primigeniamente venía siendo entendido por la CLC, lo que hubiera ocasionado que se derive el caso a OSITRAN en la medida que la obligación de contratar o no se tendría que extraer del ordenamiento sectorial, en particular, el Contrato de Concesión.

En cambio, tanto la CLC como la Sala admitieron su competencia, concluyendo implícitamente que el Decreto Legislativo 701 sí resultaba aplicable. En particular, la Sala no sólo admitió implícitamente la concurrencia en la aplicación de las normas sectoriales y de competencia, sino que incluso las aplicó de manera conjunta. En efecto, al sancionar a Fetrans por negativa de trato, consideró que se había infringido el Contrato de Concesión, lo que, en última instancia, implicó también la infracción de la ley de libre competencia.

Además de los casos tramitados ante el INDECOPI sobre esta materia, el Organismo Regulador de las Telecomunicaciones (OSIPTEL) también ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto. El OSIPTEL, además de las funciones propias de regulación, también cumple las labores de agencia de competencia en el campo de los servicios públicos de telecomunicaciones, a través de los Cuerpos

Colegiados (CCO) y el Tribunal de Solución de Controversias (TSC), en primera y segunda instancia administrativa, respectivamente<sup>321</sup>.

El primer caso en esta materia que fue de conocimiento del OSIPTEL corresponde a la denuncia interpuesta por Red Privada Virtual contra Telefónica del Perú. La primera denunciaba la estrategia comercial implementada por Telefónica en la prestación de sus servicios de Internet, por medio de la cual se otorgaba una tarifa plana a los usuarios de los servicios de Internet conectados a través de la red de Telefónica, negando dicha tarifa promocional a los proveedores de servicios de Internet que se conectaban a través de otras redes.

El CCO constató que la tarifa promocional cuestionada por RPV se encontraba dentro de la “Línea Premium” aprobada por la Gerencia General de OSIPTEL, conforme lo establecía la regulación sectorial. Por ello, el CCO consideró que, al tratarse de una conducta regulada, ésta no podía ser objeto de enjuiciamiento por los órganos de defensa de la competencia en el sector de telecomunicaciones, sin perjuicio de su posible revisión por parte de la Gerencia General de OSIPTEL, órgano encargado de la regulación en dicho sector<sup>322</sup>.

Un supuesto similar se produjo también ante el CCO en el caso seguido por Nextel contra Telefónica Móviles (caso *Nextel*). La empresa denunciante señalaba que Telefónica Móviles cobraba un excesivo cargo de terminación de llamadas *off net*

---

<sup>321</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-**

**Artículo 17.- Del OSIPTEL.-**

La aplicación de la presente Ley al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo.

<sup>322</sup> Resolución 002-2004-CCO/OSIPTEL del 13 de agosto de 2004, en el procedimiento seguido por Red Privada Virtual contra Telefónica del Perú (Exp. 006-2004-CCO-ST/LC).

(llamadas que se iniciaban en la red de Telefónica Móviles y terminaban en la red de Nextel) en comparación con el cargo de terminación que cobraba a sus usuarios para las comunicaciones realizadas al interior de su red (llamadas *on net*). A criterio de la denunciante, esta política de diferenciación de cargos de terminación tenía por objeto incrementar los costos de Nextel y excluirlo del mercado.

El CCO estimó en esta oportunidad que los cargos de terminación habían sido pactados por ambas partes, conforme constaba en el contrato de Interconexión celebrado entre ellas, el mismo que fue aprobado por la Gerencia General de OSIPTEL, conforme lo establecía la regulación sectorial. En consecuencia, el CCO consideró que, dado que la conducta cuestionada se encontraba expresamente regulada, no tenía competencia para enjuiciarla, pues, en atención al principio de supletoriedad, no era aplicable el Decreto Legislativo 701<sup>323</sup>.

El TSC confirmó la posición del CCO, siguiendo una interpretación amplia del principio de supletoriedad, similar a los pronunciamientos de la CLC:

para el inicio de una investigación de una presunta práctica anticompetitiva debe verificarse si la práctica que podría ser materia de investigación no está tipificada o cubierta de forma expresa por la regulación del sector<sup>324</sup>.

En efecto, para el OSIPTEL, al igual que para la CLC, bastaba que una conducta se encuentre regulada para que ello obstaculice su enjuiciamiento por las autoridades de competencia.

---

<sup>323</sup> Resolución 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo del año 2005, en el procedimiento seguido por Nextel del Perú contra Telefónica Móviles (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

<sup>324</sup> Resolución 006-2005-TSC/OSIPTEL del 21 de abril del año 2005, en el procedimiento seguido por Nextel del Perú contra Telefónica Móviles (Exp. 001-2005-CCO-ST/LC).

Sin perjuicio de ello, el Tribunal de OSIPTEL profundizó un poco más en el análisis para concluir que la regulación sectorial en materia de interconexión de redes sí buscaba dar una solución, alternativa a la del Decreto Legislativo 701, que impida la adopción de prácticas anticompetitivas:

(...) el Tribunal de Solución de Controversias considera que el supuesto ejercicio abusivo del poder de negociación y de la imposición de cláusulas contractuales, es decir la supuesta práctica anticompetitiva, se encuentra prevista y regulada en el marco de disposiciones legales que promueven y supervisan la negociación de las partes de los términos de un contrato de interconexión. En razón a ello, durante la negociación entre las partes, cualquier indicio en el que una de ellas considere hay afectaciones a sus derechos o que no es posible llegar a un acuerdo equitativo puede solicitar la emisión de un Mandato de Interconexión<sup>325</sup>.

El razonamiento del Tribunal de OSIPTEL en este caso resulta interesante puesto que si bien parece adoptar, en un inicio, un criterio amplio del principio de supletoriedad, posteriormente, hace hincapié en la existencia de una regulación sectorial que da respuesta a posibles problemas que afecten el proceso competitivo. Es decir, se argumenta, sin recurrir a categorías generales como hizo la Sala en el caso *Alfa Gas*, la existencia de un marco regulatorio que tornaría innecesaria la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

No obstante, el principio de supletoriedad tampoco ha sido objeto de una aplicación estricta por parte del OSIPTEL. En efecto, en el procedimiento seguido por Bellsouth Perú contra Telefónica Móviles (caso *Roaming II*), el pronunciamiento de OSIPTEL parecería dejar abierta la posibilidad de realizar una aplicación concurrente de las normas de competencia y obligaciones regulatorias, como sucedió en el caso *Fetrans* ante INDECOPI.

---

<sup>325</sup> Ídem.



El roaming es la facilidad que disponen los sistemas de telefonía móvil que permite a los clientes de una empresa operadora efectuar o recibir llamadas telefónicas en su equipo terminal a través de la red de otra empresa<sup>326</sup>.

El roaming se establece a través de acuerdos contractuales entre dos compañías operadoras de telefonía móvil, gracias a los cuales, los abonados de una empresa pueden hacer uso de sus equipos de telefonía en las redes de otra empresa, lo que supone utilizar sus terminales en una zona geográfica donde la empresa a la que están abonados no presta sus servicios pero la segunda empresa sí. De esta forma, los usuarios gozan de una mayor cobertura en la prestación del servicio de telefonía móvil.

En el caso bajo comentario, Bellsouth requería a Telefónica Móviles la prestación del servicio de Roaming Automático Nacional (RAN). Considerando que la empresa demandante contaba con la concesión de una banda de telefonía móvil que le permitía brindar el servicio de telefonía móvil en todo el país, sin requerir necesariamente el RAN de la empresa demandada, el CCO del OSIPTEL concluyó que era posible que la empresa demandante desarrolle su infraestructura propia para brindar cobertura a sus abonados, por lo que consideró que Telefónica Móviles no ostentaba posición de dominio en la prestación de los medios necesarios para brindar servicios de telefonía móvil y, por lo tanto, declaró infundada la demanda<sup>327</sup>.

Para efectos de nuestro estudio, este pronunciamiento del CCO de OSIPTEL resulta importante puesto que también evaluó si la negativa a prestar RAN podía ser considerada como una infracción independiente al principio de neutralidad. En dicha oportunidad, el CCO resaltó la estrecha vinculación existente entre el principio de neutralidad y la defensa de la competencia, al señalar que:

---

<sup>326</sup> Resolución 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997.

<sup>327</sup> Informe 006-2001/GRE del 9 de octubre de 2001.

(...) es requisito básico para que se configure una afectación al principio de neutralidad que la empresa presuntamente infractora tenga posición de dominio en el mercado o participe de una concertación, con la finalidad de obtener una ventaja en la prestación de un servicio de telecomunicaciones a través de una práctica restrictiva de la competencia<sup>328</sup>.

Así, quedó establecido que la regulación no ha creado una obligación general de contratar para dar acceso al servicio de roaming –a diferencia de lo que ocurre por ejemplo con la interconexión–. Al mismo tiempo, sin embargo, se dio a entender que la infracción al Principio de Neutralidad<sup>329</sup> (obligación regulatoria) supondría también una infracción a las normas de competencia. Esta situación, a nuestro entender, sería ocasionada por la duplicidad que generan algunas regulaciones sectoriales que pretenden recoger supuestos típicos de infracciones anticompetitivas<sup>330</sup>.

A modo de conclusión, podemos señalar que la jurisprudencia de las agencias de competencia en el Perú no ha sido del todo consistente en torno a la interacción entre regulación sectorial y normas de libre competencia. Sin embargo, se puede encontrar una tendencia por parte del INDECOPI a dejar de replegarse mediante el uso de un criterio lato de supletoriedad (*Practicar, Paneles Napsa, Tecnimotors*), bajo el cual, todo tipo de intervención regulatoria sobre una conducta comercial implicaría el retroceso de la agencia de competencia. Así, el Indecopi pasaría a

---

<sup>328</sup> Resolución 038-2001-CCO/OSIPTEL del 6 de noviembre de 2001, en el procedimiento seguido por Bellsouth Perú contra Telefónica Móviles (Exp. 002-2001).

<sup>329</sup> **Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones**

**Artículo 11°.- Principio de neutralidad**

Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones para prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.

<sup>330</sup> Desde una perspectiva crítica a esta duplicidad, ver QUINTANA, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”, en: *Ius Et Veritas* N° 27, Lima, 2003, p. 114-117.

tomar una posición más activa, en la que se admitiría, en algunos supuestos, la aplicación concurrente de las normas de competencia y regulaciones sectoriales (*Alfagas*) llegando a aplicar incluso la regulación sectorial para justificar la infracción a la ley de libre competencia (*Fetrans*). Por parte de OSIPTEL, parecería aún primar el criterio de supletoriedad, aunque no en una dimensión tan amplia como la inicialmente adoptada por el INDECOPI (*Nextel*), existiendo aún la posibilidad de la aplicación concurrente de las regulaciones sectoriales y la ley de libre competencia, debido esencialmente a la duplicidad de normas para algunos supuestos particulares (*Roaming II*).

### **C) Resumen de ambas manifestaciones de exenciones normativas**

En resumen, se puede concluir a partir de la jurisprudencia del INDECOPI y OSIPTEL sobre la exención normativa que: (i) cuando se verificaba la existencia de regulación sectorial que podría ser aplicable a una conducta imputada como anticompetitiva, se recurría al criterio de supletoriedad, que disponía la primacía de la regulación sectorial sobre las normas de competencia; (ii) se ha pasado de un estadio de admitir ampliamente la primacía de la regulación sectorial sobre las normas de defensa de la competencia a otro con un criterio más restringido, pero no sustentado en la voluntad legislativa sino en categorías doctrinarias generales como la distinción entre “regulación económica” y “regulación social” (*Alfagas*); (iii) en algunos casos (*Fetrans* y *Roaming II*) en los que se ha estimado que las normas de competencia y de regulación concurren, se han aplicado ambas de manera conjunta; y, (iv) se ha admitido la posibilidad de que cualquier tipo de actuación pública pueda contener un elemento que justifique y exonere la comisión de una práctica que, en principio, podría ser considerada como anticompetitiva (*SOAT* y *Fetrans*).

Los criterios de la jurisprudencia peruana no son consistentes con la práctica comparada sobre la exención legal y la relación entre la regulación sectorial y las leyes de competencia. Sin embargo, este tópico ha sido abordado parcialmente en

la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y en su Proyecto de Ley sometido a discusión pública, lo que podría cambiar el panorama jurisprudencial vigente hasta entonces. Considerando que a la fecha no ha habido oportunidad de aplicar la nueva ley en esta materia y por razones de orden, analizaremos este nuevo cuerpo normativo en el último capítulo.

### **III.3 Prácticas predatorias a través de mecanismos administrativos y judiciales, o inmunidad por ejercicio de los derechos de acción y petición**

Al igual que lo que ocurre desde hace varios años en Estados Unidos de América, en el Perú también se han conocido de casos en los que se ha denunciado como conducta anticompetitiva la utilización del aparato estatal por parte de un agente privado, como mecanismo para restringir la competencia. En particular, la modalidad analizada y desarrollada por la jurisprudencia peruana consiste en la denominada predación a través de mecanismos administrativos y judiciales.

Conforme a nuestro estudio previo, esta práctica abusiva consiste en una estrategia adoptada por un agente económico, en la que se usan los procesos administrativos y procesos judiciales para limitar o prohibir el ingreso de competidores en el mercado o lograr su exclusión definitiva.

El primer caso de la experiencia peruana se produjo en el año 1996, con el pronunciamiento de la CLC en el procedimiento en el que eran denunciadas la empresa Asesoría Comercial y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú, por presentar una serie de recursos ante las Municipalidades de Lima y la Victoria y la Dirección General de Hidrocarburos, con la finalidad de evitar la construcción del grifo de una nueva empresa en el mercado, Lebar. Si bien en este caso no se acreditó la existencia de un acuerdo entre Asesoría Empresarial y la Asociación para obstruir la actividad empresarial de Lebar, la CLC señaló expresamente que:

(...) el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia - Decreto Legislativo 701<sup>331</sup>.

Un segundo caso de predación a través de procesos gubernamentales se produjo en el año 2005, cuando Pilot, empresa que agrupaba a la mayoría de prácticos marítimos que operaban en el Terminal Portuario del Callao, inició una serie de acciones legales contra algunos prácticos marítimos que habían decidido dejar Pilot para formar sus propias empresas. En este caso, la CLC<sup>332</sup> y la Sala<sup>333</sup> consideraron que la actitud de Pilot tenía como propósito dificultar la actividad empresarial competitiva de estos prácticos, por lo que declararon fundada la denuncia interpuesta contra dicha empresa por abuso de posición de dominio.

Resulta importante hacer hincapié en el pronunciamiento de la CLC pues parece establecer un parámetro para delimitar cuándo el uso de acciones legales contra una empresa puede ser considerada como una conducta anticompetitiva:

(...) esta Comisión reconoce el derecho legítimo de toda persona a solicitar tutela jurisdiccional y a ejercer su derecho de petición administrativa ante los órganos correspondientes; sin embargo, si los procesos judiciales y los procedimientos administrativos interpuestos por la empresa denunciada son desestimados (en su mayoría) por las autoridades competentes, la Comisión en el ámbito de sus competencias puede evaluar y eventualmente concluir de manera objetiva la intención anticompetitiva de una empresa que utiliza

---

<sup>331</sup> Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996, en el procedimiento seguido por Lebar contra Asesoría Comercial - ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú - AGESP.

<sup>332</sup> Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station y otros (Exp. 005-2002/CLC).

<sup>333</sup> Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station y otros (Exp. 005-2002/CLC).

innecesariamente dichos mecanismos legales con el único propósito de obstaculizar el acceso o permanencia en el mercado de competidores potenciales o reales, y no el ejercer de manera regular su derecho de acción<sup>334</sup>.  
(subrayado añadido)

Esta cita, tomada de la resolución final de la CLC, reflejaría que, para considerar que el derecho de petición o derecho de acción están siendo ejercidos ilegítimamente con la finalidad de afectar la competencia, es necesario que: (i) exista una pluralidad de acciones legales entabladas por una empresa, y (ii) que la mayoría de estas acciones legales hayan sido desestimadas.

Aparentemente, el INDECOPI habría intentado dictar unos cánones objetivos para poder diferenciar los supuestos de ejercicio válido del derecho de petición de los casos de conductas anticompetitivas. Sin embargo, estos requisitos aunque hacen más predecible la actuación de la autoridad de competencia, podrían limitar la protección de este bien jurídico en algún escenario donde la pluralidad ni el resultado de los procesos judiciales o administrativos iniciados sean determinantes para concluir la existencia de una estrategia de acciones legales dirigida a afectar la posición de un competidor. En el siguiente capítulo profundizaremos más en el análisis de estas condiciones.

Un caso más reciente vinculado con el abuso del derecho de petición corresponde a la denuncia interpuesta por Ambev contra Backus y empresas que pertenecían a su grupo económico por abuso de posición de dominio. Ambev había denunciado en un primer momento que: (i) Backus le denegaba el ingreso a un sistema de intercambiabilidad de envases entre las empresas que comercializaban cerveza en el Perú, y (ii) Backus había celebrado una serie de contratos de exclusividad con distribuidores mayoristas y minoristas de cerveza con el fin de prohibir o retrasar el ingreso de Ambev en el mercado de comercialización de cerveza en el Perú.

---

<sup>334</sup> Ver nota a pie de página 332.

Posteriormente, Ambev puso en conocimiento de la CLC que Backus había celebrado convenios con diversos municipios provinciales y distritales, que le impedirían la comercialización de sus productos y la publicidad de sus marcas de cerveza en determinados distritos de Lima Metropolitana y provincias de la Región Lima, mayoritariamente en las zonas del litoral de las playas, con el objeto de incrementar el costo de acceso al mercado a los competidores de Backus.

La CLC declaró improcedente este último extremo de la denuncia de Backus por considerar que, pese al potencial efecto restrictivo de la competencia derivado de los convenios, éstos involucraban la actuación de municipios que actuaban en ejercicio de sus funciones y no calificaban como agentes económicos, por lo que el enjuiciamiento de dichas conductas correspondía a la CEB:

En este caso, los municipios no estarían actuando como agentes económicos que se dedican a la comercialización de bienes o servicios, sino que invocando el cumplimiento de las funciones municipales asignadas, en algunos casos, otorgan la autorización exclusiva para la publicidad y la comercialización de cervezas en eventos del municipio, bienes de propiedad municipal y/o espacios públicos y privados, e incluso, trasladarían la exclusividad en la comercialización a terceros a quienes resulte oponible el convenio<sup>335</sup>.

Este pronunciamiento resulta interesante puesto que la CLC se limitó a analizar los referidos convenios desde la actuación de las municipalidades para concluir que esta actuación de las entidades públicas no calificaba como conducta económica y, por tanto, no se encontraba sujeta a la aplicación del Decreto Legislativo 701.

En el mismo sentido y confirmando la resolución de la CLC, la Sala señaló que:

---

<sup>335</sup> Resolución 006-2007-INDECOPI/CLC del 31 de enero de 2007, en el procedimiento seguido por Compañía Cervecería Ambev Perú contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston y otros (Exp. 001-2004/CLC).

Aun cuando el Grupo Backus pudiese haber tenido un interés económico y presuntamente anticompetitivo en la celebración de los referidos convenios de exclusividad con las Municipalidades, es la voluntad de estas últimas lo que generaría la restricción a la competencia, la que se pone de manifiesto en el presente caso mediante Acuerdos de Concejo Municipal<sup>336</sup>.

Si bien la restricción de la competencia provenía de una actuación pública (los Acuerdos de Concejo que aprobaban los convenios celebrados con Backus), el INDECOPI omitió considerar esta conducta desde la perspectiva de Backus que, como agente económico, podría estar provocando la actuación pública con el objeto de restringir la competencia.

En este sentido, la actuación de un agente económico que propicia la actuación pública con el objeto de restringir la competencia podría ser considerada como una conducta anticompetitiva en la modalidad de abuso de procesos legales, en particular, un abuso del derecho de petición.

Aun cuando la denuncia de Ambev no hacía una clara alusión a la comisión de esta modalidad de conductas anticompetitivas, la denunciante sí destacaba que la celebración de estos convenios formaba parte de una estrategia anticompetitiva de Backus, resaltando que lo anticompetitivo no era la celebración de los convenios en sí misma, sino la actitud de Backus de generar barreras de ingreso al mercado de comercialización de cervezas.

En el caso concreto no se había acreditado que estos convenios hubieran sido celebrados a petición o propuesta de Backus ni tampoco se podía concluir que, de ser el caso, estas solicitudes pudieran ser consideradas como un abuso del derecho de petición y anticompetitivas en sí mismas. Empero, potencialmente, nos

---

<sup>336</sup> Resolución 2047-2007/TDC-INDECOPI del 24 de octubre de 2007, en el procedimiento seguido por Compañía Cervecería Ambev Perú contra Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston y otros (Exp. 001-2004/CLC).



encontrábamos ante un caso de abuso de procesos legales que no fue evaluado por el Indecopi.

Finalmente, en un pronunciamiento reciente, la CLC declaró fundada la denuncia interpuesta por la Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú - Apofer contra Ferrocarril Transandino, Perú Rail, Peruval Corp. y Peruvian Trains & Railways por abuso de posición de dominio, en la modalidad de abuso de procesos legales (caso *Apofer*)<sup>337</sup>.

La CLC verificó que las denunciadas habían incoado una serie de acciones judiciales y administrativas que tenían por objeto restringir, retrasar o desincentivar el ingreso de nuevos competidores al mercado de transporte ferroviario de pasajeros en el Ferrocarril Sur-Oriente (importante vía férrea que cubre el tramo Cuzco - Ollantaytambo - Macchu Picchu - Hidroeléctrica).

Este pronunciamiento resulta altamente importante no sólo porque se erige como el primer caso sancionado de abuso de procesos legales, bajo la vigencia y aplicación de la LRCA, cuyo artículo 10.2 reconoce de manera expresa esta práctica como una modalidad de conducta anticompetitiva, sino también por las consideraciones desarrolladas por la CLC para diferenciar el ejercicio legítimo de los derechos de acción y petición respecto de un ejercicio abusivo e ilegítimo de estos derechos, que puede calificar como anticompetitivo.

En el caso bajo comentario, las denunciadas habían argumentado que las acciones legales cuestionadas sí contaban con un fundamento objetivo y, de este modo, no se cumplía con uno de los requisitos exigidos en el test norteamericano del caso *PRE* para considerar como abusivo o ilegítimo el ejercicio de los derechos de acción o petición. Frente a ello, la CLC se distanció del referente jurisprudencial

---

<sup>337</sup> Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010, en el procedimiento seguido por Apofer contra Fetrans y otras (Exp. 009-2008/CLC).

norteamericano, y apoyándose en relevante doctrina y jurisprudencia extranjera, consideró que la “ausencia de un fundamento objetivo”, esto es, la ausencia de una expectativa razonable de triunfo en un proceso legal (causa probable) puede ser un criterio –mas no el único– para esclarecer si existe un interés real y legítimo para el inicio de procesos legales<sup>338</sup>. Así, la CLC estimó que pueden haber otros elementos a considerar para dilucidar si se ha producido un ejercicio válido de los derechos de acción y petición, señalando que esto no se daría, por ejemplo, cuando “el provecho económico que se espera obtener de un resultado favorable en un proceso es mínimo o nulo” en relación con los costos de la litigación<sup>339</sup>, o cuando “un accionante interpone varias acciones para efectuar una misma petición o presentar un mismo argumento (sin que cada nueva acción le genere un valor adicional al potencial resultado favorable)”<sup>340</sup>.

Adicionalmente, la CLC también hizo referencia a algunos criterios para identificar una intención anticompetitiva por parte de los accionantes, como “la oportunidad en la que se inician las acciones legales, los sujetos contra los que se dirigen y los efectos que pueden tener sobre la competencia, entre otros (...)”<sup>341</sup>.

Finalmente, cabe resaltar de la Resolución bajo comentario un importante mensaje que deja la CLC, el de reafirmar su competencia para conocer de este tipo de supuestos y descartar que su labor pueda interpretarse como una revisión o intromisión en las labores de los órganos administrativos y judiciales encargados de los procesos legales que podrían evidenciar un abuso. Así, la CLC consideró que no es necesario esperar hasta el final de cada proceso legal para poder evaluar si se

---

<sup>338</sup> Ver numeral 95 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.

<sup>339</sup> Ver numeral 96 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.

<sup>340</sup> Ver numeral 97 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.

<sup>341</sup> Ver numeral 99 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.

ha llevado a cabo la conducta anticompetitiva de abuso de procesos legales, puesto que su análisis

recae en la finalidad o motivaciones que guiaron a un agente económico a iniciar una serie de acciones legales que pueden afectar el proceso competitivo. Ello, con el objetivo de esclarecer si existía un interés real por obtener la tutela de sus intereses, lo que será legítimo con independencia del resultado de su acción (...) <sup>342</sup>.

Sin perjuicio de que en el sub-capítulo IV.4 se profundizará en el análisis de esta figura y su tratamiento en el sistema legal peruano, podemos adelantar que consideramos altamente positiva la actitud de la CLC en el caso *Apofer*, al enfrentar decididamente este tipo de prácticas que pueden resultar altamente dañinas para el mercado, en especial en el Perú, donde las debilidades del sistema de justicia podrían ser aprovechadas indebidamente por los agentes económicos que quieran obstaculizar la competencia, no generando ninguna eficiencia que compense esta restricción.

---

<sup>342</sup> Ver numeral 131 de la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI.

## **CAPÍTULO IV: Visión crítica de los problemas encontrados y propuestas de solución.**

La revisión de las prácticas legislativas y jurisprudenciales nacionales y extranjeras encuentra su fundamento en este capítulo, en el que revisaremos la experiencia nacional respecto de las actuaciones estatales que impiden o limitan la aplicación de las leyes de competencia, desde una visión crítica y propositiva.

Así, el estudio y las reflexiones realizadas en los capítulos precedentes servirán de insumo para la evaluación que efectuaremos en este capítulo, que abordará las principales manifestaciones de intervención estatal que pueden afectar la aplicación de las normas *antitrust*: (i) la delimitación entre actividad económica y actuación pública, (ii) las exenciones normativas, y (iii) el abuso de procesos legales.

Al terminar la revisión de cada uno de estos casos, propondremos las herramientas que consideramos más eficaces y coherentes para hacer frente a estas manifestaciones estatales. Ello con el claro objetivo de mantener, en lo posible, la máxima aplicación y vigencia del régimen de defensa de la competencia y limitar los supuestos de inmunidades *antitrust*, esto es, de prácticas o conductas que pueden quedar excluidas del ámbito de control de la ley de defensa de la competencia.

Pese a no encajar dentro del eje central de nuestro estudio, revisaremos también las principales herramientas existentes en nuestro ordenamiento jurídico para controlar la actuación pública estatal que afecta la competencia, aspecto que normalmente se encuentra ajeno al *enforcement antitrust*. Ello responde a la finalidad de aproximarnos brevemente al panorama más grande del control de las actuaciones estatales que afectan la competencia en sentido amplio.

#### **IV.1 Sobre el concepto de empresa y la justificación del enfoque funcional**

A lo largo del presente estudio nos hemos detenido a analizar aquellos casos en los que la intervención del aparato estatal puede constituir una conducta anticompetitiva en sí misma o aquellos otros en los que la acción estatal es un medio para configurar una práctica anticompetitiva. Y sobre todo, nos preocupábamos por la posibilidad de que estas conductas queden inmunes del control *antitrust*.

Esta preocupación –adelantábamos– tenía por objeto encontrar las herramientas adecuadas para enfrentar este tipo de afectaciones a la libre competencia y, precisamente, buscaba analizar si la propia ley de defensa de la competencia que estaba siendo atacada podía ser un mecanismo útil para este propósito. Para ello, era indispensable esclarecer o delimitar el ámbito de aplicación de la ley, lo que llevaba a preguntarse si una conducta denunciada podía considerarse como una actividad económica o era la manifestación del ejercicio de una potestad pública.

En este contexto, revisamos y constatamos que la inclusión de las actividades de las empresas públicas en el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia ha sido ampliamente pacífica, tanto a nivel nacional como internacional. Al concebir que las actuaciones empresariales o económicas, en general, se encuentran siempre sujetas a las leyes *antitrust*, no ha habido mayor controversia sobre el enjuiciamiento de la actividad empresarial estatal.

Sin perjuicio de ello, sí cabe resaltar algunos aspectos de la actividad empresarial del Estado que fundamentan su enjuiciamiento por las leyes *antitrust*, con el propósito de descartar alguna tesis que niegue este sometimiento bajo el argumento de que la actividad empresarial estatal únicamente persigue intereses generales.

Es cierto que las empresas públicas no tienen como única ni principal finalidad la obtención de ganancias como sucede con las empresas privadas. Muchas veces tienen objetivos de diversa índole (generación de empleo, mayor cobertura en la

prestación de bienes y servicios, obligaciones de servicio universal, entre otros), que ocasionan que estos agentes económicos estatales tengan fuertes incentivos para aumentar su producción y su presencia en un mercado aun cuando ello implique una reducción en sus márgenes de ganancias o la pérdida de rentas<sup>343</sup>.

Del mismo modo, dado que el éxito de los directores y gerentes de una empresa depende de la consecución de los resultados deseados por los accionistas (empresa), se advierte que la mejor estimación de estos sujetos en el caso de las empresas públicas dependerá más de la escala y alcance de las operaciones de las empresas antes que de las utilidades que obtengan<sup>344</sup>.

Considerando que las empresas públicas no responden a una motivación de maximización de rentas, sino principalmente al aumento de su producción y a tener una mayor presencia en el mercado, estos agentes económicos pueden tener incentivos para adoptar prácticas anticompetitivas (en su mayoría, de naturaleza predatoria) que perjudicarían a sus competidores privados.

En efecto, las empresas públicas podrán soportar pérdidas o reducciones en sus márgenes de ganancia, con la finalidad de lograr una mayor presencia en el mercado. Es decir, las empresas públicas tienen suficientes incentivos para adoptar estrategias comerciales que busquen desplazar del mercado a sus competidores privados. En este contexto, pueden tener un propósito tanto o más anticompetitivo que el de un agente económico privado.

Así, por ejemplo, las empresas públicas pueden vender sus productos o servicios a un precio inferior a su costo marginal debido a que su intención será la de tener una

---

<sup>343</sup> Cf. SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. "Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities". En: GEDDES, Richard (Ed.). *Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises*. Hoover Press, 2004, p. 1, 5-7.

<sup>344</sup> Cf. Ídem, p. 2.

mayor presencia en el mercado antes que obtener una ganancia más atractiva. Este designio será perseguido aun cuando produzca actuaciones negativas como la de expandir ineficientemente su producción o utilizar tecnología de producción ineficiente. Del mismo modo, pueden actuar agresivamente en el mercado con el objeto de incrementar los costos de sus competidores (*raise rivals' cost*) o crear barreras de ingreso al mercado<sup>345</sup>.

Ello ocurrirá en aquellos mercados donde las empresas estatales enfrentan competencia. Así, por ejemplo, si una empresa estatal obtiene rentas en una actividad donde cuenta con un monopolio, estas ganancias servirán para soportar pérdidas o rentas menores en un mercado competitivo (subsidio cruzado)<sup>346</sup>.

Las empresas públicas gozan de una serie de beneficios que les permite estar en mejor situación que competidores privados y, eventualmente, adoptar las mencionadas estrategias anticompetitivas. Estas ventajas no tienen su origen en eficiencias económicas como la reducción de costos, mejor manejo empresarial, uso de mejor tecnología, sino que nacen a partir de la decisión gubernamental<sup>347</sup>.

Dentro de las ventajas encontramos: la obtención de créditos garantizados (que reducen los costos de financiamiento), la posesión de capital cautivo (los accionistas son los contribuyentes, quienes no pueden decidir retirar su “inversión” ante un mal manejo empresarial de la empresa pública), exenciones de quiebra o bancarrota (una empresa pública puede soportar pérdidas por muchos años sin el riesgo de quebrar), exenciones del pago de tributos, exenciones del cumplimiento de regulaciones específicas, subsidios directos<sup>348</sup>.

---

<sup>345</sup> Cf. Ídem, p. 14.

<sup>346</sup> Cf. GEDDES, Richard. Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior. En: GEDDES, Richard (Ed.). *Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises*. Hoover Press, 2004, p. 30.

<sup>347</sup> Cf. Ídem, p. 28.

Todos estos beneficios de los que gozan las empresas públicas no sólo permiten adoptar prácticas predatorias sino que también generan desincentivos para el desarrollo o el ingreso de competidores privados. Es por ello que, al reconocerse los incentivos anticompetitivos que tienen las empresas públicas, sumados a las ventajas que ostenta en el mercado, se señala con acierto que:

[una] vigilancia particular en el monitoreo de las actividades de mercado de empresas estatales se justifica. También sería apropiado sujetar a las empresas estatales a leyes de competencia más estrictas y a penalidades más severas por su violación<sup>349</sup>.

En el mismo sentido, puede ser recomendable restringir los alcances de los monopolios designados o limitar la posibilidad de que una empresa estatal pueda expandir sus actividades más allá del mercado para el que fue expresamente habilitada<sup>350</sup>.

En este orden de ideas, en nuestro país se han escuchado algunas voces que critican directamente la sola existencia de empresas estatales por su ineficiencia<sup>351</sup>. Del mismo modo, se ha reparado también en el incumplimiento de los presupuestos establecidos en el artículo 60 de la Constitución para el desarrollo de la actividad empresarial<sup>352</sup>:

---

<sup>348</sup> Cf. Ídem, p. 30-34.

<sup>349</sup> Traducción libre de: "(...) particular vigilance in monitoring the market activities of SOEs is warranted. It may also be appropriate to subject an SOE to more stringent competition laws and harsher penalties for violating them". SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. Op. Cit., p. 14.

<sup>350</sup> En este sentido: Ídem, p. 18.

<sup>351</sup> Ver PATRÓN, Carlos. "El perro del hortelano. Definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica", en: *Themis* N° 52. Lima, 2006, p. 75-91.

<sup>352</sup> Ver FALLA, Alejandro. "Zapatero a tus zapatos", en: *Perú Económico*, Volumen XXVI, No. 3, marzo 2003.



#### **Artículo 60.-**

Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

Teniendo en cuenta estas preocupaciones, en un primer momento, el INDECOPI, a través de su Gerencia de Estudios Económicos, elaboró una serie de informes en el que se analizaban diversos ámbitos de la actividad económica que realizaban algunas empresas estatales para dilucidar si se adecuaban al principio de subsidiariedad recogido constitucionalmente, evaluación que obtuvo un resultado negativo para las empresas estatales, en la mayoría de los casos<sup>353</sup>.

En un segundo momento, y tomando como referencia la experiencia alemana<sup>354</sup>, el INDECOPI propuso la inclusión expresa de la actividad empresarial estatal –no sujeta a los parámetros constitucionalmente impuestos– como un supuesto expreso de acto de competencia desleal, en la modalidad de violación de normas. Esta iniciativa finalmente se reflejó en el Decreto Legislativo 1044<sup>355</sup>:

---

<sup>353</sup> Un recuento de todos los informes emitidos puede encontrarse en el Informe 007-2004/GEE del 28 de enero de 2004 en el que se evaluó el contenido del Proyecto de Ley 6554-2002-CR, "Proyecto de Ley que regula el procedimiento de protección frente a la competencia desleal del Estado, a cargo de Indecopi, derivado de la exoneración de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa, establecido en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM", disponible en: <http://www.bvindicopi.gob.pe/inftec/2004/i04007.pdf> (página web visitada el 1 de agosto de 2009).

<sup>354</sup> Para ver un repaso sobre la concepción de la actividad empresarial estatal como un supuesto de violación de normas y su origen alemán, puede verse: VINCENT CHULIA, Francisco. "Poderes públicos y derecho de la competencia", en: *Revista General de Derecho* N° 583. Abril 1993, p. 3372; y, ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "Competencia Desleal por Infracción de normas", en: *Revista de Derecho Mercantil* N° 202. 1991, p. 667.

<sup>355</sup> Tenemos conocimiento que a la fecha ya se han iniciado algunos procedimientos contra empresas estatales por infracción al citado artículo 14.3 de la nueva Ley de Represión de la Competencia Desleal.

#### **Artículo 14°.- Actos de violación de normas.-**

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

(el subrayado es nuestro)

El tema de la actividad empresarial del Estado y su calificación en relación con el precepto constitucional ha sido largamente abordado por la doctrina extranjera<sup>356</sup> y, de manera cada vez más enfática, por la doctrina nacional<sup>357</sup>; sin embargo, escapa largamente a los alcances y objetivos de este trabajo<sup>358</sup>. Por ello, no nos

---

<sup>356</sup> Ver, entre otros: FUERTES, Mercedes. “De la libertad para configurar empresas públicas”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 138. Madrid: Thomson Civitas, 2008, p. 331-340. ARIÑO, Gaspar. “Modelo de Estado y Sector Público Empresarial”, en: *Revista del Círculo de Derecho Administrativo* N° 3. Lima, 2007, p. 13-28. SERRA, Eduardo. “La Empresa Pública en la Constitución”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 22. Julio-setiembre, 1979. DE JUAN ASENJO, Oscar. “Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la Constitución Española de 1978. Del principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad”, en: *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 25. abril-junio, 1980.

<sup>357</sup> Un interesante trabajo que propone una metodología de análisis sobre los requisitos de interés público, subsidiariedad y habilitación legal para el desarrollo de la actividad empresarial estatal, puede encontrarse en: RUIZ, Gonzalo, MARTÍNEZ, Martha y Eduardo QUINTANA. “El Carácter Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado desde una perspectiva de Políticas de Competencia”, en: *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 22, noviembre 2006, p. 107-125.

Disponibles en: <http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/index.html> (página web visitada el 19 de agosto de 2009)

<sup>358</sup> Sobre la afectación al proceso competitivo que puede generar la actividad empresarial estatal, realizamos una breve reflexión en: CALDERÓN, Andrés. “Cuando el Estado es el Enemigo: Panorama de la Defensa de la Competencia Frente a la Actividad Estatal Anticompetitiva”, en: *Derecho y Sociedad* N° 30, Lima, 2008, p. 308-

extenderemos más allá de las referencias ya realizadas sobre la incipiente preocupación doctrinaria y legislativa sobre el particular.

Dejando de lado el asunto de la actividad empresarial estatal, hemos podido revisar que en la práctica jurisprudencial nacional y extranjera, el ejercicio de una función pública ha sido tradicionalmente excluido del control de las leyes de defensa de la competencia. Ello en la medida que se ha entendido que este tipo de normas tiene por objeto reprimir las actividades económicas de agentes que participan en el mercado y alteran el proceso competitivo. Así, se ha concluido que las leyes *antitrust* no tienen por objeto reprimir la actuación estatal que pudiera restringir la competencia en la persecución de otros fines.

Ello no quiere decir que la actuación pública quede exonerada de cualquier tipo de control, sino que la herramienta normativa para efectuar este control debe ser una distinta. Así pues, hace sentido que cuando estamos frente a una conducta privada motivada por intereses económicos que restrinja la competencia, ésta sea sancionable siempre que los efectos anticompetitivos no superen las eficiencias sociales asociadas a dicha práctica. En cambio, cuando la restricción a la competencia proviene del ejercicio de una función pública, en principio no deberían estar involucrados intereses económicos particulares, sino la protección de otros intereses y objetivos válidos que son perseguidos por los organismos y funcionarios públicos, puesto que la defensa de la competencia no constituye el fin último de un ordenamiento jurídico. En tal sentido, existen adicionales y distintos criterios a considerar cuando la restricción a la competencia proviene del ejercicio de una función pública.

Cuando es un interés privado el que motiva la restricción de la competencia, esta afectación debe ser permitida sólo si existen mayores eficiencias que compensen la restricción anticompetitiva. En cambio, cuando se trata de un interés público,

---

309. Ver también CALDERÓN, Andrés. "El acto de violación de normas: Cuando lo práctico supera a lo teórico", en: *Boletín Lente Jurídico. Ius et Veritas*, 2008.

corresponde analizar si la restricción a la competencia está justificada por la protección de otros intereses públicos, y si es proporcional al objetivo perseguido.

Mientras que las restricciones públicas a la competencia pueden deberse a un ejercicio poco reflexionado de la función pública o a una desviación del poder, las restricciones privadas a la competencia tienen su origen en el interés económico que mueve a las empresas a evitar el daño que les puede generar el participar del proceso competitivo.

En tal sentido, si bien deben existir remedios para limitar las restricciones públicas injustificadas o desproporcionadas a la libre competencia, es decir, para corregir el ejercicio inadecuado de una función pública, dichos mecanismos normativos deben ser distintos a los que proporciona la legislación *antitrust* tradicional.

Estas consideraciones son las que fundamentan la necesidad de limitar el enjuiciamiento *antitrust* únicamente a las conductas que puedan ser calificadas como económicas, es decir, aquéllas desarrolladas por agentes públicos o privados que se comporten como efectivos competidores (desde la oferta o desde la demanda) en el mercado.

Como pudimos revisar en el acápite III.1.B), la jurisprudencia inicial del INDECOPI no realizaba esta distinción y calificaba como conducta anticompetitiva a toda restricción (pública o privada) a la competencia. Así, encontramos que la CLC declaraba como anticompetitivas decisiones de entidades gubernamentales o políticas por las que se restringía la competencia a favor de determinados competidores en el mercado, generalmente mediante la concesión de exclusividades.

Sin embargo, la falta de delimitación del ámbito de aplicación subjetivo/objetivo del Decreto Legislativo 701 en estos momentos iniciales de aplicación de la legislación de defensa de la competencia no tuvo mayores repercusiones. Ello dado que el

énfasis del *enforcement* de la CLC en estos primeros años se encontraba, por un lado, en el desarrollo de una labor didáctica y difusora del contenido esencial de la ley y, por el otro, en la eliminación de las restricciones a la competencia, ordenando el cese de las prácticas calificadas como anticompetitivas, cualquiera sea su origen. En ese sentido, la labor desincentivadora, mediante la aplicación de sanciones administrativas, no constituía aún el principal objetivo de la aplicación del Decreto Legislativo 701.

Después de este estadio inicial, la CLC sofisticó su análisis intentando delimitar con mayor claridad el ámbito de aplicación objetivo de la ley, restringiéndolo al enjuiciamiento de las conductas económicas.

No obstante, dentro de esta delimitación entre función pública y actividad económica, a nuestro parecer, la CLC se ha equivocado al considerar que la actuación de las entidades públicas convocantes de procesos de selección no puede ser considerada como una conducta económica. Dicho razonamiento deja de lado la naturaleza económica de la actividad de adquisición o compra que puede realizar cualquier agente, público o privado. En efecto, más allá de que las entidades convocantes de bienes o servicios realicen estas contrataciones como parte del ejercicio de una función pública, la adquisición de bienes o la contratación de servicios son, en sí mismas, actividades económicas, en las cuales una entidad convocante se desenvuelve como un competidor más en el mercado. Así, por ejemplo, una entidad pública que requiere los servicios de asesoría legal de un abogado compite en el mercado con otros agentes ofertantes de puestos remunerados de asesoría legal como empresas privadas, estudios de abogados, consultoras, etcétera. En el mismo sentido, cuando Essalud convoca a un concurso público para adquirir medicinas de laboratorios farmacéuticos privados, compite por precios y cantidades, con otros demandantes de los mismos bienes, como pueden ser hospitales privados, cadenas farmacéuticas o boticas independientes. De esta forma, una entidad convocante que restrinja la competencia también debería estar sujeta al escrutinio bajo las normas de defensa de la competencia, lo que incluye

analizar los requisitos para que dicha conducta pueda ser considerada como una práctica anticompetitiva. Así, por ejemplo, en el caso de abuso de posición de dominio se tendrá que probar que la entidad convocante tiene posición dominante como demandante del bien o servicio materia del concurso público, que su actuación –específicamente, la convocatoria o el establecimiento de las bases– es indebida y que restringe sensiblemente la competencia, obteniendo beneficios competitivos, directos o indirectos, a partir de dicha conducta.

Sin perjuicio de esta crítica puntual, una vez lograda la distinción formal entre función pública y actividad económica, la práctica jurisprudencial de la agencia de competencia peruana pasó a una tercera etapa consistente en un estudio más profundo y casuístico, cuya finalidad era precisamente identificar cuándo una determinada conducta podía ser calificada como económica y cuándo como el ejercicio del *ius imperium* y, por tanto, exenta del sometimiento a la normativa de libre competencia.

Los dos grandes hitos en esta tercera etapa podrían ser los casos del *CQFP* y el *COES*, en los que la evaluación realizada por el INDECOPI no se agotó en la distinción formal entre actividad económica y función pública, sino que arribó a un enfoque funcional o material de los actos denunciados como anticompetitivos. Es decir, primó en el análisis la naturaleza económica de las conductas denunciadas por encima de la condición pública o privada de los agentes involucrados y del hecho de que dichos agentes tengan encomendado el ejercicio de alguna función pública.

Tanto en el caso del *CQFP* como en el caso del *COES* nos encontrábamos ante agentes privados que desarrollaban una actividad económica y a los que, en su conjunto, también se les había confiado el control y supervisión de algún ámbito de su propia actividad empresarial.

Esta duplicidad de roles conlleva la posibilidad de que la función pública encomendada sea utilizada en beneficio de la actividad económica propia y, lo que es más grave, que las posibles afectaciones a la libre competencia queden eximidas de enjuiciamiento *antitrust* por ser consideradas formalmente como restricciones públicas.

El enfoque funcional precisamente ataca esta potencial situación perniciosa, pues presta atención a la naturaleza de las actividades o decisiones que pueden tomar estos agentes económicos a los que se les ha encomendado determinada función pública. En este sentido, el enfoque funcional reconoce que los intereses empresariales de los agentes involucrados pueden motivarlos a restringir la competencia, valiéndose para ello de la función pública encomendada. En tal sentido, las decisiones o actividades presuntamente públicas podrían ser, en realidad, típicas decisiones económicas dirigidas a restringir la competencia. Este posible móvil anticompetitivo es el que valida la intervención de la legislación *antitrust* para sancionar y desincentivar adecuadamente conductas, materialmente económicas, que buscan restringir la competencia.

En el pronunciamiento de la Sala en el caso del *COES* se pone claramente de manifiesto este enfoque funcional, tratado en la terminología de dicho órgano colegiado como el principio de la “primacía de la realidad”.

La regla establecida por la Sala en este caso no se encuentra, sin embargo, completamente delimitada y, por tanto, exenta de posibles confusiones. El criterio de primacía de la realidad aplicado al caso del *COES* permitía la aplicación del Decreto Legislativo 701 en la medida que se cumplieran concurrentemente dos circunstancias: (i) que se trate de la “actuación de privados integrando organismos con atribución legal de facultades y gestión específicos y expresos”, y (ii) que se produzca un “exceso o instrumentalización en el ejercicio de dicha posición de privilegio”<sup>359</sup>.

---

<sup>359</sup> Ver nota a pie de página 294.

Como hemos tenido oportunidad de manifestar anteriormente al revisar los casos español y europeo, sólo la primera circunstancia constituye, en realidad, el enfoque funcional en la delimitación del ámbito de aplicación de la ley de defensa de la competencia. En efecto, para determinar si la agencia de competencia tiene potestad para enjuiciar una determinada conducta basta con constatar que ésta tenga una naturaleza eminentemente económica y que ha sido realizada por agentes económicos aun cuando cuenten con encargos de autorregulación.

El segundo elemento referido al exceso o instrumentalización de la función pública no define el ámbito de aplicación de las normas *antitrust* ni la competencia de la autoridad encargada de tutelar la libre competencia. Este segundo componente de la regla de la “primacía de la realidad” de la Sala en el caso del COES apunta en realidad a analizar si la conducta realizada por agentes privados se encuentra protegida por ley, esto es, si cuenta con una exención legal que, como hemos visto, corresponde a una etapa posterior de análisis, en la cual, una vez determinada la existencia de una restricción a la competencia, se evalúa si existe responsabilidad o no del agente infractor.

En efecto, una empresa o un grupo de empresas al que se le ha encomendado la autorregulación de sus actividades económicas pueden adoptar decisiones o llevar a cabo prácticas que restrinjan la competencia. Partiendo del enfoque funcional, dichas conductas podrían calificar como económicas y, por tanto, someterse al cumplimiento de las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, si han sido realizadas respetando el encargo legal encomendado, sin cometer algún exceso o desviación, podrá considerarse que dicha restricción a la competencia ha sido permitida y por tanto exenta de toda responsabilidad *antitrust*.

De esta forma, el avance logrado con la adopción del criterio funcional en el caso del COES no llega a ser pleno toda vez que el análisis del ámbito de aplicación de la ley ha estado reiteradamente entremezclado con el análisis de la existencia de una exención normativa de la conducta presuntamente anticompetitiva.



Ello ocurre también con los pronunciamientos de la CLC en los casos del *COES* y *ESEFUL* cuando, inicialmente, decidió admitir a trámite las denuncias interpuestas. Tanto la Resolución 024-2002-INDECOPI/CLC<sup>360</sup> que admitió a trámite la denuncia interpuesta por Termoselva contra el COES y otros, como la Resolución 038-2005-INDECOPI/CLC<sup>361</sup> por la que se admitió a trámite la denuncia interpuesta por Eseful contra la FPF resultan casi idénticas en su desarrollo expositivo, por lo que nos centraremos en el análisis de esta última, por ser más reciente.

En este último caso, la CLC evaluaba si la conducta de la FPF podía ser considerada o no como una actividad económica, lo que determinaría la competencia de la CLC. Sin embargo, en este esfuerzo, el órgano de primera instancia confundió diversos conceptos que, como hemos visto a lo largo del presente estudio, tienen el común denominador de ser restricciones a la aplicación de la ley de competencia como consecuencia de alguna actividad estatal, pero difieren ampliamente en su naturaleza y efectos jurídicos.

En primer lugar, la CLC intentó delimitar el ámbito de aplicación de la ley, restringiéndolo únicamente a las conductas empresariales (numerales 12 al 24) en oposición a las actividades administrativas (numeral 25). Empero, inmediatamente después, puso dos ejemplos de la experiencia comparada de conductas privadas que resultan exentas por imperio de la ley (numerales 26 y 27), es decir, se confunde el análisis del ámbito de aplicación de la ley con el de la exención legal. Luego, la CLC analizó un supuesto distinto que es el de las medidas estatales que eliminan el “efecto útil” de las normas de competencia (numerales 28 al 30) que, pese a presentar similitudes con las exenciones legales, constituyen una doctrina

---

<sup>360</sup> Resolución 024-2002-INDECOPI/CLC del 11 de diciembre de 2002, en el procedimiento seguido por Termoselva contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros (Exp. 012-2002/CLC).

<sup>361</sup> Resolución 038-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. 004-2005/CLC).

distinta consagrada a nivel comunitario europeo y que apunta a un supuesto de hecho diferente al del ámbito de aplicación de las normas *antitrust*.

Esta resolución explica el conocimiento inexacto de los conceptos e instituciones abordados por la CLC. Si lo que quiere analizarse es la competencia de la CLC, sólo correspondía que se estudiara si la conducta enjuiciada puede ser considerada como una actividad económica o no, y no había necesidad de hacer las referencias doctrinarias y jurisprudenciales al tema de la exención legal de responsabilidad *antitrust* ni a la doctrina europea del “efecto útil”.

En la mencionada resolución, la CLC finalmente decidió admitir a trámite la denuncia porque consideró –acertadamente a nuestro criterio– que la actuación de la FPF sería la propia de un agente económico. Sin embargo, las razones que fundamentan esta decisión también son inexactas:

74. Cabe señalar que de la lectura de las normas que regulan las facultades de la Federación no se observa que ésta se encuentre facultada para establecer que sólo podrán dirigir en los torneos oficiales organizados por la Asociación Deportiva de Fútbol Profesional de Primera y Segunda División, y la Etapa Nacional de la Copa Perú, aquellos profesionales que cuenten con títulos otorgados por la Escuela de Entrenadores de la Federación Peruana de Fútbol o por aquellos que lo hayan refrendado y/o convalidado ante la misma Federación.

75. En ese sentido, al no encontrarse la Federación, de la revisión preliminar del ordenamiento jurídico efectuado en esta etapa del procedimiento, facultada a exigir dicho requisito, se entiende que su actuación es privada y, por lo tanto, sometida a la legislación de libre competencia. Ello, sin perjuicio de profundizar durante la investigación, la legislación interna, estatutos y convenios que podrían regular las facultades y actuación de la Federación en el ámbito de la disciplina deportiva del fútbol<sup>362</sup>.

(subrayado añadido)

---

<sup>362</sup> Ídem.

El error que cometió la CLC es muy similar al que, como estudiamos en el subcapítulo II.1, motivó diversas críticas al TDC español, por confundir la reflexión sobre la naturaleza privada o pública de una conducta presuntamente anticompetitiva con el análisis sobre la existencia de una ley que ampare dicha práctica.

Como hemos visto, no corresponde a la agencia de competencia evaluar si una conducta administrativa se realiza conforme a ley o no. Este control será realizado por la jurisdicción contencioso-administrativa o algún otro organismo especial, como estudiaremos más adelante. En cambio, si la autoridad de competencia previamente ha concluido que una determinada conducta puede ser considerada como una actuación empresarial (es decir, ha definido su competencia funcional), sí podrá evaluar, finalmente, si dicha actuación tiene un respaldo legal que la justifique y, por tanto, la exonere de responsabilidad por infracción a las normas de competencia.

En este orden de ideas, la CLC debió admitir o denegar el trámite de la denuncia interpuesta por Eseful porque consideraba que la conducta imputada a la Federación calificaba como una actividad económica o, en su defecto, constituía el ejercicio de una función pública, respectivamente, y no concluir –equivocadamente a nuestro parecer– que la práctica denunciada era de naturaleza privada, simplemente porque no tenía amparo legal.

En conclusión, el amparo legal no define la naturaleza de una actuación que, puede ser económica o no, atendiendo a los intereses que se encuentran detrás de ella. El amparo legal determina únicamente la ausencia de responsabilidad *antitrust* en el caso que se haya concluido previamente que la práctica imputada podía ser considerada como una conducta económica o empresarial.

Definir cuándo una determinada conducta puede considerarse como una actividad económica propiamente tal o se trata del ejercicio de una función pública no es una

tarea sencilla, especialmente en los casos en los que se ha confiado a las empresas algún ámbito de regulación de su propia actividad económica.

Los casos de autorregulación resultan ser los más problemáticos para la autoridad de defensa de la competencia toda vez que confluyen, por un lado, el ejercicio de una función pública encomendada y, por el otro, los intereses naturales de agentes económicos que pueden motivarlos a restringir la competencia en provecho propio.

Algunos autores españoles optan por tener una calificación estricta del término “autorregulación”. Así, dentro del esquema que ellos proponen, no cabe considerar como un organismo de autorregulación a aquellas entidades que, aun estando integrados por sujetos privados y estableciendo sus propios mecanismos de autoorganización y auto-normación, desempeñan alguna función pública<sup>363</sup>. Ello en la medida que estos autores buscan establecer una distinción tajante entre los regímenes público y privado, que imposibilita el sometimiento de cuerpos o entidades públicos a un régimen jurídico privado (como sería en nuestro caso el Derecho de la Competencia).

Según nuestra hipótesis, este tipo de organismos compuestos por sujetos privados y a los que se les asigna un tipo de función pública, puede mantener los intereses comerciales de sus integrantes y, por tanto, contar con las motivaciones necesarias para restringir la competencia. Como se podrá apreciar, utilizamos un concepto amplio de autorregulación. En tal sentido, al no partir de distinciones teóricas y clasificaciones rígidas de autorregulación, aún podemos señalar que al interior de estos organismos “autorreguladores” existe una mixtura de potestades públicas e intereses privados, que podrían guiar el ejercicio de dichas potestades o funciones hacia la restricción de la competencia.

---

<sup>363</sup> Cf. ESTEVE PARDO, José. *Autorregulación. Génesis y efectos*. Navarra: Aranzadi, 2002, p. 103-113; y, Cf. DARNACULLETA, María Mercé. *La Autorregulación Regulada*. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 474, 483-484.

El sometimiento de las actividades de estos organismos a un régimen público o privado dependerá no de una calificación conceptual de ‘autorregulación’, sino del marco legal específico en el que desarrollan sus actividades. Así, sobre la base de los argumentos expuestos a lo largo de la presente investigación, apostamos por sujetar su conducta a un régimen privado en lo que refiera a actuaciones esencialmente comerciales que puedan afectar la competencia.

Desde una perspectiva más pragmática y *lege ferenda*, podría plantearse incluso que todas las actividades (económicas o de función pública) de los organismos de autorregulación se sometan al control de la ley de defensa de la competencia. Así, en España, Fernández, Calvo, Menéndez y Pellicer proponen –conjuntamente– sujetar las conductas de los colegios profesionales a la LDC, sin necesidad de distinguir su naturaleza pública o privada:

(...) debe asumirse con plena normalidad la posibilidad de que el TDC ‘enjuicie’ conductas que, en realidad, son actos administrativos de los Colegios Profesionales. Ésta es una solución mucho más natural, menos forzada, y más respetuosa con el ordenamiento jurídico interno.

(...)

Es un auténtico sinsentido que no pueda enjuiciarse por el TDC una conducta anticompetitiva de un Colegio Profesional porque ésta adopte la ‘forma’ de acto administrativo: a tenor de la doctrina del TDC, los casos de ejercicio de ‘funciones públicas’ (...) <sup>364</sup>.

Según los autores citados, la actuación de los Colegios Profesionales quedaría sometida al control de la agencia de competencia en tanto pueda calificar como anticompetitiva, sin que ello implique negar su naturaleza administrativa, en virtud de la cual, quedaría sometida también a la jurisdicción contencioso-administrativa <sup>365</sup>. Esta propuesta supone, en buena cuenta, la ampliación del ámbito

<sup>364</sup> FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Dir.). *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*. Madrid: Civitas. 2002, p. 226.

<sup>365</sup> En el mismo sentido, VÁSQUEZ, Daniel. Op. Cit., p. 164.

de aplicación de la ley de competencia, para incorporar todas las actuaciones de los cuerpos de autorregulación (públicas o no) siempre que puedan considerarse como anticompetitivas.

Se trata de una propuesta ambiciosa a la que no nos oponemos ya que, como hemos visto, es inherente a un cuerpo de autorregulación la existencia de motivaciones para restringir la competencia, aun cuando se le haya encomendado el ejercicio de una función pública o la satisfacción de un interés general. Asimismo, bajo dicha propuesta, cuando estas agrupaciones actúen con amparo legal, su conducta no podrá ser considerada como una infracción.

Empero, esta postulación puede acarrear el peligro –reconocido por los propios autores– de la utilización del procedimiento por infracción a la ley de defensa de la competencia como una vía alternativa a la judicial para lograr la anulación de los actos o decisiones de los Colegios Profesionales<sup>366</sup>.

Un planteamiento menos ambicioso y que proponemos como primer paso es el de adoptar como regla general la sujeción de los cuerpos autorregulatorios a las normas de competencia y sólo como excepción admitir su exclusión en aquellos casos en los que se evidencie el ejercicio de una función pública que involucre decisiones que no puedan considerarse materialmente como actividades económicas.

Existen dos tipos de riesgos de error para la autoridad de competencia en este tipo de casos que involucran cuerpos de autorregulación: (i) que se enjuicie como una conducta económica, potencialmente anticompetitiva, el ejercicio de una función pública, y (ii) que se deje de analizar bajo la norma *antitrust* conductas que, en apariencia, representan el ejercicio del *ius imperium* y que en realidad constituyen actividades económicas que restringen la competencia.

---

<sup>366</sup> Cf. FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Dir.). Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia. Madrid: Civitas. 2002, p. 227.

A nuestro criterio, el riesgo de error es mayor en el segundo escenario. Bajo este tipo de error, no se generarán los desincentivos necesarios para reprimir aquellas conductas que, motivadas por un interés económico particular y cubiertas bajo el ropaje formal de la función pública, puedan restringir indebidamente la competencia en provecho propio; ello debido a que los medios de control de licitud del ejercicio de la función pública no se basan en un sistema represivo como el de la legislación de defensa de la competencia. En cambio, el primer riesgo de error es menor si se considera que la conducta enjuiciada e indebidamente considerada como “actividad económica” será declarada lícita si cuenta con amparo legal (exención legal). A fin de cuentas, este análisis de licitud o de cobertura legal también se daría en el caso que la conducta hubiera sido correctamente considerada como función pública.

Sostenemos que debe seguirse un estándar de supervisión estricto a los casos de autorregulación pues siempre que se trate de agentes económicos, existirá potencialmente un interés anticompetitivo que motiva que, por regla general, sus decisiones y prácticas deban quedar sometidas al imperio de la legislación de defensa de la competencia.

Así, por ejemplo, conforme veíamos en el acápite III.1.B), y contrariamente a lo previsto en el literal d) del artículo 11.1 del Decreto Legislativo 1034<sup>367</sup>, no debería perderse de vista las posibles conductas anticompetitivas que podrían realizarse al interior de los Comités Técnicos de Normalización, que tendrían incentivos suficientes (y comprobados por la experiencia comparada) para establecer

---

<sup>367</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-**

**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, tales como:

(...)

(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;

(subrayado añadido)

estándares técnicos rigurosos en provecho propio o el de entidades certificadoras vinculadas, y en perjuicio de sus competidores.

Esta mayor rigurosidad que motiva que las conductas realizadas por agentes económicos dotados de potestades de autorregulación se sujeten al enjuiciamiento *antitrust* es coherente con algunas obligaciones normativas que tienen como destinatarios a los legisladores y que consisten en el deber de abstenerse de otorgar facultades de regulación a los agentes económicos que compiten en el mercado, dado que estos poderes podrían ser utilizados para favorecer su propia posición competitiva.

Un ejemplo de estas obligaciones normativas puede encontrarse en la legislación nacional, en el artículo 7 del Decreto Legislativo 757, que prohíbe que las empresas públicas detentan potestades públicas de ordenamiento o de control de acceso al mercado<sup>368</sup>.

En el mismo sentido, puede encontrarse la ya estudiada doctrina europea del “efecto útil” en la jurisprudencia del TJCE que, como hemos visto, en una de sus vertientes prohibía también que el Estado retire “el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica”<sup>369</sup>.

Así, bajo la doctrina del “efecto útil” se imponía también la obligación de que los Estados no renuncien a su función normativa-reguladora de los mercados y deleguen estas potestades en los propios agentes económicos, dado que ello

---

<sup>368</sup> **Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada**

**Artículo 7.-** Cuando una misma actividad económica es realizada por el estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos.

En ningún caso se otorgará a las empresas del Estado atribuciones de imperio o propias de la Administración Pública con excepción de las facultades que el Estado delegue para la cobranza coactiva de tributos.

<sup>369</sup> Asunto *Van Eycke*, ver nota a pie de página 136.



podría generar que estos últimos adopten regulaciones que favoreciéndolos, afecten el proceso competitivo. Según la también estudiada jurisprudencia europea en el Asunto *CIF*<sup>370</sup>, incluso en el supuesto que los agentes económicos se autorregularan restringiendo la competencia, podrían ser susceptibles de enjuiciamiento y sanción por las autoridades de competencia.

Del mismo modo, veíamos en el acápite II.3.B) correspondiente a la doctrina jurisprudencial de la “*state action*” que algunos especialistas proponían que esta inmunidad *antitrust* no sea aplicable a supuestos donde la regulación estatal provenía de entidades que tenían agentes privados en su interior<sup>371</sup>.

Bajo este panorama de imposición de obligaciones a los Estados consistentes en no otorgar potestades especiales de autorregulación a los agentes privados (doctrinas del “efecto útil” y “*state action*”) y de aceptación mayoritaria del enfoque funcional para la aplicación del Derecho de defensa de la Libre Competencia, consideramos que los supuestos de autorregulación deben quedar sometidos, como regla general, al escrutinio de la legislación de defensa de la competencia, ello sin perjuicio de la eventual exención de responsabilidad, cuando la autorregulación –aunque restrictiva de la competencia– haya sido ejercida de acuerdo a los parámetros previstos en la ley.

Bajo la perspectiva funcional que sustentamos, el elemento determinante de la competencia de la autoridad *antitrust* es el de la naturaleza de la conducta investigada en sí misma, esto es, si responde a una finalidad y lógica económica o simplemente al cumplimiento de una función pública. Como se puede apreciar, estamos refiriéndonos, en realidad, al ámbito de aplicación objetivo y no subjetivo de la ley, es decir, cuándo una práctica es considerada actividad económica y cuándo no.

---

<sup>370</sup> Asunto *CIF*, ver nota a pie de página 149.

<sup>371</sup> Ver nota a pie de página 195.

Así, aunque puede parecer muy similar, no es lo mismo decir que las leyes de defensa de la competencia enjuician sólo las actividades económicas o empresariales que afirmar que estas normas sólo evalúan a las empresas. Aunque la diferencia es muy sutil, es importante desde el punto de vista funcional, porque este enfoque da prioridad a la naturaleza real de la conducta y no tanto a la calificación o naturaleza jurídica del agente que la realiza, etiqueta que para efectos del Derecho de la Competencia resulta poco relevante.

En este orden de ideas, el foco del análisis no se encuentra en la condición del sujeto que realiza la conducta cuanto sí en la naturaleza de la propia conducta que es investigada. Es decir, para dilucidar si se trata de una actividad económica o una actuación pública, importa más evaluar la conducta en sí misma que reparar en la condición, pública o privada, del agente que la realiza. La naturaleza del agente puede ser un indicador importante pero no primordial ni necesariamente determinante para delimitar la competencia de la autoridad administrativa.

Este énfasis en el tipo de conducta investigada es el que guía la resolución de la Sala en el caso del *COES*, mientras que las características del agente investigado constituyen el centro de la línea argumentativa de la CLC y la Sala en el caso *ESEFUL*, lo que, en nuestra opinión, resulta incorrecto.

Por tales motivos, consideramos que no es totalmente precisa la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas al abordar este aspecto en su artículo 2, utilizando como sumilla la expresión “Ámbito de aplicación subjetivo”. La delimitación de la competencia de la CLC y de la Sala recae, como hemos estudiado, en un aspecto objetivo, la actividad económica, y no en un elemento subjetivo.

En tal sentido, nos recuerda Baño León que:

El centro de gravedad de la discusión no debe, pues, fijarse alrededor de la naturaleza del acto o el sujeto administrativo, sino de la índole de la actividad – empresarial o de otra naturaleza– y de la relación entre la restricción originada en el mercado y la potestad pública autorizada por la Ley<sup>372</sup>.

Para concluir este acápite, debemos reconocer que la adopción de un enfoque funcional para definir el ámbito de aplicación objetivo de la ley de defensa de la competencia es un asunto poco pacífico. De hecho, es probable que someter alguna entidad de autorregulación a las normas de competencia pueda entrar en conflicto con alguna clasificación doctrinaria o dogma que separe claramente la línea entre lo “público” y lo “privado”.

Sin embargo, debemos recordar que la vigencia del Derecho de la Competencia y el mantenimiento de su eficacia nunca se han sustentado en dogmas jurídicos sino en soluciones prácticas que permitieron y permiten hacer frente a realidades y agentes económicos cambiantes, que buscarán evitar someterse a un mayor control y propugnarán quedar lo menos expuestos a las posibles sanciones propias del control *antitrust*.

En este sentido, nuestro propósito no es cuestionar las categorías y diferencias entre sujetos privados o públicos, ni de sus orígenes estatales o no estatales. Lo que se busca con el enfoque funcional es aproximarnos a la realidad y constatar que cuando hay una entidad que ejerce alguna función pública pero compuesta por un conjunto de agentes privados con intereses competitivos a su interior y que pueden tener las mismas motivaciones para dañar la competencia que un agente eminentemente privado, deben dejarse de lado las categorías jurídicas estrictas para hacer un análisis más objetivo y consciente de la realidad, ello con miras a proteger el instituto de la competencia.

---

<sup>372</sup> BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 66.

Como ya hemos resaltado no es lo mismo enjuiciar la actuación pública que enjuiciar la actuación privada. La segunda tiene más incentivos para afectar la competencia y es por ello necesario, en el caso concreto, una sanción. La primera, en principio, no tendría incentivos anticompetitivos, aunque sí algunas “segundas intenciones” que la motive a reducir la competencia, pero ello deberá ser evaluado bajo el patrón de legalidad que debe guiar la función pública en general.

Por otra parte, no hay un “propósito anticompetitivo” que desincentivar en el caso del ejercicio de funciones públicas. Si hay intereses privados de por medio, ello podrá responder a problemas de corrupción o desviación de poder, pero en estos casos, la eventual sanción no tendría por qué considerar un potencial “beneficio anticompetitivo”, pues ése no es el verdadero móvil de la desviación del poder, sino los posibles beneficios ilícitos que se obtendrían, como el pago de un soborno, por ejemplo. Las eventuales responsabilidades administrativas y penales de los funcionarios públicos se justificarán por el uso ilegal de los poderes públicos, mas no por la afectación a la competencia.

Como hemos visto, la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no delimita claramente el asunto de su ámbito de aplicación, aunque se mantiene el criterio de “empresa” o “agente económico”, cuando el artículo 2 hace referencia a la sujeción de las personas (naturales o jurídicas) “que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios”. No obstante, sí podemos encontrar un avance en la ley al recoger expresamente el criterio de la primacía de la realidad:

**Artículo 5.- Primacía de la realidad.-**

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

El Derecho de la Libre Competencia tradicionalmente se ha construido sobre la base de la jurisprudencia y no de la legislación. En tal sentido, será necesario que la autoridad de competencia aplique conjuntamente el artículo 2 (“ámbito de aplicación subjetivo”) con el artículo 5 (primacía de la realidad) para retomar un enfoque funcional que delimite correctamente el ámbito de aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Creemos que, en concordancia con la amplia experiencia comparada, resulta necesario solidificar en la práctica jurisprudencial peruana la aceptación de un enfoque funcional similar al expuesto por la Sala en los casos *CQFP* y *COES*, bajo el cual, las entidades de autorregulación queden sometidas, en principio, a las normas de defensa de la competencia. De lo contrario, se correrá el riesgo que bajo esta modalidad de intervención estatal se pierdan de vista potenciales casos que afecten impunemente la competencia.

## **IV.2 Sobre las exenciones normativas**

### **A) La exención legal**

En su versión original, el Decreto Legislativo 701 contenía un régimen de autorización de prácticas restrictivas de la competencia, bajo el cual, la CLC podía autorizar *a priori* determinadas conductas colusorias en atención a sus posibles efectos beneficiosos para el mercado y los consumidores<sup>373</sup>.

---

<sup>373</sup> **Decreto Legislativo 701.-**

**Artículo 7.-** La Secretaría de la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia podrá autorizar los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas a que hace referencia el artículo 6 o categorías de las mismas, en los siguientes casos:

a) Cuando contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico y siempre que:

1) Permitan a los consumidores o usuarios participar en forma adecuada de sus ventajas;

Este sistema de autorizaciones singulares fue derogado por el Decreto Legislativo 788. Pese a ello, un sistema de similar naturaleza fue impuesto en su oportunidad por un Precedente de Observancia Obligatoria emitido por la Sala de Defensa de la Competencia en el año 2003<sup>374</sup>. A diferencia del derogado artículo 7 del Decreto

---

2) No impongan a las personas naturales o jurídicas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos; y,

3) No permitan a las personas naturales o jurídicas partícipes, eliminar la competencia de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

b) Cuando tengan por objeto proteger o promover la capacidad exportadora nacional, en la medida que sean compatibles con las obligaciones que resulten de los tratados internacionales celebrados por el Perú con otros Estados y en particular los tratados de integración, según disponen los artículos 101 y 106 de la Constitución;

c) Cuando tengan por objeto, en forma coyuntural o temporal, la adecuación de la oferta a la demanda, cuando se manifieste en el mercado una tendencia sostenida de disminución de aquella o cuando los excesos de la capacidad productiva sean claramente antieconómicos;

d) Cuando produzcan una elevación suficientemente importante del nivel de vida de zonas geográficas o sectores económicos deprimidos; por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa la competencia, o tengan por objeto cooperar para la mejora de la producción, la tecnología o similares.

<sup>374</sup> Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003, en el procedimiento seguido de oficio contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros - APESEG y otros (Exp. 004-2002-CLC):

“1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.

2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia - producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas - o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente, efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero

Legislativo 701, se trataba de un sistema de exenciones *a posteriori* de determinadas prácticas colusorias, equivalente al previsto en el artículo 81 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea<sup>375</sup>.

Actualmente, con la promulgación del Decreto Legislativo 1034, resulta claro entender la eliminación de este sistema de exenciones, lo que no obsta a que la autoridad de competencia pueda considerar que una práctica colusoria de prohibición relativa no sea sancionable, siempre que se cumplan con las condiciones previstas en el artículo 9<sup>376</sup>.

Sin perjuicio de las disposiciones normativas brevemente reseñadas, hasta antes de la promulgación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no existía

---

exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general..

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.

5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior”.

(subrayado añadido).

<sup>375</sup> Ver nota a pie de página 99.

<sup>376</sup> **Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-**

**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.

en el Perú una norma que, de manera similar a la LDC española, contemplara la exoneración de responsabilidad de una empresa por la ejecución de una práctica contraria a la libre competencia, en virtud de un mandato legal. Es decir, no existía un precepto normativo que recogiera lo que hemos denominado anteriormente como “exención legal”.

Ello no impidió que el INDECOPI, en algún caso, evaluara la concurrencia de un supuesto de exoneración de responsabilidad por mandato de una autoridad pública.

Como tuvimos oportunidad de apreciar en la revisión de la jurisprudencia peruana sobre el particular, el INDECOPI denegó en el caso del *SOAT* la exoneración de responsabilidad de las empresas aseguradoras por la ejecución de un acuerdo colusorio, sustentada en la supuesta intervención del Ministerio de Transportes y Comunicaciones para conseguir dicho acuerdo.

Por otra parte, en el caso *Fetrans*, tanto la CLC como la Sala parecen haber admitido que el Contrato de Concesión que regulaba la actividad de *Fetrans* como concesionario del Ferrocarril Sur Oriente era clave para determinar si su negativa a arrendar el material tractivo y rodante de la concesión a una empresa competidora, era justificada o no, y consecuentemente, sancionable o no bajo el Decreto Legislativo 701. Así, mientras la CLC exculpó a *Fetrans* por considerar que ésta había obrado en “ejercicio regular de un derecho”, la segunda instancia la sancionó, dando una interpretación distinta al Contrato de Concesión y concluyendo que dicho vínculo contractual con el Estado no avalaba su negativa.

Estos casos reflejan la aún tímida y germinal aproximación que ha tenido el INDECOPI hacia el tema de la exención legal, admitiendo al parecer una amplia exoneración pública o exoneración normativa en *Fetrans*.

Teniendo estos antecedentes, el artículo 3 de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas aparece como un mecanismo para limitar este amplio



criterio de exención que parecía surgir en la jurisprudencia del INDECOPI. En este sentido, el artículo 3 de la LRCA dispone expresamente lo siguiente:

**Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente ley.

El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores. No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

Sin perjuicio de la posterior revisión del segundo párrafo del citado artículo, nos detendremos ahora a analizar cuál es el efecto para el *enforcement* de la libre competencia que se deriva del contenido del primer párrafo.

Este artículo tendría como referente normativo el artículo 4 de la LDC española que hemos comentado en el acápite II.1.B).

El objetivo de este artículo se encuentra claramente detallado en la Exposición de Motivos de la LRCA<sup>377</sup> y evidencia que la intención de su incorporación en la LRCA era la de esclarecer que sólo una norma con rango de ley puede establecer una excepción a la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas:

---

<sup>377</sup> Dicho documento fue preparado por funcionarios del INDECOPI que integraron el Grupo Especial encargado de elaborar el Anteproyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; sin embargo, no fue publicado junto con el Decreto Legislativo 1034. La Exposición de Motivos fue remitida por la Presidencia del Consejo de Ministros, mediante Oficio 650-2008-DP/SCM del 24 de noviembre de 2008. El texto puede ser revisado en el Sistema Peruano de Información Jurídica - SPIJ.

El artículo 3 del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia.

(...)

Por ejemplo, se podría imaginar una situación en la que una ley obligue a las empresas de determinado mercado a concertar los precios de sus productos. Dado que los precios vigentes en el mercado son resultado de una colusión que se da en ejecución de una obligación legal, los agentes económicos involucrados no serían sujetos de sanción por parte de la autoridad de competencia en virtud de la ley de competencia, considerando que su conducta es resultado de lo dispuesto en otra norma legal.

(subrayado añadido)

Al igual que el caso español, la incorporación de la exención legal en la norma de defensa de la competencia peruana no responde a un intento de restringir la aplicación y efectividad de la legislación *antitrust*, sino por el contrario, a uno de confinar la actuación estatal que pudiera otorgar inmunidad a agentes privados para la comisión de prácticas anticompetitivas.

En efecto, una ley puede incorporar un supuesto de excepción a la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y con ello limitar el *enforcement* de la libre competencia, sin necesidad de que la ley peruana de competencia haya previsto la exención legal bajo comentario. Desde esta perspectiva, la ley peruana no añade nada nuevo a nuestro ordenamiento.

La importancia del artículo 3 radica pues en los supuestos de exención de responsabilidad *antitrust* que excluye por omisión, es decir, todos aquellos dispositivos normativos o ejercicio de potestades públicas que no encajen dentro del concepto de “norma legal”, como lo destaca la Exposición de Motivos de la LRCA. En consecuencia, una empresa no podrá considerarse exenta del cumplimiento de la LRCA porque un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato

de concesión se lo permiten, debiendo respetar lo dispuesto en la norma *antitrust*, en cumplimiento del principio de jerarquía normativa.

La norma peruana parece incluso más contundente que la española al precisar que sólo la voluntad legal permitiría la exención de responsabilidad *antitrust*, mientras que su par europeo admitiría la exención cuando la conducta anticompetitiva haya sido causada por una actuación administrativa (de empresas públicas o poderes públicos en sentido amplio) que sí cuente con amparo legal.

El precepto español, sin embargo, resulta coherente con la ley peruana, en el sentido de que sólo la ley puede admitir la comisión de prácticas anticompetitivas. De este modo, una actuación administrativa no podría crear una exención *antitrust* sino únicamente desarrollar aquella ya prevista por la ley. De manera similar, consideramos que en el Perú también cabe esta posibilidad que en nada contraviene el hecho de que la exención sólo puede tener origen en una norma con rango de ley<sup>378</sup>.

Para que sea válida una exención legal, debe ser claro que la intención del legislador ha sido la de excluir la aplicación de la norma de competencia. En este sentido, debe descartarse como opción que una entidad pública cree una exención únicamente porque tiene una habilitación legal para normar o regular las condiciones de un determinado mercado o una práctica comercial en concreto. Como mencionamos en el párrafo anterior, las potestades públicas distintas a la legislativa únicamente pueden desarrollar las exenciones a la libre competencia

---

<sup>378</sup> Francisco Marcos destaca que esto puede ser un problema para los administrados, dado que los agentes económicos tendrían que dilucidar si el ejercicio de una potestad administrativa que permite una conducta anticompetitiva cuenta con cobertura legal. Cf. MARCOS, Francisco. Op. Cit., p. 21-22. En nuestra opinión, si bien puede haber algún rastro de inseguridad, en virtud de lo previsto por el artículo 3 de la LRCA, los administrados sólo deberán considerarse exentos si es **clara** la voluntad legislativa de admitir una práctica comercial que podría ser cuestionada de anticompetitiva.

establecidas por una ley, por lo que debe ser claro, a partir de la propia ley, que una determinada práctica está exenta del control del Derecho de la Competencia.

Sin perjuicio de la claridad de la voluntad legislativa en el artículo 3 de la LRCA, conviene preguntarnos, *lege ferenda*, si esta opción es la más adecuada. Para ello debemos analizar, en primer lugar, si resulta jurídicamente correcto que sólo una ley pueda otorgar esta exención *antitrust*.

La protección de la libre competencia se encuentra prevista en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú<sup>379</sup>, y es un bien jurídico esencial para el régimen constitucional económico de nuestro país. Los contornos específicos de la protección de la libre competencia se encuentran desarrollados a nivel legislativo, específicamente, en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que prohíbe y sanciona tres tipos de conductas: el abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales y las prácticas colusorias verticales.

La defensa de la libre competencia, aunque vital para el desarrollo económico del país en un sistema de economía social de mercado, no es un valor absoluto, y puede ser restringido para garantizar también la efectividad de otros bienes jurídicos y derechos fundamentales contemplados a nivel constitucional. En este sentido, se pronuncia el Tribunal Constitucional (TC) en relación con las libertades económicas propias de un régimen de libre competencia:

(...) si bien la Constitución de 1993 busca garantizar el máximo respeto al ejercicio de las libertades económicas de los particulares, tal objetivo no puede concebirse de manera absoluta y aislada de la necesidad de protección de otros bienes constitucionales igualmente valiosos basados en la dignidad humana. De ahí que el propio ejercicio de las llamadas libertades económicas no se concibe como fin en sí mismo y ajeno al ideal del orden económico y social justo; prueba de ello es que la propia Constitución ha determinado los límites a su ejercicio,

---

<sup>379</sup> Ver nota a pie de página 252.

conforme se advierte de su artículo 59°, sancionando el abuso de estas libertades en perjuicio de la moral, la salud y las seguridades públicas; de igual modo, el artículo 60°, condiciona el ejercicio del derecho de propiedad a su armonización con el bien común<sup>380</sup>.

El caso de los derechos laborales puede ser un buen ejemplo de la relativización de la protección de la libre competencia. Aunque no ha habido un procedimiento por infracción a las normas de libre competencia en esta materia, es pacífico entender que el ejercicio válido de las libertades de asociación, de sindicación, y de los derechos de huelga y de negociación colectiva, no puede ser considerado como una práctica restrictiva de la competencia aun cuando pueda impactar negativamente la posición competitiva de una determinada empresa. En este caso, se entiende que la protección de la libre competencia debe ceder ante el ejercicio de los referidos derechos laborales reconocidos constitucionalmente<sup>381</sup>.

De este modo, es posible que en la búsqueda de la realización de otros objetivos constitucionales, la defensa de la libre competencia deba retroceder en su aplicación y permitir determinadas excepciones. Ahora bien, ¿puede cualquier entidad o funcionario público irrogarse la facultad de establecer una excepción a la defensa de la competencia?

---

<sup>380</sup> Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005 (Exp. 00034-2004-PI/TC).

<sup>381</sup> En una de las versiones preliminares del Anteproyecto de la LRCA (versión del 2 de abril de 2008), se contempló este caso como un supuesto excluido de su aplicación:

**Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

Se encuentran fuera de aplicación de la presente Ley:

- a) El ejercicio de función pública, sea ésta política, legislativa, jurisdiccional o administrativa, inclusive cuando el ejercicio de potestades administrativas es realizada por personas naturales o personas jurídicas de derecho privado, sea por mandato de la ley o por delegación o concesión;
- b) Los convenios colectivos celebrados por empleadores y trabajadores conforme a la legislación laboral; y,
- c) Aquellas conductas sometidas a una modalidad de regulación que prime sobre las normas de defensa de la libre competencia en virtud al principio de supletoriedad.

(subrayado añadido)

Creemos que no. Sólo el legislador podría limitar válidamente la efectividad de la protección de un valor constitucionalmente reconocido como la libre competencia. Sin perjuicio del eventual análisis constitucional que podría realizarse de esta limitación, si el esquema específico de protección de la libre competencia ha sido previsto y desarrollado a nivel legislativo, sólo una voluntad del mismo nivel jerárquico podría anteponer la persecución de otros objetivos y replegar la defensa de la libre competencia.

Una posición contraria permitiría que cualquier entidad pública como un ministerio, un organismo público descentralizado o un funcionario público establezcan excepciones a lo que el legislador estableció como objetivo: la defensa de la libre competencia. Ello sería incongruente con las jerarquías normativas establecidas en nuestro ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del TC, las normas legales o fuentes normativas con rango de ley ocupan el rango primario en la jerarquía normativa prevista en nuestro ordenamiento, sólo por debajo de las normas constitucionales<sup>382</sup>. En tal sentido, una norma de inferior rango no podría eximir a un agente económico del respeto de las obligaciones contenidas en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

La integridad y coherencia del ordenamiento jurídico, no obstante, no es el único parámetro a considerar en esta problemática. Hay que tener en cuenta también la posición del administrado frente a posibles manifestaciones del ejercicio de potestades públicas que sean la causa de la realización de conductas anticompetitivas. Para ello, estudiaremos dos tipos de situaciones a las que puede enfrentarse un agente económico: (i) cuando una norma infralegal o un acto de la

---

<sup>382</sup> Ver Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006, numerales 15-30 (Exp. 047-2004-AI/TC).

Administración Pública permite o promueve la realización de una conducta que podría calificar como anticompetitiva, y (ii) cuando una norma infralegal o un acto de la Administración Pública impone un mandato de actuación que podría ser considerado como anticompetitivo.

En ambos casos, el administrado será consciente de que no cuenta con inmunidad *antitrust*, toda vez que no existe una norma de rango legal que pueda darle la cobertura requerida por el artículo 3 de la LRCA. Con todo, esta distinción es importante porque nos permite apreciar cuál es el margen de acción que tiene un agente económico frente al ejercicio de alguna potestad pública que, al no ser legislativa, no podrá brindarle exoneración ante una eventual sanción por infringir la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

En el primer caso, existe un margen de acción para la empresa porque no está “obligada a hacer algo”; el dispositivo infralegal simplemente le habilita una vía de acción, esto es, el agente económico puede optar por dar cumplimiento a la LRCA y abstenerse de adoptar una conducta que podría ser considerada como anticompetitiva, sin el temor de sufrir una consecuencia jurídica negativa, como la imposición de una sanción por omitir realizar la práctica que otra norma o entidad pública había autorizado o fomentado.

El escenario descrito en el párrafo anterior es el mismo al que se enfrenta cualquier otro agente económico en el mercado. Salvo en los casos de prohibición absoluta, al momento de implementar una práctica comercial que restrinja de algún modo la competencia, una empresa no tiene total certeza de que dicha conducta pueda ser considerada anticompetitiva o no, toda vez que la autoridad en la materia deberá realizar previamente un análisis ponderado sobre los efectos anti-competitivos que genera y los efectos positivos en términos de eficiencia económica. Del mismo modo, cuando una empresa se enfrenta ante un dispositivo infralegal que le habilita a realizar una determinada conducta, puede optar por llevarla a cabo, sin tener la

total convicción de que ella pueda ser considerada como anticompetitiva por la autoridad pertinente.

Por ello, concluimos que en este tipo de supuestos no varía el *status* del administrado frente al cumplimiento de la ley de libre competencia. Deberá ponderar los posibles efectos que una conducta puede generar sobre el proceso competitivo y optar por llevarla a cabo o desistir de hacerlo, bajo el pleno conocimiento de que no existe una habilitación legal que pueda exonerarlo de responsabilidad ante la autoridad de defensa de la competencia.

Bajo la alternativa propuesta, consideramos que deben descartarse razonamientos como los de la CLC y la Sala en el caso *Fetrans*, que admitirían la posibilidad de exoneración de responsabilidad *antitrust* cuando un dispositivo normativo distinto al legal o, peor aún, un contrato ha permitido (y no impuesto) la realización de una determinada conducta. En efecto, y desarrollando el caso concreto de *Fetrans*, un contrato –aun cuando haya sido celebrado por el Estado– no puede exonerar del cumplimiento de una norma con rango legal. Los contratos deben respetar lo previsto por la ley<sup>383</sup>, y cualquier disposición contractual contraria a la ley resulta nula.

---

<sup>383</sup> **Código Civil**

**Artículo 140.- Noción de Acto Jurídico: elementos esenciales**

El acto jurídico es la manifestación de voluntad destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas. Para su validez se requiere:

- 1.- Agente capaz.
  - 2.- Objeto física y jurídicamente posible.
  - 3.- Fin lícito.
- (...)

**Artículo 219.- Causales de nulidad**

El acto jurídico es nulo:

- 1.- Cuando falta la manifestación de voluntad del agente.
- 2.- Cuando se haya practicado por persona absolutamente incapaz, salvo lo dispuesto en el artículo 1358.
- 3.- Cuando su objeto es física o jurídicamente imposible o cuando sea indeterminable.
- 4.- Cuando su fin sea ilícito.

(...)

(subrayado añadido)



La situación varía en el segundo escenario, esto es, cuando una manifestación de la potestad pública, distinta a la legislativa, impone la obligación de realizar una determinada conducta. Por un lado, el incumplimiento de esta obligación puede suponer la activación de alguna consecuencia jurídica negativa como la aplicación de una sanción. Por el otro, el cumplimiento de dicho mandato podría propiciar el inicio de un procedimiento sancionador ante la CLC y terminar con la imposición de una multa, si la autoridad administrativa estima que la práctica cometida califica como una conducta prohibida por la LRCA. Se puede apreciar, así, que el margen de acción de una empresa ha sido considerablemente reducido en este segundo supuesto.

Una posición que privilegie siempre la predictibilidad y la seguridad jurídica para los administrados podría optar por admitir también la exoneración de responsabilidad *antitrust* en estos supuestos. De este modo, los agentes económicos no sufrirían las consecuencias negativas previstas en el ordenamiento de defensa de la competencia por realizar una conducta que, aun cuando pudiera ser anticompetitiva, ha sido impuesta por una autoridad pública. En esta línea de pensamiento encontrábamos a autores como Zambrini<sup>384</sup> y Rebollo<sup>385</sup> en España, quienes resaltaban la ausencia de voluntad por parte de las empresas (elemento de culpabilidad) al momento de realizar una práctica anticompetitiva dictada por una entidad pública y que, por lo tanto, deberían estar exentas de responsabilidad frente a las leyes de defensa de la competencia. En la misma línea de pensamiento se

---

**Constitución Política del Perú.-**

**Artículo 62°.-** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. (...)

<sup>384</sup> Ver nota a pie de página 83, en el acápite II.1.B)

<sup>385</sup> Ver nota a pie de página 84, en el acápite II.1.B)

encuentran Patrón<sup>386</sup> y Gagliuffi<sup>387</sup> en Perú, quienes destacan la inseguridad en que se encontrarían los operadores económicos si pudieran ser sancionados por el INDECOPI en este tipo de casos.

---

<sup>386</sup> “Los particulares o los administrados que actúan dando cumplimiento a un mandato soberano legítimamente emanado del Estado, ya sea que éste se manifieste a través de un acto o de un reglamento también se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de, o son inmunes frente a, la normativa general de libre competencia. (...) Consecuentemente, cuando el Estado actúa en ejercicio de sus poderes soberanos y regula determinadas actividades, disponiendo modos específicos de actuación para los particulares, la ejecución de tales actividades en cumplimiento de lo ordenado por el Estado no puede acarrear responsabilidad para los administrados. Dicho de otro modo, el ejecutar instrucciones emanadas del poder soberano del Estado no puede ser considerado como una actividad comercial sujeta al ámbito de aplicación de la legislación de competencia.

Sostener lo contrario restaría absoluta predictibilidad al sistema legal, colocando al particular frente a una posible elección diabólica, puesto que si el administrado cumple una orden estatal emanada de un acto soberano podría luego verse sancionado por infringir las normas de competencia; mientras que si opta por desacatar la orden soberana de una entidad estatal para salvar su responsabilidad frente a la posible aplicación de la Ley de Libre Competencia, podría igualmente terminar siendo pasible de sanciones y gravámenes por parte de la autoridad sectorial competente”. PATRÓN, Carlos. “El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia”, en: *Derecho y Sociedad* N° 30. Lima, 2008, p. 406. (el doble subrayado es añadido).

Del mismo, en otra oportunidad, el mismo autor indica que no cabe sancionar a los agentes económicos que cumplen lo ordenado por el Estado, en sentido general: “(...) cuando el Estado actúa en ejercicio de sus poderes soberanos, conforme a las disposiciones legales que lo autorizan, disponiendo modos específicos de actuación para los particulares. La ejecución de tales actividades en cumplimiento de lo ordenado por el Estado no puede acarrear responsabilidad para los administrados. Sostener lo contrario resultaría incoherente, pues colocaría al particular frente a una elección diabólica: si el administrado cumple la orden estatal podría luego verse sancionado por infringir las normas de competencia; mientras que si opta por desacatar la orden estatal para salvar su responsabilidad frente a la posible aplicación de la Nueva Ley de Libre Competencia, podría igualmente terminar siendo pasible de sanciones y gravámenes por parte de la autoridad estatal que desarrolla la acción excluida del ámbito de aplicación de la LRCA” (subrayado añadido). PATRÓN, Carlos. “Aciertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, en: *Ius et Veritas* N° 36, 2008, p. 130.

<sup>387</sup> Por su parte, Gagliuffi destaca la peligrosa situación en que se encuentran los agentes económicos que cometen conductas anticompetitivas con ocasión de la intervención estatal, para posteriormente sustentar la necesidad de aplicar las normas de competencia también a los funcionarios públicos que participen en estas prácticas: “Si bien es cierto que los agentes económicos en teoría deberían rechazar cualquier propuesta de funcionarios públicos o autoridades políticas destinadas a restringir la competencia, lo cierto es que existe una relación de innegable verticalidad y “temor jerárquico” que compromete en algunas oportunidades la

Esta situación se haría más complicada si pensamos en algún supuesto en el que una norma infralegal imponga una conducta que no es claramente anticompetitiva, es decir, una actuación que *a priori* no puede ser identificada como anticompetitiva. La inseguridad en este caso sería mayor dado que un agente económico podría tener serias dudas acerca de la posible infracción a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, por lo que, al dar cumplimiento a la norma infralegal, no necesariamente tendría la certeza de estar contraviniendo la norma *antitrust*.

Sobre este particular, la jurisprudencia comunitaria europea ha tratado de equilibrar la seguridad jurídica y predictibilidad para los operadores económicos con el respeto y vigencia del Derecho comunitario de la Competencia, elaborando un criterio intermedio que se ve plasmado en la ya estudiada doctrina del “efecto útil”.

Recordemos que, siguiendo la regla general de esta doctrina surgida en la sentencia *Inno*, codificada en *Van Eycke* y precisada en sus efectos por la sentencia en el Asunto *CIF*, una empresa que realiza una conducta contraria al Derecho comunitario de la Competencia (artículos 81 y 82 del TCE) no se ve exonerada de responsabilidad aun cuando su actuación encuentre sustento en un dispositivo estatal, dado que los Estados se encuentran en la obligación de no eliminar el “efecto útil” de los preceptos normativos contemplados en el TCE, superiores a las normas internas de cada Estado miembro.

---

supervivencia misma de los agentes empresariales en el mercado, dependiendo del mayor o menor grado de poder que ejerza el funcionario o político, así como su racionalidad en el ejercicio de dicho poder.

Por lo tanto, resulta injusto y, al mismo tiempo, irracional, que en aquellos supuesto en los cuales un funcionario público o una autoridad política impulsa, promueve o incluso exige la realización de actos anticompetitivos, no sea sometido a la legislación *antitrust* debido a una interpretación sumamente restringida de la normatividad, cuando en realidad se encuentran perfectamente comprendidos, toda vez que participan indirectamente en la comisión del acto ilegal”. GAGLIUFFI, Ivo. “¿Por qué el largo brazo de la ley de libre competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?”. En: *Cuadernos Jurisprudenciales. Libre Competencia*. Año 3. N° 32. Febrero 2004, p. 13.

Por excepción, sin embargo, las empresas sí obtendrán exoneración cuando realicen una conducta contraria a los artículos 81 y 82 del TCE, impuesta por una disposición estatal que no haya sido previamente considerada por la autoridad de competencia como contraria al propio TCE.

La doctrina del “efecto útil” reconoce aparentemente la ausencia de voluntad y de responsabilidad *antitrust* en una empresa que, a pesar de conocer la primacía de la norma comunitaria, ha dado cumplimiento a una imposición estatal, a un mandato obligatorio de Derecho Interno. Sin embargo, considerando que el criterio de la seguridad jurídica es lo que determina la posibilidad de exoneración, la propia jurisprudencia comunitaria entendería que sí existe seguridad jurídica cuando la autoridad de competencia ha señalado previamente que una disposición interna es contraria (al efecto útil de) al TCE. En este caso, una empresa no podría alegar la ausencia de voluntad porque ya habría un pronunciamiento que habría dispuesto, en la práctica, que no debe obedecerse el mandato de una disposición nacional por contravenir el TCE y, por consiguiente, sí sería sancionable por infringir los artículos 81 u 82 de la norma comunitaria.

Si bien la referida doctrina jurisprudencial comunitaria se desarrolla en un contexto donde los dispositivos (normativos) en contradicción son, por un lado, nacionales (de cualquier rango) y, por el otro, supra-nacionales (comunitarios), sí podría ser trasladable este razonamiento a un ámbito exclusivamente nacional como el peruano, donde las disposiciones en contradicción también estarían recogidas en distintos niveles de rango normativo. Así, las disposiciones infralegales serían equiparables a las disposiciones estatales y la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas a los artículos 81 y 82 del TCE.

Si adoptáramos el criterio del “efecto útil”, la exención de responsabilidad por infracción a la LRCA no estaría limitada a los casos en los que una conducta está impuesta por una ley sino que incluiría también los supuestos donde un mandato de cualquier autoridad pública impone una conducta anticompetitiva. Ahora bien, si en un procedimiento previo, la CLC o la Sala de Defensa de la Competencia hubieran

declarado que un determinado dispositivo infralegal no genera la exención de responsabilidad *antitrust* (sea porque no desarrolla el contenido de una ley o porque elimina el “efecto útil” de la propia LRCA), entonces, en adelante, los agentes económicos no podrían ampararse en dicha disposición para excluirse del enjuiciamiento de la autoridad de competencia<sup>388</sup>.

Aparentemente, el criterio comunitario ayudaría a eliminar situaciones de incertidumbre para los agentes económicos permitiéndoles la exoneración de responsabilidad en los casos de imposición de conductas anticompetitivas, limitando esta posibilidad a que se trate del primer caso en el que se analiza la compatibilidad de un mandato público con la norma de defensa de la competencia, con lo cual también se evitaría que la efectividad de la LRCA quede del todo desvirtuada por las indebidas restricciones a la competencia de origen estatal.

Aun cuando admitimos el carácter altamente discutible de este tema, es nuestra posición que nuestro sistema de defensa de la competencia debería apartarse de la alternativa europea y apostar por un sistema como el recientemente incorporado en el artículo 3 de la LRCA, y que se adhiere a la ya estudiada práctica española.

Si cambiamos el enfoque que le damos al tema de las exenciones de responsabilidad *antitrust*, encontraremos un problema de mayor envergadura a la eventual inseguridad jurídica que tendrían que enfrentar las empresas en el mercado, y éste consiste en la instrumentalización de las potestades públicas para conseguir inmunidades frente al respeto de la libre competencia y a las obligaciones contenidas en la LRCA.

Si se permite que cualquier ejercicio de una potestad pública genere la exoneración de responsabilidad *antitrust* que actualmente está limitada sólo a la voluntad legislativa, se generarían muchos incentivos para que los operadores económicos

---

<sup>388</sup> Lo mismo ocurriría si el Poder Judicial o el Tribunal Constitucional declaran la ilegalidad o inconstitucionalidad del referido dispositivo, respectivamente.

encuentren en la función pública un nuevo instrumento para evadir el deber de competir en el mercado.

En efecto, las empresas, en particular las que tienen un mayor poder de influencia en las decisiones públicas, podrían tratar de ejercer este dominio para conseguir que una entidad o funcionario público no sólo permita una práctica comercial sino que imponga un mandato de conducta que resulte contrario a las prohibiciones de la LRCA. De este modo, se verían cubiertas frente a cualquier intento de *enforcement* que inicie la agencia de competencia. Es decir, se lograría desvirtuar la efectividad de una ley que desarrolla un objetivo constitucional como la libre competencia no en tutela de otros intereses públicos, sino de los intereses privados que han logrado “capturar” la voluntad pública infralegal.

La aproximación que proponemos a este problema no es reciente. Tampoco se trata de una dificultad que pueda surgir sólo en nuestro país por los altos índices de corrupción que se manejan en algunas entidades públicas. Se trata de una constatación realizada en otras jurisdicciones donde se ha verificado que las exoneraciones públicas a libre competencia representan atractivas herramientas que siempre son perseguidas por los operadores privados que deseen sustraerse a las obligaciones que imponen las normas de defensa de la competencia. Así, por ejemplo, tenemos a Marcos quien destaca la importancia del comentado artículo 4 de la LDC española desde la perspectiva que venimos analizando:

La relevancia de esta exención es mayúscula pues la experiencia demuestra cómo, a medida que aumenta la aplicación de las prohibiciones de defensa de la competencia, multiplicándose los procedimientos y las sanciones, las empresas se esfuerzan en conseguir que las restricciones al funcionamiento competitivo del mercado se introduzcan o incorporen en normas jurídicas o intervenciones públicas para evitar la aplicación de las prohibiciones. Estas estrategias han sido seguidas con éxito por las empresas que cuentan con sistemas de defensa de la competencia más avanzados. Se comprueba, además, que son más eficaces y

efectivas para garantizar y asegurar el propósito anticompetitivo, sin suscitar los riesgos y los peligros que generan las restricciones privadas a la competencia<sup>389</sup>.  
(subrayado añadido)

La misma perspectiva es compartida por Muris quien, desde el ordenamiento norteamericano, advierte sobre las ventajas que los particulares encuentran en la obtención de restricciones públicas a la competencia que amporen u otorguen validez a “cárteles privados”:

En efecto, es probable que las empresas racionales prefieran restricciones públicas gubernamentales [a la competencia]. A diferencia de las restricciones privadas, no hay necesidad de mantener secretos “de trastienda” o de incurrir en costos de manejar un cartel escondido. Las restricciones públicas pueden ser abiertas y notorias. Las restricciones públicas también son medios más eficientes de resolver el problema de acceso al mercado. Antes que monitorear incesablemente el mercado para detectar nuevas empresas, una empresa puede confiar simplemente en un régimen público que, por ejemplo, otorgue solamente un número limitado de licencias. Quizás la ventaja más clara de las restricciones públicas es que ellas incluyen frecuentemente un mecanismo incorporado para el *enforcement* del cartel. Mientras que traicionar el cartel regularmente supera las ventajas de mantener un cartel privado, los cárteles públicos no sufren tal defecto. Los traidores, una vez identificados, pueden ser sancionados a través de procesos gubernamentales<sup>390</sup>.  
(subrayado añadido)

---

<sup>389</sup> MARCOS, Francisco. Op. Cit., 2007, p. 5

<sup>390</sup> Traducción libre de: “Indeed, rational firms are likely to prefer public, governmental restraints, assuming that they are confident of their ability to secure such restraints. In many ways, public restraints are far more effective and efficient at restraining competition. Unlike private restraints, there is no need to maintain backroom secrecy or to incur the costs of conducting a covert cartel. Public restraints can be open and notorious. Public restraints are also a more efficient means of solving the entry problem. Rather than ceaselessly monitoring the marketplace for new rivals, a firm can simply rely on a public regime that, for example, provides for only a limited number of licenses. Perhaps the clearest advantage of public restraints is that they frequently include a built in cartel enforcement mechanism. While cheating often besets private cartels, public cartels suffer from no such defect. Cheaters, once identified, can be sanctioned through government processes”. MURIS, Timothy. Op. Cit., 2003, p. 2.

En el Perú, también encontramos esta preocupación en Gómez, quien destaca los efectos perversos que podrían generarse si se da una interpretación amplia al concepto de “norma legal” del artículo 3 de la LRCA:

Para comprender los alcances del artículo 3 de la LRCA es clave entender el término “norma legal” en él contemplado. Si es sinónimo de norma jurídica escrita con efectos generales, además de la ley, los reglamentos administrativos (aprobados por decreto supremo, resolución ministerial, resolución directorial, decreto regional, decreto de alcaldía, etc.) entran en el concepto, lo cual es peligrosísimo, pues supondría que cualquier ministro, director general, superintendente, presidente regional, alcalde u otra autoridad facultada para emitir un reglamento administrativo, podría autorizar a una empresa a abusar de su posición de dominio o habilitar a varias empresas a realizar una práctica colusoria. Significaría que cualquier autoridad atribuida de la potestad reglamentaria podría perforar la LRCA para atender los “reclamos” (llámese lobby) de aquellos empresarios que no quieren competir y que necesitan un ambiente “monopólico” para saciar su apetito de ganancias a costa de los consumidores. Un respeto mínimo al bien jurídico protegido por el texto constitucional nos impide aceptar esta peligrosa interpretación<sup>391</sup>.

Así pues, no es irreal suponer que, a medida que crezca el *enforcement* de la libre competencia en el Perú –lo que sería evidentemente positivo–, aumenten también los incentivos de las empresas para buscar herramientas más eficaces para restringir la competencia y evitar el consecuente daño concurrencial que podrían afrontar, una de las cuales sería la obtención de una exención pública.

En tal contexto, es importante que se admitan sólo aquellas restricciones a la competencia que válidamente persigan otros intereses también de relevancia constitucional. Uno de los medios para lograr ello consiste en limitar las posibilidades de generar exenciones a la aplicación de la legislación de defensa de

---

<sup>391</sup> GÓMEZ, Hugo. “El ámbito de aplicación objetivo de la reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, en: *Actualidad Jurídica* N° 176. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 44.



la competencia, como lo pretende hacer el artículo 3 de la LRCA, que sólo admite las restricciones de origen legal.

Es indudable que esta opción no goza de la seguridad jurídica a favor de los operadores económicos que podría proporcionar una regla como la seguida por el Tribunal máximo europeo<sup>392</sup>, sin embargo, creemos que estos riesgos serían menores a los que generaría una postura flexible frente a las exoneraciones públicas a la libre competencia.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, siempre que se ha cuestionado el hecho de que no todo mandato de una autoridad pública genere la exoneración de responsabilidad por infracción a las normas de defensa de la competencia, por lo general se ha omitido “invertir la figura”, analizando el asunto desde otra perspectiva y preguntándose ¿puede el mandato de la ley de defensa de la competencia exonerar a una empresa de responsabilidad por infringir el mandato de otra entidad pública?

Quienes demandan que el cumplimiento de cualquier mandato público puede exonerar a una empresa de responsabilidad por infringir la ley de libre competencia, con mayor razón deberían admitir que el cumplimiento de una ley puede exonerar a una empresa del cumplimiento de un precepto normativo de inferior jerarquía como un reglamento administrativo o de un mandato particular como un acto administrativo.

---

<sup>392</sup> Debe precisarse que la vigencia de la doctrina del “efecto útil” en Europa no impide que en otros ordenamientos nacionales como el español se adopte una regla de exención legal, similar a la peruana. En estos países, sería poco probable que los agentes económicos busquen la adopción de disposiciones administrativas (infrallegales) que impongan mandatos de actuación que los exonere de responsabilidad por infringir la libre competencia. Ello debido a que, aun cuando la doctrina del efecto útil del TJCE le otorgue inmunidad por infringir el TCE (siempre que la autoridad de competencia no haya declarado antes que el referido dispositivo vulnera el TCE), aún deberá enfrentar el escrutinio de la autoridad nacional de competencia que sólo otorgará la exoneración cuando dicho amparo se encuentre establecido en una norma de rango legal.

La pregunta que indiscutiblemente continuaría es ¿por qué se busca la exoneración de la responsabilidad *antitrust* y no la exoneración por el incumplimiento de un dispositivo de menor jerarquía? Siendo evidente que el administrado debe optar por cumplir uno de los mandatos, sería más razonable que éste optara por acatar el mandato emitido por una entidad de mayor rango, como el Poder Legislativo, que además cuenta con mayor legitimidad democrática. Así, aun cuando una determinada conducta impuesta por un dispositivo infralegal no pueda identificarse claramente como anticompetitiva, el agente deberá analizar esta posibilidad (como lo haría cualquier empresa respecto de una conducta que podría considerarse como anticompetitiva, bajo una prohibición relativa), y optar por abstenerse de llevarla a cabo, priorizando el cumplimiento de la norma jerárquicamente superior, la ley de defensa de la competencia.

En esta misma línea, Castillo critica la exención de responsabilidad establecida en el caso *CIF* por el TJCE, al considerar que esta posibilidad supondría la preponderancia de un ordenamiento de menor jerarquía (el nacional) sobre otro de mayor jerarquía (el comunitario):

(...) se trata de una situación de obligaciones que entran en contradicción (una prohibiendo un comportamiento, la otra obligando a seguir tal comportamiento) y la empresa debe decidir “autónomamente”, por utilizar la terminología del Tribunal, si respeta una u otra obligación. Considerar que la “imposición” solo viene de la norma nacional, en cuanto que en cierta manera “anula” la voluntad de la empresa resulta considerar que, en el fondo, las normas comunitarias tienen una obligatoriedad limitada y subordinada. En efecto, lo que se mantiene entonces es que la norma nacional vincula realmente [a] la empresa a hacer algo, mientras que la norma comunitaria no tiene tal efecto. Por otro lado, supone en el fondo considerar que el efecto directo del artículo 81 CE está en alguna medida subordinado al propio Derecho nacional<sup>393</sup>.

---

<sup>393</sup> CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. Op. Cit., 2004, p. 172.

Haciendo el símil con un ordenamiento nacional, la aplicación de una ley no debería verse limitada por una disposición infralegal. Así, resultaría contradictorio argumentar que un administrado no tiene voluntad (elemento subjetivo del tipo) de infringir una norma cuando cumple el mandato de un dispositivo normativo infralegal, pero admitir que sí la tiene para desobedecer el mandato de un dispositivo normativo legal como la LRCA.

Si bien consideramos que no se puede admitir sin más la exoneración de responsabilidad *antitrust* en atención a lo impuesto por un dispositivo infralegal, sí creemos que la agencia de competencia debería tener en consideración este elemento al momento de resolver un caso. Así, una correcta apreciación de los hechos y del origen de estos dispositivos podría generar una aproximación más flexible por parte de la autoridad administrativa, que se podría manifestar a través de una atenuación de la sanción a imponer o la admisión de una solicitud de compromiso de cese, cuando haya evidencia que el presunto agente infractor no haya tenido una clara intención de restringir la competencia sino que no haya podido advertir que la conducta impuesta por alguna entidad pública resultaba contraria a la LRCA (incertidumbre que cesaría con la imputación de cargos, y que explicaría una solicitud del compromiso de cese posterior). Estas posibilidades dependerán finalmente de la “muñeca” que tenga la agencia de competencia para distinguir entre supuestos concretos.

Finalmente, reiteramos que, a nuestro criterio, la admisión de la exoneración de responsabilidad por incumplir el mandato de un dispositivo o una actuación pública, distintos a la voluntad legislativa, sería por lo tanto la alternativa que permitiría reducir de mejor forma las posibles incertidumbres en las que se encontraría un agente económico que se encuentra en el medio de dos mandatos públicos contradictorios.

En esta tarea, es muy importante alcanzar un mayor nivel de difusión de la legislación de defensa de la competencia no sólo entre los operadores económicos

sino también entre las mismas entidades de la Administración Pública. Ello con dos claros objetivos: primero, evitar que las entidades públicas dicten mandatos de conducta que puedan vulnerar la efectividad del cumplimiento de las obligaciones de competir previstas en la LRCA; y segundo, lograr que las entidades públicas que hayan efectivamente impuesto tales mandatos de conductas anticompetitivas se abstengan de forzar su cumplimiento y de iniciar procedimientos sancionadores que, probablemente, concluirían con la declaración de la exoneración de responsabilidad de los administrados por cumplir con el mandato de la LRCA. Todo ello sin perjuicio de la eventual responsabilidad administrativa que enfrentarían quienes emitieran mandatos de conducta contrarios a una ley.

Del mismo modo, la difusión de la legislación de competencia y su correcto *enforcement* también pueden generar que se reduzcan los riesgos de que los operadores privados intenten utilizar los poderes públicos como mecanismos para evadir el control de la autoridad de competencia. Indudablemente, es más difícil convencer a una mayoría parlamentaria que a un solo funcionario público.

Debe quedar claro tanto para operadores económicos como para entidades públicas que si en la búsqueda de objetivos reconocidos a nivel constitucional es necesario limitar la efectividad de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, el mecanismo adecuado es el legislativo y no otro. El respeto a la libre competencia no puede depender de la voluntad de sujetos que no sean aquéllos quienes, siguiendo el mandato constitucional, han desarrollado en una ley los parámetros específicos de su tutela. De lo contrario, también se afectaría el principio de separación de poderes<sup>394</sup>, toda vez que instancias administrativas integrantes del Poder Ejecutivo podrían desconocer el mandato legislativo de

---

<sup>394</sup> **Constitución Política del Perú**

**Artículo 43°.** - La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana.

El Estado es uno e indivisible.

Su gobierno es unitario, representativo y descentralizado, y se organiza según el principio de la separación de poderes.

protección de la libre competencia, en contravención con la jerarquía normativa y el reparto de funciones, establecidos a nivel constitucional.

La LRCA se ha adelantado –consideramos acertadamente– a un problema que sólo se había manifestado inicialmente en nuestro país en los casos *SOAT* y *Fetrans* y tiene la substancial virtud de poner una importante barrera a las restricciones de la competencia que pueden tener origen en el ejercicio –instrumentalizado o no, pero siempre indebido– de una potestad pública.

Habiendo establecido nuestra posición acorde con la LRCA de restringir las exenciones a la libre competencia únicamente a los casos en que concurra una voluntad legal, cabe preguntarnos si dentro de esta voluntad puede encontrarse el ejercicio de la función legislativa que realizan los gobiernos locales y regionales.

De acuerdo con la jurisprudencia del TC, dentro del rango primario o normas con rango legal, se encuentran, además de las leyes en sentido estricto, las resoluciones legislativas<sup>395</sup>, los tratados, el reglamento del congreso, los decretos legislativos, los decretos de urgencia, las ordenanzas regionales y las ordenanzas municipales<sup>396</sup>. Centramos nuestra preocupación en las normas de origen regional y local porque, como podremos constatar más adelante, son los gobiernos regionales y locales las principales fuentes de restricciones indebidas a la competencia y al ejercicio de la libertad de empresa, por lo que no habría de sorprendernos que también puedan ser el origen de muchas autorizaciones o mandatos que amparen la comisión de conductas anticompetitivas.

---

<sup>395</sup> Para casos particulares como son: la aprobación de tratados conforme al artículo 56 de la Constitución, la concesión de la prórroga del estado de sitio, la autorización del ingreso de tropas extranjeras al territorio de la República sin afectar la soberanía nacional, la declaración de guerra y firma de la paz, y la autorización al Presidente de la República para salir del país. Fundamento Jurídico 17 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 (Exp. 047-2004-AI/TC).

<sup>396</sup> Fundamentos Jurídicos 16 - 30 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 (Exp. 047-2004-AI/TC).

Salvando las diferencias entre un sistema de gobierno federal y un sistema de gobierno unitario descentralizado, el problema que aquí abordamos es similar al que tuvo que hacer frente la jurisprudencia norteamericana con el surgimiento de diversas disposiciones de los Estados que amparaban la ejecución de prácticas anticompetitivas.

Como pudimos apreciar en el estudio realizado en el acápite II.3.B), la respuesta de la jurisprudencia norteamericana fue la de amparar este tipo de inmunidades *antitrust* estatales, bajo el surgimiento de la doctrina de la *State Action* en la Sentencia *Parker v. Brown*<sup>397</sup>. Sin embargo, esta inmunidad tenía ciertos parámetros que cumplir, en particular: (i) una política estatal claramente articulada y (ii) una supervisión activa de la conducta autorizada por parte del propio Estado, establecidos expresamente en la Sentencia *Midcal*<sup>398</sup>.

Es importante recordar, no obstante, que el fundamento de la doctrina del *State Action* no se encuentra precisamente en la necesidad de garantizar la armonía dentro del sistema federal de gobierno norteamericano, aunque de alguna manera se logre dicho efecto. Así, el Tribunal Supremo no ha sustentado la validez de las inmunidades *antitrust* conferidas por los Estados en la supremacía o igualdad normativa de las disposiciones estatales frente a las normas federales como la *Sherman Act*. El fundamento esencial de esta doctrina se encuentra en la finalidad de la propia *Sherman Act* que, según la Corte Suprema norteamericana, no incluía la limitación de las potestades de los Estados de regular el comercio. Es decir, según la jurisprudencia norteamericana, en la medida que no se encontraba en la *Sherman Act* ningún propósito de restringir la actividad normativa de los Estados federados, no se podía limitarlos en su potestad de otorgar un régimen excepcional

---

<sup>397</sup> Ver nota a pie de página 186, en el acápite II.3.B).

<sup>398</sup> Ver nota a pie de página 192, en el acápite II.3.B).

de defensa de la competencia por el cual se exoneren determinadas conductas anticompetitivas<sup>399</sup>.

Haciendo el símil con el caso peruano, una inmunidad *antitrust* como la prevista en la doctrina de la *State Action* implicaría que las normas con rango legal provenientes de los gobiernos regionales o locales también podrían exonerar de responsabilidad a los agentes económicos que realicen conductas anticompetitivas prohibidas por la LRCA.

Para determinar si este razonamiento resulta trasladable o incluso conveniente para el caso peruano, es importante preguntarnos si la posibilidad de que los gobiernos regionales o locales exoneren de responsabilidad *antitrust* resultaría conforme a nuestro sistema constitucional de gobierno descentralizado. En segundo lugar, cabe preguntarnos si la LRCA conlleva un propósito de restringir las regulaciones regionales y locales de carácter comercial, como el que no halló la Corte norteamericana en la *Sherman Act* y que fundamentó la doctrina de la *State Action*; y, en todo caso, *lege ferenda* una vez más, debemos indagar si resultaría apropiado incluir una limitación de este tipo dentro de nuestro ordenamiento de defensa de la competencia.

En relación con el primer aspecto, debemos señalar que, de conformidad con el artículo 43 de la Constitución, el Estado peruano es unitario y descentralizado. Ello implica que no existe un “dominio” del gobierno central sobre los gobiernos regionales y locales, sino que existirán

órganos de poder territorialmente delimitados, a los cuales se les dota de autonomía política, económica y administrativa, sin embargo, su ejercicio debe realizarse dentro de lo previsto por la Constitución y las leyes marco que regulan el reparto competencial de los gobiernos regionales y municipales<sup>400</sup>.

---

<sup>399</sup> Ver acápite II.3.B).

<sup>400</sup> Fundamento Jurídico 41 de de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de setiembre

En tal sentido, el ejercicio de las potestades de los gobiernos regionales y locales debe efectuarse respetando las competencias establecidas constitucional y legalmente, con miras a preservar la unidad e integridad del Estado. Así, los gobiernos regionales y locales están prohibidos de dictar normas que contravengan los intereses nacionales.

Debe considerarse además que, según la referida jurisprudencia constitucional, el principio de unidad<sup>401</sup> se conforma, a su vez, de los principios de “taxatividad” y “residualidad”, en virtud de los cuales, los gobiernos regionales y locales sólo pueden ejercer aquellas competencias expresamente concedidas<sup>402,403</sup>.

---

de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

<sup>401</sup> **Constitución Política del Perú.-**

**Artículo 189°.-** El territorio de la República está integrado por regiones, departamentos, provincias y distritos, en cuyas circunscripciones se constituye y organiza el gobierno a nivel nacional, regional y local, en los términos que establece la Constitución y la ley, preservando la unidad e integridad del Estado y de la Nación.

<sup>402</sup> Puede verificarse este principio de taxatividad a partir de los artículos 191, 192, 194 y 195 de la Constitución, que señalan que los gobiernos regionales y locales ejercen las atribuciones conferidas por ley:

**Constitución Política del Perú.-**

**Artículo 191°.-** Los gobiernos regionales tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Coordinan con las municipalidades sin interferir sus funciones y atribuciones.

La estructura orgánica básica de estos gobiernos la conforman el Consejo Regional como órgano normativo y fiscalizador, el Presidente como órgano ejecutivo, y el Consejo de Coordinación Regional integrado por los alcaldes provinciales y por representantes de la sociedad civil, como órgano consultivo y de coordinación con las municipalidades, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

El Consejo Regional tendrá un mínimo de siete (7) miembros y un máximo de veinticinco (25), debiendo haber un mínimo de uno (1) por provincia y el resto, de acuerdo a ley, siguiendo un criterio de población electoral.

El Presidente es elegido conjuntamente con un vicepresidente, por sufragio directo por un periodo de cuatro (4) años, y puede ser reelegido. Los miembros del Consejo Regional son elegidos en la misma forma y por igual periodo. El mandato de dichas autoridades es revocable e irrenunciable, conforme a ley.

La ley establece porcentajes mínimos para hacer accesible la representación de género, comunidades nativas y pueblos originarios en los Consejos Regionales. Igual tratamiento se aplica para los Concejos Municipales.



Así, el TC ha señalado que:

Los gobiernos regionales no tienen más competencias que aquellas que la Constitución y las leyes orgánicas les hayan concedido. En otras palabras, los gobiernos regionales se encuentran sometidos al principio de taxatividad, de modo tal que aquellas competencias que no les han sido conferidas expresamente, corresponden al Gobierno Nacional (cláusula de residualidad)<sup>404</sup>.

---

**Artículo 192°.-** Los gobiernos regionales promueven el desarrollo y la economía regional, fomentan las inversiones, actividades y servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y locales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

**Artículo 194°.-** Las municipalidades provinciales y distritales son los órganos de gobierno local. Tienen autonomía política, económica y administrativa en los asuntos de su competencia. Las municipalidades de los centros poblados son creadas conforme a ley.

La estructura orgánica del gobierno local la conforman el Concejo Municipal como órgano normativo y fiscalizador y la Alcaldía como órgano ejecutivo, con las funciones y atribuciones que les señala la ley.

Los alcaldes y regidores son elegidos por sufragio directo, por un período de cuatro (4) años. Pueden ser reelegidos. Su mandato es revocable e irrenunciable, conforme a ley.

**Artículo 195°.-** Los gobiernos locales promueven el desarrollo y la economía local, y la prestación de los servicios públicos de su responsabilidad, en armonía con las políticas y planes nacionales y regionales de desarrollo.

Son competentes para:

(...)

10. Ejercer las demás atribuciones inherentes a su función, conforme a ley.

(subrayado añadido).

<sup>403</sup> Cf. GÓMEZ, Hugo. “¿Puede una Municipalidad eludir el control de la Comisión de Acceso al Mercado?,” en: *Revista de Derecho y Economía*. Invierno 2007, p. 89.

<sup>404</sup> Fundamento Jurídico 49 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de septiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

En tal sentido, ni en la Constitución ni en las leyes que regulan sus funciones e integran el bloque de constitucionalidad (Ley de Bases de la Descentralización, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley Orgánica de Municipalidades) puede encontrarse la habilitación para que los gobiernos regionales o legales regulen temas vinculados a la defensa de la competencia, ni mucho menos para que establezcan una excepción a este régimen creado por el Poder Legislativo del Gobierno Nacional, en atención a la previsión constitucional del artículo 61.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que en virtud del principio de competencia, ni los gobiernos regionales ni los gobiernos locales pueden dictar normas que invadan competencias asignadas constitucionalmente al Gobierno Nacional, puesto que adolecerían de un vicio de inconstitucionalidad indirecta<sup>405</sup>. En este contexto, el TC ha reconocido que la protección de la libre competencia es una materia cuyo desarrollo ha sido encargado a una ley<sup>406</sup>, por lo que la regulación de esta materia – lo que incluye evidentemente el establecimiento de excepciones al régimen de

---

<sup>405</sup> “Dado que las ordenanzas regionales son normas con rango de ley (artículo 200° 4 de la Constitución), no se encuentran jerárquicamente subordinadas a las leyes nacionales del Estado, por lo que para explicar su relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio de competencia, pues tienen un ámbito normativo competencial distinto. Lo cual no significa que éste pueda ser desintegrado, ni mucho menos, contrapuesto. De hecho —según se ha podido referir, y respecto de lo cual a continuación se profundizará—, en tanto existen leyes a las que la Constitución ha delegado la determinación de las competencias o límites de las competencias de los distintos órganos constitucionales, los gobiernos regionales no pueden expedir ordenanzas que resulten contrarias a ellas, so pena de incurrir en un vicio de inconstitucionalidad indirecta”. Fundamento Jurídico 61 de la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de septiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

<sup>406</sup> “Finalmente, como aspecto fundamental de una economía social de mercado, el Estado facilita y vigila la libre competencia. El artículo 61° de la Constitución delega al legislador la labor de garantizar el acceso al mercado en igualdad de condiciones, al tiempo de reprimir y limitar el abuso de posiciones de dominio o monopólicas a efectos de garantizar no sólo la participación de los agentes de mercado ofertantes, sino de proteger a quienes cierran el círculo económico en calidad de consumidores y usuarios”. Fundamento Jurídico 32 de la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005 (Exp. 00034-2004-PI/TC).

defensa de la competencia— por una ordenanza regional o local sería, consecuentemente, inconstitucional.

En lo que respecta al segundo aspecto, corresponde analizar si dentro de la LRCA puede encontrarse el propósito de limitar la actuación de los órganos legislativos de los niveles regionales y locales de gobierno, en particular, respecto de aquellas medidas que puedan colisionar con la efectividad del régimen de defensa de la libre competencia establecido en la propia LRCA.

A nuestro criterio, sí puede extraerse del propio artículo 3 de la LRCA una voluntad de limitar la actuación de los niveles regionales y locales de gobierno en aquello que concierne a la protección de la libre competencia.

A diferencia de lo que ocurría con la *Sherman Act*, sí existen disposiciones en la LRCA que no están dirigidas únicamente a los agentes privados sino también a entidades estatales. En efecto, cuando en el artículo 3 de la LRCA se establece que sólo una norma legal puede exonerar de responsabilidad a los agentes económicos por infracciones a la LRCA, de manera indirecta se está transmitiendo un mensaje a las entidades que conforman el aparato estatal: el de abstenerse de dictar medidas que puedan promover, facilitar o imponer la realización de conductas anticompetitivas, salvo que el medio utilizado sea la emisión de una norma de rango legal.

Si bien ello no implica que la agencia de competencia controle la licitud de las medidas estatales, sí resulta claro que en la LRCA hay una preocupación por limitar las disposiciones que pueda adoptar el Estado y que tengan incidencia sobre la efectividad de la protección de la libre competencia.

En el caso particular de las disposiciones regionales y locales de carácter general, hemos podido constatar que algunas de ellas, emitidas por el órgano máximo de

gobierno (los Consejos Regionales y Consejos Municipales), también tienen rango de ley conforme ha sido desarrollado por la doctrina jurisprudencial del TC.

Sin embargo, a partir de la revisión de la exposición de motivos de la LRCA, puede concluirse que el legislador no estimó admisible que las ordenanzas regionales o municipales exoneren de responsabilidad a las empresas por la comisión de conductas anticompetitivas. En efecto, cuando la exposición de motivos hace alusión a la “norma legal”, omite incluir dentro de los ejemplos que enuncia a aquellas disposiciones de nivel regional y local:

El artículo 3 del Proyecto excluye de su ámbito objetivo de aplicación aquellas conductas que se originan como consecuencia de lo dispuesto en una norma legal, que es el caso de las leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia<sup>407</sup>.

(subrayado añadido)

Al incluirse dentro de los ejemplos de normas legales específicamente a la ley, al decreto legislativo y al decreto de urgencia, todas ellos dispositivos del nivel legislativo correspondiente al Gobierno Nacional, podría válidamente considerarse que la omisión fue intencional, queriéndose excluir a las normas legales de nivel regional y local.

La afirmación realizada en el párrafo precedente podría no llegar a superar el calificativo de conjetura pero podemos apreciar que, en otro tipo de normas que precisamente buscan proteger objetos jurídicos integrantes del principio de defensa de la libre competencia como el libre acceso al mercado, existen claras intenciones similares de limitar la actuación de los gobiernos regionales y locales, que puedan afectar el normal desenvolvimiento de actividades económicas. Éste es el caso de las normas legales que desarrollan las funciones que realiza la CEB de controlar y disponer la inaplicación de las barreras burocráticas ilegales o irracionales para el

---

<sup>407</sup> Ver nota a pie de página 377.

acceso y/o desarrollo de una determinada actividad económica. En este esquema, la Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, constituye un referente importante en la medida que amplía las funciones del referido órgano funcional de INDECOPI para poder controlar e inaplicar las barreras burocráticas que surjan de cualquier tipo de normas municipales o regionales de carácter general, lo que incluye evidentemente a las ordenanzas regionales y municipales.

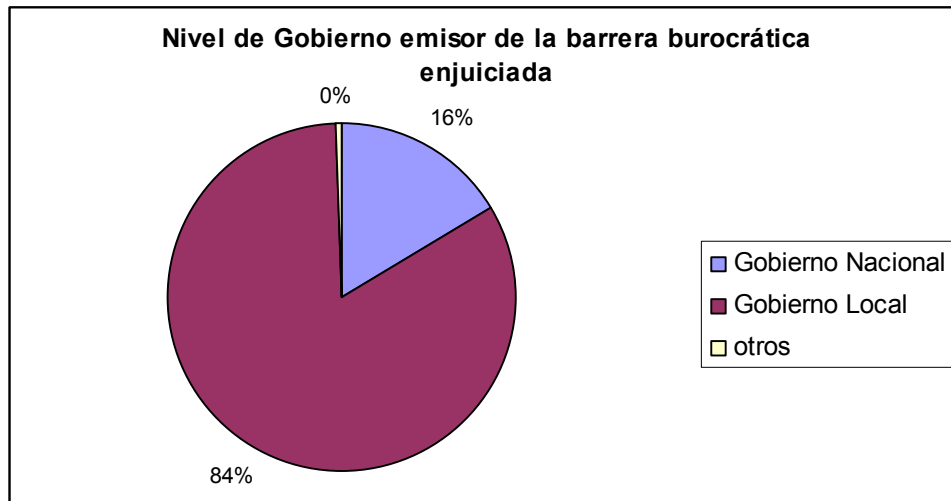
El caso del control de las barreras burocráticas de acceso al mercado nos muestra la preocupación del legislador por limitar la actuación de los legisladores regionales y locales que pudieran afectar el derecho de acceso al mercado, que constituye una manifestación del más amplio principio de la libre competencia. En este contexto normativo, resulta lógico suponer que en el caso de la defensa de la competencia también hay una voluntad implícita del legislador de limitar las posibilidades de que, mediante ordenanzas regionales o locales, se pueda limitar la efectividad de la represión de las prácticas anticompetitivas que se lleven a cabo en el mercado.

Por tanto, consideramos que la LRCA, además de disponer la prohibición de la realización de prácticas anticompetitivas, conlleva también la intención de limitar las facultades regulatorias de los gobiernos regionales y locales cuando su ejercicio pueda hacer peligrar la efectividad del sistema de defensa de la competencia. Sin perjuicio de ello y admitiendo que esta aseveración no está sustentada en una declaración legislativa expresa, hubiera sido preferible que en la nueva LRCA se precisara el concepto de “norma legal” para excluir expresamente a aquellas disposiciones que no provienen del Gobierno Nacional.

Adicionalmente, a nuestro criterio, una doctrina jurisprudencial como la de la *State Action* no sería viable en nuestra realidad si se toma en cuenta que una importante parte de los problemas de acceso al mercado y de respeto a la libre competencia se producen a consecuencia de la actividad pública reguladora de los gobiernos

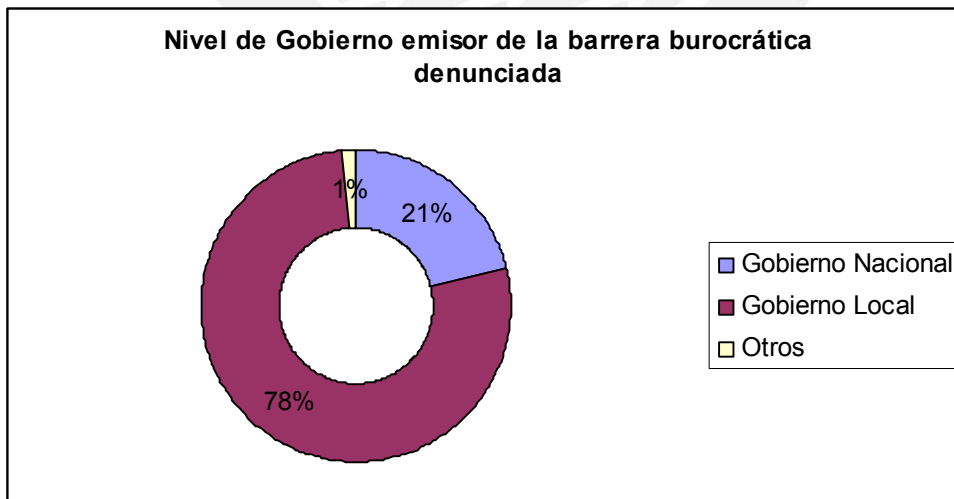
regionales y locales. Algunos ejemplos estadísticos pueden ayudarnos a ilustrar y sustentar nuestra postura.

**Gráfico N° 1**  
**Procedimientos por barreras burocráticas resueltos por la CEB**  
**(acumulado 2005-2008)**



Fuente: CEB (Índices de Barreras Burocráticas 2005, 2006, 2007 y 2008)  
Elaboración propia

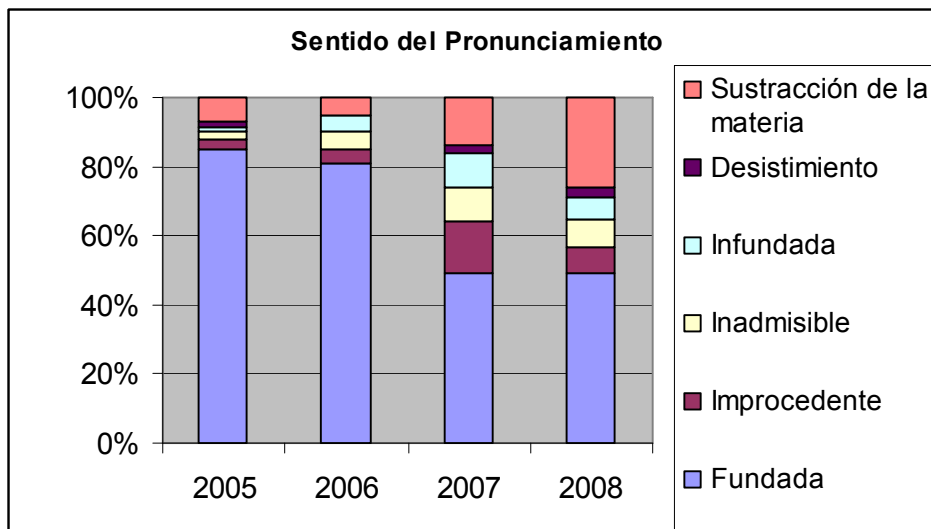
**Gráfico N° 2**  
**Procedimientos por barreras burocráticas iniciados ante la CEB (2009)**



Fuente: CEB (Estadísticas de 1er. y 2do. Trimestre) <http://www.indecopi.gob.pe/destacado-competencia-comisiones-cam-estad.jsp>

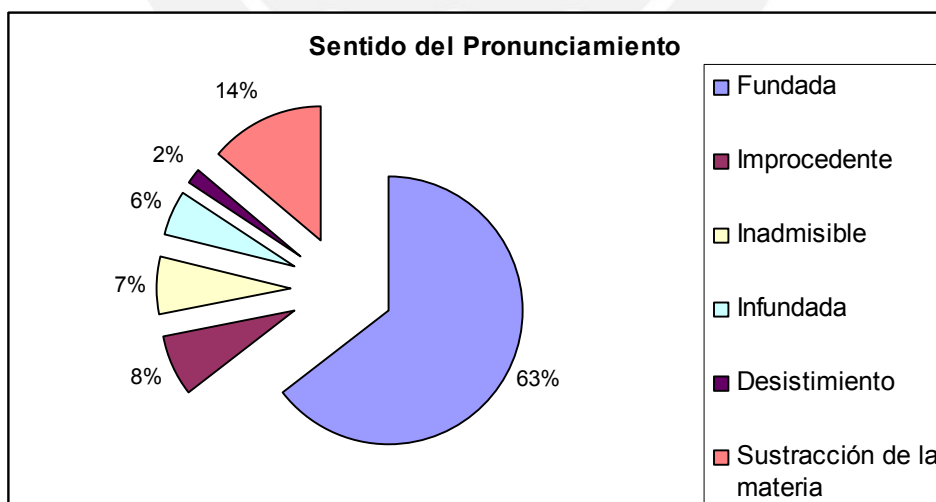
Elaboración propia

**Gráfico N° 3**  
**Procedimientos por barreras burocráticas impuestas por Gobiernos Locales**  
**resueltos por la CEB (anual 2005-2008)**



Fuente: CEB (Índices de Barreras Burocráticas 2005, 2006, 2007 y 2008)  
 Elaboración propia

**Gráfico N° 4**  
**Procedimientos por barreras burocráticas impuestas por Gobiernos Locales**  
**resueltos por la CEB (acumulado 2005-2008)**



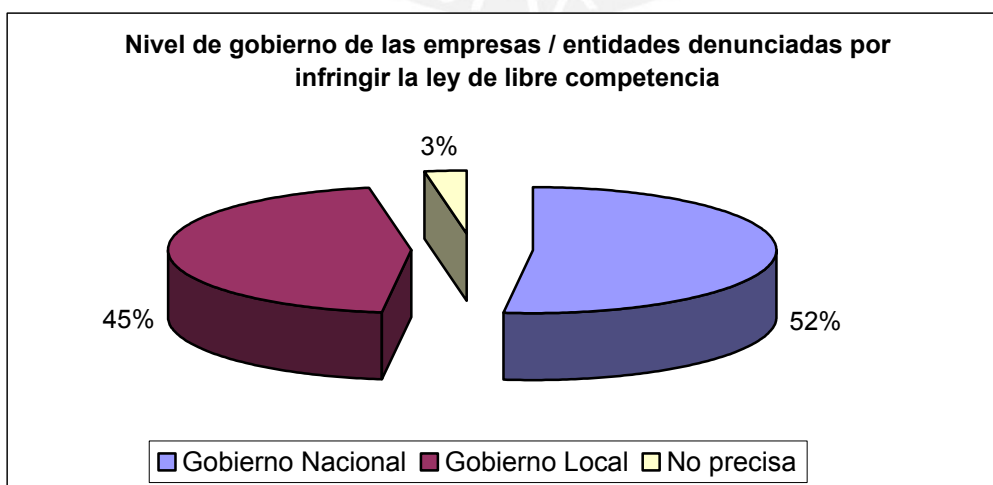
Fuente: CEB (Índices de Barreras Burocráticas 2005, 2006, 2007 y 2008)  
 Elaboración propia

Los gráficos anteriores evidencian claramente que son los Gobiernos Locales los principales causantes de las limitaciones de acceso al mercado y, en general, a la libre competencia. Es por ello que, entre los años 2005 y 2008, fue este nivel de gobierno el emisor del 84% de las barreras burocráticas denunciadas ante la CEB por ser ilegales o irracionales (Gráfico N° 1), siendo que un 63% de dichas denuncias se encontraban fundadas y que un 14% de las referidas denuncias hubieran tenido un resultado similar, de no ser por la ulterior modificación de las barreras burocráticas, que ocasionaron la sustracción de la materia en los procedimientos respectivos (Gráfico N° 4).

Asimismo, si nos restringimos a los procedimientos seguidos ante la CLC por infracción a las normas de libre competencia (el Decreto Legislativo 701 en su oportunidad y, actualmente, el Decreto Legislativo 1034), además de encontrar un relevante número de denuncias interpuestas contra organismos públicos propiamente tales o empresas públicas (un total de 106, entre los años 1993 y 2008), también podemos constatar que un significativo porcentaje de estas denuncias involucraron a entidades o empresas públicas de alcance local y regional (45%, equivalente a 48 denuncias), como se puede apreciar en el Gráfico N° 5:

**Gráfico N° 5**

**Denuncias contra entidades y empresas públicas por infracciones a la libre competencia tramitadas ante la CLC (1993-2008)**





La preocupación del legislador respecto de la actuación regulatoria de los niveles descentralizados de gobierno (en particular, las Municipalidades) se hizo evidente hace unos años con el Proyecto de Ley que propugnaba la creación de un Organismo Supervisor de Servicios Municipales (OSSM)<sup>408</sup> que, entre otras atribuciones, tendría encomendada la evaluación de la calidad, costos y criterios de distribución individualizada de la prestación y mantenimiento de los servicios públicos municipales, y que dichos servicios cumplan con las disposiciones legales vigentes.

El principal fundamento de esta iniciativa legislativa radicaba en la constatación de las trabas y sobrecostos que se había detectado en la función normativa-regulatoria de las municipalidades y en las quejas por los cobros de los servicios públicos municipales, que podrían calificar como barreras burocráticas ilegales o irracionales de acceso al mercado, como habían sido declaradas en muchos casos por la CEB (entonces, CAM)<sup>409</sup>.

Cabe señalar que este Proyecto de Ley fue coetáneo al Proyecto de Ley 125/2006-CR, Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada<sup>410</sup>, que terminaría con la promulgación de la Ley 28996, que devuelve las

---

<sup>408</sup> Proyecto de Ley 209/2006-CR, presentado el 14 de setiembre de 2006, a iniciativa de la Célula Parlamentaria Aprista.

<sup>409</sup> “Finalmente, resulta pertinente crear un organismo supervisor para la prestación de los servicios municipales, por que [sic] actualmente existen una serie de denuncias de los usuarios de estos servicios que versan sobre la inexistencia de los mismos, cobros excesivos derivados de la mala aplicación de los criterio [sic] de distribución individualizadas del costo del servicio municipal y la trasgresión del procedimiento de aprobación de los tributos municipales que requieren la ratificación de la municipalidad provincial”. Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 209/2006-CR.

<sup>410</sup> Proyecto de Ley 125/2006-CR, presentado el 6 de setiembre de 2006, a iniciativa del congresista Luis Galarreta Velarde.

competencias a la CEB para inaplicar directamente las barreras burocráticas contenidas en normas de carácter general de los Gobiernos Regionales y Locales.

Asimismo, debemos tener en cuenta que los propios gobiernos regionales y locales se muestran reacios a someterse al control por parte de entidades del Gobierno Central, en lo que atañe al respeto de las libertades de empresa y acceso al mercado, como veremos en el acápite IV.5.C).

Por ello, se debe tener especial cuidado en evitar que estas instancias descentralizadas del Estado puedan atentar contra el régimen de defensa de la competencia, previsto en el Decreto Legislativo 1034.

Sin perjuicio de los riesgos advertidos en los párrafos precedentes, aun cuando el legislador del Gobierno Nacional haya querido, expresa o implícitamente, poner un cerco a la actividad legislativa regional y local en lo que concierne a la represión de las prácticas anticompetitivas, debemos reiterar que el parámetro para decidir la validez de una norma de rango legal que limite la efectividad de la LRCA lo constituye el “test de competencia”, desarrollado por la jurisprudencia del TC que, como hemos visto, no ampararía que, mediante una ordenanza regional o municipal se establezcan excepciones al sistema de defensa de la competencia.

En conclusión, a partir del desarrollo y análisis del concepto de ‘norma legal’ utilizado por la LRCA en su artículo 3, hemos destacado en este acápite la importancia de darle una interpretación restrictiva con el objeto de evitar la aparición desmedida de exenciones públicas que amparen la comisión de conductas anticompetitivas.

Teniendo ello en consideración, conviene analizar en este momento la segunda parte del artículo 3 de la LRCA que señala lo siguiente:

**Artículo 3.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

(...)

El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores. No obstante ello, discrecionalmente, la autoridad de competencia podrá emitir informes con relación a las conductas referidas en el párrafo anterior con el fin de evaluar sus efectos sobre la libre competencia y el bienestar del consumidor.

Esta segunda parte del artículo 3 de la LRCA no fue incluida en la versión inicial del Anteproyecto de Ley publicado por el INDECOPI ni en el proyecto remitido por esta institución a la Presidencia del Consejo de Ministros, previo a su aprobación como Decreto Legislativo.

El contenido de este extracto del artículo 3 resulta impreciso puesto que no se define en qué consisten las acciones que el Estado podrá asumir para “contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”, las mismas que pueden ser de distinta naturaleza, como por ejemplo, el otorgamiento de beneficios tributarios, reducciones arancelarias, regulaciones de calidad, acciones positivas para generar transparencia en el mercado, entre varias otras.

Otra interpretación de la segunda parte del artículo 3 de la LRCA consistiría en admitir que cuando el Estado intervenga, de cualquier forma, para “mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”, y esta intervención acarree que alguna empresa cometa una conducta anticompetitiva, esta última se encuentre exenta de responsabilidad.

No obstante, esta interpretación debe ser descartada de plano porque iría en evidente contradicción con la primera parte del artículo 3 de la LRCA, que limita la exoneración de responsabilidad *antitrust* a los supuestos de intervención legislativa del Gobierno Nacional. Asimismo, también resultaría opuesta al objetivo de restringir la intervención estatal que pueda afectar la libre competencia y el acceso

al mercado que encontramos en la LRCA y en otras normas del ordenamiento económico como la ya comentada Ley 28896.

En nuestra opinión, el objetivo de la segunda parte del artículo 3 de la LRCA podría ser el de liberar de responsabilidad a la actuación estatal que contravenga lo dispuesto en el primer párrafo, esto es, que una entidad que carezca de voluntad legislativa disponga excepciones a la aplicación del Decreto Legislativo 1034. En efecto, la primera parte del artículo 3 de la LRCA podía entenderse como una restricción para las entidades y funcionarios públicos, que no podrían (o no deberían) autorizar o imponer la comisión de conductas anticompetitivas. Como veíamos anteriormente, el incumplimiento del mandato del artículo 3 podía suponer incluso alguna responsabilidad administrativa para los funcionarios públicos que ampararan la ejecución de prácticas anticompetitivas, sin contar con el respaldo legislativo necesario.

En este contexto, la segunda parte del artículo 3 de la LRCA respondería a la necesidad de “liberar” a los funcionarios públicos de cualquier responsabilidad administrativa por la adopción de acciones que favorezcan las condiciones de oferta de los productos, aun cuando dichas acciones puedan implicar o favorecer la comisión de conductas anticompetitivas por parte de los agentes económicos, contraviniendo el mandato de la primera parte del artículo 3 de la LRCA.

En suma, a partir de la primera parte del artículo 3 de la LRCA, sólo una norma de rango legal del Gobierno Nacional podría exonerar de responsabilidad *antitrust* a los distintos operadores del mercado. Por otro lado, si una entidad o funcionario públicos, mediante algún instrumento normativo o actuación administrativa que no sea una norma de rango legal, adopta acciones que puedan permitir la comisión de conductas anticompetitivas, los agentes económicos no se verán beneficiados con alguna exención de responsabilidad. Pese a ello, en atención a la segunda parte del artículo 3 de la LRCA, estos funcionarios públicos no tendrán responsabilidad

administrativa alguna si dichas acciones han estado dirigidas a mejorar las condiciones de oferta de los productos en provecho de los consumidores.

Sin perjuicio de la interpretación propuesta, deseamos expresar nuestra preocupación por la incorporación de este segundo párrafo del artículo 3 de la LRCA, probablemente motivada por la desconfianza o la ignorancia parcial de algún sector del Gobierno respecto de la relevancia del sistema de defensa de la competencia en el Perú y de la necesidad de protegerlo incluso de las propias intervenciones estatales.

En este sentido, compartimos lo señalado por Bullard, quien advirtiendo los peligros del párrafo segundo del artículo 3 de la LRCA, en la medida que pretenda considerarse como un justificante para que el Estado reúna a los agentes económicos para concertar, califica esta medida de nefasta y afirma que “(...) destruye la cultura de la competencia y constituye una intervención inaceptable del Estado en la economía”<sup>411</sup>.

Hay dos aspectos adicionales vinculados al tema de la exención legal que creemos pertinente abordar, considerando la discusión que han generado en la práctica comparada. Se tratan de (i) la inaplicación de reglamentos o actos administrativos como consecuencia de la exención legal; y, (ii) la inaplicación de una exención legal por contravenir el principio de libre competencia, previsto en la Constitución.

En relación con el primer asunto, cabe preguntarnos si, cuando la CLC o la Sala deniegan la exoneración de sanción porque ésta se encuentra en algún instrumento normativo o administrativo distinto al de una norma con rango legal, ¿estarían inaplicando un reglamento o un acto administrativo por infringir el artículo 3 de la LRCA?

---

<sup>411</sup> BULLARD, Alfredo. “La nueva Ley de Competencia. ¿El regreso del Jedi?”, en: *Enfoque Derecho* N° 74. Julio, 2008, p. 4.

A nuestro criterio, cuando la CLC o la Sala considera que una práctica específica no se encuentra exonerada de sanción pese a la existencia de una norma infralegal que la ampare, no es necesario que tales órganos funcionales realicen un control difuso de legalidad de dicho precepto normativo. No es menester que la autoridad de competencia analice si un dispositivo infralegal, reglamento o acto administrativo, ha respetado lo dispuesto por una ley o la Constitución, aun cuando en algunos supuestos pudiera hacerlo de conformidad con la jurisprudencia del TC que admite el control difuso en sede administrativa<sup>412</sup>.

En realidad, la autoridad administrativa únicamente tiene que analizar si se cumple el supuesto previsto en el artículo 3 de la LRCA, esto es, si una determinada conducta está amparada por una ley, con independencia de la legalidad y constitucionalidad del precepto normativo infralegal que habría sustentado la realización de dicha práctica. En este aspecto, nos adherimos al razonamiento de Baño León<sup>413</sup> y a la jurisprudencia del TDC<sup>414</sup>, correspondientes a la práctica española, que ya hemos comentado en el sub-capítulo II.1.

Por lo tanto, consideramos que la CLC y la Sala no necesitan inaplicar una norma infralegal o apartarse de algún acto administrativo o actuación administrativa, es decir, no evaluarán la legalidad de estas acciones estatales. La evaluación del Indecopi se limitará a la aplicación del artículo 3 de la LRCA, para dilucidar si una empresa cuenta o no con la exención ahí contenida.

En lo que concierne al segundo tema, el hecho de que el TC haya aceptado que los tribunales administrativos puedan realizar el control difuso de normas legales

---

<sup>412</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005 (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC) y Resolución Aclaratoria del 13 de octubre de 2006 (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC).

<sup>413</sup> Ver nota a pie de página 81, en el acápite II.1.B).

<sup>414</sup> Resolución del TDC del 18 de enero de 2000. Asunto *Abogacía Española*. Expediente: 455/99 (Conductas), ver acápite II.1.A)

inconstitucionales puede hacer surgir la duda sobre la posibilidad de que la CLC o la Sala puedan inaplicar una ley que ampare la comisión de conductas anticompetitivas, haciendo privilegiar el artículo 61 de la Constitución que señala que incorpora el mandato de protección de la libre competencia.

Sobre el particular, consideramos que la LRCA ha querido prohibir la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda efectuar un control de constitucionalidad (nuevamente difuso) de las normas legales que amparan conductas anticompetitivas; ello, a partir de la segunda oración del artículo 3 de la LRCA, en el que se señala claramente que estos eventuales cuestionamientos no se realizarán ante la CLC sino “mediante las vías correspondientes”. Entendemos que el Decreto Legislativo bajo comentario hace referencia a los eventuales cuestionamientos de constitucionalidad que pudieran surgir contra una norma legal que ampare conductas anticompetitivas.

Si se admitiera la posibilidad de que la CLC y la Sala, en su oportunidad, hagan un control difuso de la norma legal que ampara conductas anticompetitivas, podría suceder que un agente económico resulte sancionado por infringir la LRCA, pese a contar con la protección de otra norma con rango legal, posibilidad de exoneración que ahora la propia LRCA reconoce.

Aun cuando el TC ha reconocido la posibilidad del control difuso de constitucionalidad por parte de los tribunales administrativos, consideramos que el ejercicio de esta potestad en este caso podría generar mucha inseguridad en los operadores del mercado.

En los párrafos precedentes, veíamos cómo la aplicación del artículo 3 de la LRCA podía generar cierta incertidumbre para las empresas que desarrollen conductas potencialmente anticompetitivas que cuentan con la cobertura de un acto administrativo o una norma infralegal; sin embargo, concluíamos que en este escenario, no resultaba tan complicado que una empresa pudiera tomar conciencia

de que ante la ausencia de una norma legal expresa que le otorgara una exoneración, sería pasible de sanción por infracción a la LRCA.

No obstante, en el nuevo supuesto que estamos analizando, los agentes económicos no se encontrarían libres de responsabilidad *antitrust* aun cuando contaran con un claro soporte legal, sino que también tendrían que analizar si la ley de cobertura puede resultar inconstitucional.

Esta situación de inseguridad es la que consideramos ha buscado resolver el artículo 3 de la LRCA al señalar que no corresponde cuestionar este tipo de normas legales ante la autoridad de competencia. De este modo, se busca dar cierto grado de seguridad jurídica a los operadores económicos al impedir que se pretenda que la autoridad de competencia los sancione por la ejecución de conductas anticompetitivas realizadas al amparo de una norma del mismo rango que aquella que busca proteger la libre competencia.

Además, debe tenerse en cuenta que el TC únicamente ha admitido la posibilidad del ejercicio del control difuso en sede administrativa bajo ciertas circunstancias, dos de las cuales no se cumplirían en la hipótesis planteada: (i) que la norma inaplicada sea manifiestamente inconstitucional, y (ii) que el control difuso sea ejercido únicamente en beneficio del respeto de los derechos fundamentales del administrado<sup>415,416</sup>.

---

<sup>415</sup> Ver Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005 (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC) y Resolución Aclaratoria del 13 de octubre de 2006 (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC). El antecedente inmediato de este Precedente Constitucional Vinculante es la Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005 (Expedientes acumulados 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC), en la que se admite de manera general la posibilidad del control difuso en sede administrativa.

<sup>416</sup> Sobre el desarrollo y fundamento de estos requisitos, ver: BULLARD, Alfredo y César HIGA. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: *La Defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 1*. Palestra del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2007, p. 14-54.



Efectivamente, en el inicio del presente acápite destacábamos el hecho de que la libre competencia no constituía un valor absoluto. Asimismo, el mandato de protección de la libre competencia recogido en el artículo 61 de la Constitución es general y no define con claridad sus contornos. En vista de ambas razones, sería arduamente difícil encontrar algún caso en el que la limitación de la aplicación de la ley de defensa de la competencia, dispuesta por otra ley ordinaria, sea “manifiestamente inconstitucional”.

Por otra parte, en el supuesto que estamos analizando, el eventual control difuso de la ley implicaría dejar de aplicar una ley que exoneraría de sanción a un administrado por la comisión de una conducta anticompetitiva. Es decir, se estaría efectuando el control difuso no en respeto de los derechos fundamentales del administrado sino en su contra, lo que supondría además la utilización de una herramienta excepcional (control difuso por un tribunal administrativo) para aplicar sanciones. Todas estas razones nos llevan a descartar la posibilidad teóricamente analizada.

A pesar de lo expuesto, hubiera sido importante que la LRCA otorgara la potestad a la CLC o a la Sala para cuestionar las normas infralegales que atenten contra la libre competencia, mediante la interposición de la acción popular, de manera similar a la potestad conferida por la Ley 28996 a la CEB, que revisaremos en el acápite IV.5.C).

## **B) Relación entre las normas de libre competencia y las regulaciones sectoriales**

En el Perú, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos, no existen regulaciones sectoriales que expresamente establezcan excepciones a la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

En efecto, la legislación comparada nos presenta algunos sectores económicos considerados “sensibles” que han sido expresamente eximidos del cumplimiento de las leyes *antitrust*, dando prioridad a otros objetivos por encima de la protección de la libre competencia<sup>417</sup>. Tampoco se da en la legislación peruana el establecimiento de conductas específicas que expresamente hayan sido excluidas del ámbito de aplicación de ley de competencia, en este caso, la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Ello no significa que la referida Ley sea aplicable transversalmente a toda conducta económica. Como hemos visto, pueden haber supuestos en los que la aplicación concurrente de la regulación sectorial y las normas de competencia no sea factible y, en ese caso, habría que optar por otorgar primacía a uno de los dos cuerpos normativos en conflicto.

La pregunta que surge de manera inmediata es ¿cuál debe primar?, ¿debemos preferir la aplicación de las normas competencia o las regulaciones sectoriales? Hay varias opciones de respuesta.

La primacía de la regulación sectorial era la opción que venía siendo adoptada pacíficamente por la CLC y los órganos funcionales en materia de libre competencia del OSIPTEL. El fundamento básico de esta opción era el principio de especialidad, en virtud del cual, había que preferir la respuesta normativa más próxima al supuesto de hecho que era materia de análisis, es decir, la regulación sectorial.

---

<sup>417</sup> Así, por ejemplo, encontramos excepciones en algunos sectores o actividades económicas como: asociaciones de comercio y grupos laborales (México), cooperativas o grupos de agricultores (Tailandia), deporte amateur (Canadá). También encontramos algunas excepciones parciales en algunos sectores económicos de los Estados Unidos de América como: telecomunicaciones, transporte ferroviario, transporte marítimo de carga y operadores portuarios, energía, bancos e instituciones financieras, seguros, agricultura, entre otros.

En los pronunciamientos de INDECOPI y OSIPTEL es común encontrar el argumento de que el Estado “se había anticipado a una eventual controversia” y, en lugar de someter su solución a las reglas de Derecho Común –en este caso, las reglas del Derecho de la Competencia–, había preferido otorgar una respuesta específica, contenida en la regulación sectorial.

En este sentido, las agencias de competencia peruanas se apoyaban en las referencias a la ‘supletoriedad’ contenidas en diversos dispositivos normativos de rango infralegal, como el Reglamento General de OSIPTEL<sup>418</sup>, el Reglamento General de OSINGERMIN<sup>419</sup> y el Reglamento General de OSITRAN<sup>420</sup>, que disponían que las normas de competencia se aplicarían en defecto de las normas regulatorias.

La consecuencia práctica de los casos resueltos por la CLC y OSIPTEL, con anterioridad al pronunciamiento de la Sala en el caso *Alfagas*, era que la autoridad

---

<sup>418</sup> **Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones**

**Artículo 12.- Principio de Supletoriedad**

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.

<sup>419</sup> **Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Energía - OSINERG**

**Artículo 12.- Principio de Supletoriedad**

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones regulatorias y/o normativas que dicte OSINERG en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto primarán las normas de OSINERG.

<sup>420</sup> **Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN**

**Artículo 11.- Principio de Supletoriedad.**

Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o reguladoras que dicte el OSITRAN en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSITRAN.

de competencia resultaba incompetente para pronunciarse sobre la conducta denunciada, porque ésta se encontraba prevista como supuesto de hecho en alguna norma regulatoria sectorial.

Habiendo recordado las razones que fundamentaron los pronunciamientos de las autoridades de competencia, corresponde ahora preguntarnos, en primer lugar, ¿qué autoridad o qué norma es la que debe decidir cuál de los dos cuerpos normativos tiene primacía?

Para dar respuesta a la primera pregunta es necesario atender a los principios generales del Derecho. El principio de especialidad normativa implica, en efecto, optar por la norma más próxima a la conducta que está siendo enjuiciada. Ello se deriva del principio de coherencia normativa, en virtud del cual, se debe buscar siempre la interpretación cuyo efecto sea el de garantizar la validez y subsistencia de dos normas aparentemente en conflicto. Así, cuando existe una norma general y una especial que podrían resultar aplicables a un mismo supuesto de hecho, se debe optar por la segunda, entendiendo que no existe contradicción entre ambas, sino que tienen ámbitos de aplicación distintos, uno más amplio y general y otro más restringido pero específico para un tipo de casos<sup>421</sup>.

La utilización de este principio, no obstante, está reservada para aquellos casos en los que las dos normas que regularían un mismo supuesto de hecho son del mismo rango, es decir, tienen la misma jerarquía dentro del ordenamiento jurídico. Así,

---

<sup>421</sup> “(...) una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad.

Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas.

En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas.

Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general”. Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004 (Exp. 018-2003-AI/TC).

considerando que bajo el esquema jerárquico de nuestro ordenamiento, reconocido por el TC, una ley tiene mayor rango normativo que un reglamento<sup>422</sup>, resultaría ilógico aceptar que un reglamento pueda primar sobre una ley en virtud del principio de especialidad. Ello equivaldría a admitir que un reglamento puede establecer un régimen de excepción a las consecuencias jurídicas que la ley le ha otorgado a un determinado supuesto fáctico.

Por tanto, volviendo a la pregunta inicial, debemos afirmar que el principio de especialidad por sí solo no puede darnos la respuesta sobre qué cuerpo normativo, el regulatorio sectorial o el *antitrust*, es el que debe primar.

Así, debe indagarse, en primer lugar, cuál es la alternativa por la que se ha optado (la primacía de la regulación sectorial o de las normas de competencia) en el instrumento normativo de más alto nivel e ir bajando de rango jerárquico hasta que se pueda encontrar una respuesta.

La Constitución Política del Perú, como es evidente suponer, no se pronuncia sobre esta controversia y a nivel legislativo tampoco se encuentra una respuesta expresa a la relación entre normas de competencia y regulación.

Podemos encontrar, sin embargo, un importante referente en el artículo 3 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que, por razones de claridad expositiva, nos permitimos citar nuevamente:

**Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente ley. (...)

---

<sup>422</sup> Ver Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de setiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

El estudio que realizamos en el acápite precedente nos permitía apreciar que este artículo buscaba regular el supuesto de exención legal, en virtud del cual, una empresa podía exonerarse de responsabilidad por una infracción a las normas de defensa de la competencia si existía la voluntad legislativa de otorgarle dicha exoneración, sea porque le ha impuesto la realización de una determinada conducta o porque ha autorizado o promovido dicha actuación.

Asimismo, constatábamos que el propósito de la inclusión de este precepto era el de limitar las posibilidades de que alguna entidad estatal pudiera buscar restar eficacia a la norma de defensa de la competencia. En este sentido, se concluía que sólo una voluntad del mismo rango que aquélla que impuso el régimen específico de protección de la libre competencia, podría amparar una excepción a la protección del proceso competitivo, encaminada a la defensa de algún otro objetivo de interés público.

Así, existe una similitud entre el caso de la exención legal y el de la primacía de la regulación sectorial, y ésta radica en que ambas figuras limitan la posibilidad de que la autoridad de competencia enjuicie la conducta de una empresa, aun cuando ésta pudiera tener efectos negativos sobre el proceso competitivo. En este sentido, consideramos que ante similares consecuencias, se debe optar por similares respuestas.

Si es la voluntad legal la que ha impuesto la tipificación y sanción de conductas anticompetitivas, debe ser la misma voluntad la que establezca un régimen distinto que excluya la aplicación de la norma de defensa de la competencia a favor de un esquema regulatorio específico. Esta respuesta permite compatibilizar el principio de jerarquía normativa y el de especialidad normativa, toda vez que sólo primará la regulación sectorial en tanto ésta sea del mismo rango que la norma de defensa de la competencia.

La experiencia española y norteamericana adoptan una respuesta similar. En el primer caso veíamos que sólo una ley podía restringir las funciones de la autoridad de defensa de la competencia a favor de los organismos reguladores. En el segundo caso, constatábamos que las normas en conflicto eran normas del mismo rango federal, las leyes *antitrust* y las regulaciones sectoriales particulares.

En consecuencia, la respuesta a la cuestión sobre la relación entre las regulaciones sectoriales y las normas de defensa de la competencia debe encontrarse en la propia ley, aplicando los principios generales de derecho como el de jerarquía normativa y, posteriormente, el de especialidad normativa.

Partiendo de esta premisa, debe descartarse la primacía amplia y general de la regulación sectorial sobre las normas de defensa de la competencia, como lo venía determinando la CLC antes del caso *Alfagas*, en aplicación del denominado “principio de supletoriedad”. Si las normas de defensa de la competencia cumplen una función supletoria a las regulaciones sectoriales, ello debe extraerse de una norma con rango legal y no de criterios que pueden ir en contra de la voluntad legislativa.

En el mismo error incurre la Sala en el caso *Alfagas* cuando intenta esbozar una respuesta general a todos los casos en los que la regulación sectorial y las normas de competencia pueden superponerse. Así, utilizando el concepto de “supletoriedad” de la CLC, la Sala limita su aplicación cuando exista regulación sectorial que califique como “económica”:

El principio de supletoriedad aludido por la Comisión implica desplazar las políticas de competencia sólo frente a la regulación económica; es esta clase de regulación la única que puede primar sobre la ley de defensa de la competencia en su objetivo de corregir las restricciones monopólicas en un mercado<sup>423</sup>.

---

<sup>423</sup> Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008, en el procedimiento seguido por Envasadora Alfa Gas contra Repsol YPF Comercial del Perú (Exp. 009-2006/CLC).

En cambio –según la Sala– cuando se trate de una regulación que no busque atender a un problema de monopolio natural, como es el caso de las “regulaciones sociales”, estas normas convivirán con las de defensa de la competencia, es decir, la agencia de competencia aplicará las normas de libre competencia y los organismos reguladores las normas sectoriales correspondientes.

A criterio de la Sala hay que analizar cuál es el objetivo de la regulación sectorial para determinar si la agencia de competencia debe retroceder y dejar de aplicar las normas de competencia a favor de un organismo regulador que aplicará las regulaciones sectoriales.

Como podemos apreciar, la alternativa de la Sala tampoco se sustenta en la voluntad legislativa, sino en una interpretación jurídica propia, esto es, que ciertas regulaciones hacen innecesaria la aplicación de las normas de competencia mientras que otras no; y para estos fines, utiliza dos conceptos teóricos como “regulación económica” y “regulación social”.

En nuestra opinión, la Sala comete el mismo error que la CLC al sujetar la relación entre la regulación sectorial y las normas de defensa de la competencia a sus propios criterios sobre cómo debería configurarse dicho vínculo. Mientras la CLC opta por dar prioridad siempre a la regulación sectorial, la Sala se inclina por otorgar esta prioridad a algunas regulaciones que, según su interpretación, buscan dar una solución (distintas a las de las normas de competencia) al problema del poder de mercado.

Tanto la CLC como la Sala se comportan como legisladores positivos al tratar de dar una solución propia a los posibles conflictos que puedan surgir entre normas de competencia y regulación sectorial, en lugar de atender a la solución que explícita o implícitamente puede haber brindado el verdadero legislador. Es decir, antes que interpretar la ley, estos órganos habrían creado una nueva ley con sus pronunciamientos.



Frente a este conflicto entre las posturas de los órganos funcionales de INDECOPI, en el Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas que fuera publicado en la página web de INDECOPI se intentó zanjar la controversia:

**Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-**

(Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que se desarrolla en un mercado en el que la ausencia de competencia origina la intervención del Estado a través de regulación que busca simular condiciones de competencia en el mercado relevante de que se trate.)

El Proyecto de Ley, en su versión original, respaldaba el pronunciamiento de la Sala en el caso *Alfagas*, al establecer, como regla general, el retroceso (la supletoriedad) de las normas de competencia frente a la regulación sectorial que busque simular condiciones de competencia en los mercados donde ésta no resulte posible (regulación económica).

Así, el Proyecto de Ley caía también en el mismo error de la Sala, el supeditar la relación entre regulación y competencia a un concepto doctrinario como el de la regulación económica y no a la verdadera voluntad legislativa, que se pondría de manifiesto caso por caso.

En efecto, aun cuando una ley como la LRCA estableciera con carácter general la primacía de las normas de competencia o de la regulación sectorial, si una norma posterior con el mismo rango normativo estableciera, explícita o tácitamente, lo contrario, ni la agencia de competencia ni el organismo regulador podrían desconocer dicha voluntad legislativa, toda vez que la ley posterior primaría sobre la ley anterior.

Algunos especialistas y entidades criticaron la redacción del Proyecto de la LRCA, por diversas razones. El OSIPTEL<sup>424</sup> proponía que se establezca claramente que la LRCA sólo sería aplicada en los casos que una conducta no tuviera una cobertura expresa por la regulación sectorial, proponiendo una redacción similar a la que se establece en su Reglamento General<sup>425</sup>. Patrón, en línea con las críticas realizadas y ya comentadas a la resolución de la Sala en el caso *Alfagas*, planteaba que la LRCA no podía ser aplicada a las conductas que se realizaran en aplicación de cualquier tipo de regulación sectorial<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> “Conforme a lo establecido en el citado artículo 3º del Proyecto, en los casos en los cuales exista regulación en el mercado relevante analizado la Ley se encontrará fuera de aplicación para las conductas que se desarrollen en dicho mercado.

De acuerdo a ello, se observa que de la redacción de dicho artículo se desprende una interpretación de carácter muy general, pues incluye escenarios en los cuales puede encontrarse presente la regulación en el mercado analizado pero ésta no necesariamente podría estar directamente relacionada con la práctica investigada.

Así, se recomienda utilizar una redacción alternativa que especifique claramente que la Ley podrá ser aplicada en aquellos casos en los que la práctica investigada no esté cubierta de manera expresa por la regulación específica del sector, considerando las normas de telecomunicaciones que así lo prevén conforme a lo esbozado en párrafos precedentes.

En tal sentido, una redacción alternativa al artículo 3º podría ir en la misma línea de lo establecido en los Lineamientos de Política de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones (Decreto Supremo No. 020-98-MTC) antes mencionada”. OSIPTEL. Comentarios al Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y Proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, 2008, p. 3.

<sup>425</sup> Ver nota a pie de página 418.

<sup>426</sup> “La excepción de actos soberanos no puede restringirse únicamente a mercados en los que “la ausencia de competencia origina la intervención del Estado a través de regulación”, como pretende establecer la norma comentada toda vez que, como es obvio, las facultades regulatorias del Estado y el correspondiente ejercicio de su poder de coerción para hacer cumplir sus disposiciones no se encuentra de modo alguno limitado únicamente a este tipo de mercados”. PATRÓN, Carlos. Comentarios a Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, 2008, p. 6.

Por otra parte, Bullard, Falla y De Trazegnies criticaban –conjuntamente– la poca claridad de la solución que proponía el Proyecto, recomendando que sea la propia regulación sectorial la que defina si la norma de competencia debe aplicarse<sup>427</sup>.

Esta postura de atender a la respuesta establecida normativamente sería acorde con las soluciones españolas y norteamericana que venimos comentando y a la que nos adherimos, en la medida que se entienda que, en aplicación conjunta de los principios de jerarquía normativa y especialidad normativa, esta solución debe estar contemplada en una norma de rango legal.

Así, consideramos que no se puede dar una solución general, aplicable a todos los casos, y en la que se pueda definir qué tipo de norma debe primar. La respuesta debe encontrarse en cada caso concreto, interpretando lo que señala la legislación sectorial.

Habiendo esclarecido que es la voluntad legislativa la que debe brindar la respuesta a la relación entre las normas de competencia y las sectoriales, el siguiente paso sería el de poder interpretar el contenido de dicha voluntad. En efecto, la sola

---

<sup>427</sup> “Este artículo genera problemas de interpretación ya que no queda claro si en los mercados regulados se excluye por completo la aplicación de la ley de competencia o si las normas especiales sobre la materia primarán sólo cuando la regulación haya adoptado una solución específica (y las normas de competencia serán aplicables para atacar las fallas de mercado que se produzcan cuando existan vacíos en la regulación).

Debe tenerse en cuenta que la existencia de regulación puede ser resultado de las características económicas propias de determinadas actividades que hacen imposible o muy costoso el desarrollo de competencia (existencia de monopolios naturales, por ejemplo) o del simple deseo del legislador de alcanzar a través de la regulación objetivos cuyo logro podría depender de la restricción de la competencia en el desarrollo de la actividad (acceso universal o redistribución de recursos a favor de determinadas actividades). Por este motivo, debe ser la regulación sectorial la que defina si deben aplicarse o no –y bajo qué condiciones- las normas de competencia a la actividad de que se trate. De donde la definición de esta materia debe ser objeto no de la regulación de competencia, cuanto de la regulación sectorial pertinente”. BULLARD, Alfredo, FALLA, Alejandro y Carolina DE TRAZEGNIES. Matriz de Comentarios a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, 2008, p. 5-6.

presencia de una ley sectorial no desplazaría la aplicación de la LRCA, puesto que es posible que el legislador haya optado por la concurrencia de dichas normas o incluso la primacía de las normas de competencia en caso de conflicto.

Sin embargo, es posible también que las legislaciones sectoriales no otorguen una respuesta clara a este problema, como sucedía en algunas regulaciones de los Estados Unidos de América. Teniendo ello en cuenta, podríamos recurrir a algunos de los factores y criterios usados en la experiencia norteamericana para extraer la voluntad implícita del legislador en esta materia.

En primer lugar, y de manera similar a la postura jurisprudencial norteamericana, consideramos que, cuando la voluntad legislativa no es clara, debe optarse, en primer lugar, por admitir la vigencia y aplicación del sistema de defensa de la competencia, descartándose como primera alternativa el desplazamiento implícito de las normas *antitrust*.

Considerando los importantes beneficios que produce la libre competencia para los consumidores y para el sistema económico en general, sumados a las ventajas que genera la desregulación para la inversión privada y el desarrollo económico, debe optarse, en la medida de lo posible, por limitar aquellos supuestos en los que la norma de defensa de la competencia no resulte aplicable, esto es, debemos admitir únicamente este desplazamiento cuando resulte evidente que ésa era la opción implícitamente aceptada por el legislador.

Uno de los criterios que puede tenerse en consideración para tratar de encontrar la voluntad del legislador sobre la relación entre competencia y regulación en un caso específico es el análisis de los efectos de la aplicación concurrente de las normas de competencia y de regulación. Si esta aplicación concurrente trae como consecuencia la eventual sanción de una práctica de sustancial importancia o aceptada consuetudinariamente en el esquema regulatorio, es probable que la

voluntad legislativa haya sido la de establecer un supuesto de excepción a la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

En estos casos, el desplazamiento de las normas *antitrust* resultaría necesario para garantizar el esquema regulatorio pues, de lo contrario, podría suceder que una determinada conducta amparada por la legislación sectorial sea sancionada por la legislación de competencia, generando gran incertidumbre jurídica entre los operadores económicos que se encuentren ante resultados opuestos derivados de normas del mismo rango.

Otro elemento a tener en cuenta sería la extensión y especificidad del esquema regulatorio en relación con la conducta cuestionada como anticompetitiva. Pueden existir conductas que, pese a sus potenciales efectos restrictivos de la competencia, queden fuera del ámbito de enjuiciamiento de la autoridad de competencia por voluntad del legislador. Sin embargo, en este tipo de escenarios es probable también que no se otorgue “carta blanca” a los particulares para realizar la conducta cuestionada sin respetar determinados parámetros ni someterse a la supervisión de un organismo regulador.

Es factible que, debido a la complejidad y características particulares de un determinado mercado, el legislador haya optado por desplazar la aplicación de la norma de defensa de la competencia y reemplazarla por un esquema regulatorio específico que busque prevenir anticipadamente las posibles afectaciones a la libre competencia que podrían ocurrir. Este tipo de esquemas regulatorios se caracterizan por la abundancia de parámetros de conductas, la existencia de un procedimiento específico que guíe la conducta de los particulares, la imposición de obligaciones a las empresas de informar frecuentemente los hechos vinculados a la conducta, la supervisión activa por parte de un Organismo Regulador, la tipificación y sanción (de manera severa) de las conductas que se desvíen de los parámetros específicamente detallados, entre otros elementos.

Un contexto regulatorio que cumpla con la mayoría de las características descritas en el párrafo anterior u otras de similar naturaleza, probablemente, evidencie la opción legislativa por un sistema o modelo donde no resulta necesaria la aplicación de las normas de defensa de la competencia.

La mayor complejidad y abundancia de la regulación sectorial puede ser un indicador relevante de la voluntad legislativa de otorgarle implícitamente supremacía sobre las normas *antitrust*. Por oposición, el solo hecho de que una determinada conducta se encuentre contemplada como un supuesto de hecho en una norma sectorial, no significa necesariamente que resulte innecesaria la aplicación de la ley de defensa de la competencia.

Para ilustrar nuestra previa afirmación, recordemos los casos de *Paneles Napsa* y *Tecnimotors*. En dichos procedimientos, la CLC declaró improcedente la aplicación del Decreto Legislativo 701 debido a que en la regulación sectorial se encontraba estipulada la obligación de las distribuidoras de energía eléctrica de atender las solicitudes de sus usuarios.

Como vimos en el acápite correspondiente a la regulación nacional, el procedimiento específico contemplado en la regulación sectorial estaba destinado a garantizar el cumplimiento del principio de servicio universal característico de los servicios públicos o servicios de interés general que buscan garantizar que todos los usuarios puedan contar con servicios de vital importancia sin ser discriminados en su acceso.

El referido procedimiento no buscaba “anticiparse” a un eventual problema de libre competencia entre empresas competidoras, lo que se puede colegir de la magnitud de las sanciones derivadas del incumplimiento de dicha obligación, las que tienen topes máximos considerablemente menores a los previstos por infracción a las

normas de libre competencia<sup>428</sup> y, asimismo, del órgano encargado de pronunciarse en dicha materia que es distinto del que resuelve las controversias entre operadoras<sup>429</sup>.

En los casos concretos de *Paneles Napsa* y *Tecnimotors* no se generó mayor polémica puesto que los denunciantes eran verdaderamente usuarios y no empresas competidoras. En este sentido, la atención de sus derechos como usuarios efectivamente correspondía al organismo regulador y no a la agencia de competencia. Sin embargo, una eventual negativa de una empresa distribuidora de energía eléctrica respecto de alguna empresa con la cual compita en un mercado conexo debería ser atendida por la agencia de competencia, porque, en dichos casos, el problema de competencia no será eficazmente resuelto por el organismo regulador encargado de garantizar únicamente el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal. Además, debe tenerse presente que, si bien en un caso de libre competencia, las medidas correctivas resultan importantes para restaurar el orden natural del proceso competitivo, éstas no resultan suficientes para garantizar el respeto de la libre competencia. Las sanciones en estos casos son fundamentales para dar las señales correctas al mercado y desincentivar la ejecución de conductas anticompetitivas.

En este orden de ideas, admitir de manera amplia que cualquier conducta contemplada en una norma sectorial supone la exclusión de la aplicación de las normas de competencia, puede ser un exceso que no se derive de la voluntad

---

<sup>428</sup> La Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN (Resolución de Consejo Directivo de OSINERG 028-2003-OS/CD) contempla en el ítem 1.24 la siguiente infracción “Por no dar servicio a quien lo solicite dentro de su zona de concesión o aquellos que lleguen a dichas zonas con sus propias líneas en un plazo no mayor de un año y que tenga carácter de servicio público de electricidad”, sancionándolo con multas que cuentan con topes máximos de 120, 240, 420 y 600 UITs, dependiendo de la magnitud de la empresa infractora.

<sup>429</sup> La Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios. Ver nota a pie de página 313, en el acápite III.2.B).

legislativa y que acarree perjudiciales efectos para el proceso competitivo. Bajo la referida interpretación amplia, el problema de competencia no sería resuelto por la autoridad de defensa de la competencia pero tampoco habría un esquema regulatorio que anticipadamente hubiera atendido eficazmente a este tipo de dificultades, pues la voluntad del legislador nunca habría sido la de dejar de lado el *enforcement* de la norma de competencia.

Finalmente, debe repararse en que el hecho de que la autoridad de competencia interprete la voluntad legislativa y concluya que ésta no ha sido la de rechazar o desplazar implícitamente la aplicación de la legislación de defensa de la competencia, no significa que la autoridad de competencia pueda inmiscuirse en la labor de los organismos reguladores ni que pueda aplicar un determinado cuerpo normativo sectorial.

Las normas de competencia y las leyes regulatorias tienen, cada una, su respectivo ámbito de aplicación. Cuando se rechaza el desplazamiento implícito de las normas de competencia, se pasa a un escenario de aplicación paralela de ambas normas, donde la autoridad de competencia no puede extrapolar los principios y obligaciones propias del esquema regulatorio al momento de enjuiciar una determinada conducta. Es decir, la agencia de competencia no puede aplicar conjuntamente las normas *antitrust* y las normas regulatorias sectoriales. Ello supondría una variedad de doble enjuiciamiento (y posible doble sanción) bajo un mismo fundamento, circunstancia prohibida en nuestro ordenamiento jurídico, como lo ha desarrollado en extenso la jurisprudencia del TC<sup>430</sup>.

---

<sup>430</sup> Nos referimos a la dimensión material del principio del non bis in idem. Al respecto, el TC ha señalado que: “En su formulación material, el enunciado según el cual, «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.

El principio del ne bis in idem material tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad, ya que si la exigencia de *lex praevia* y *lex certa* que impone el artículo 2°, inciso 24, ordinal d), de la Constitución obedece, entre otros motivos, —como lo ha expresado este Tribunal en el Caso Encuestas a Boca de Urna, Exp.



La sentencia de la Corte Suprema norteamericana en el caso *Trinko* puede ser un interesante patrón a seguir por las autoridades nacionales de defensa de la competencia cuando concluyan que el ordenamiento jurídico admite la aplicación paralela de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y las leyes sectoriales.

Recordemos que, en este caso, la Corte rechazó el argumento de que la negativa de Verizon de otorgar acceso no discriminatorio a sus redes de servicios de telefonía local a sus competidores configurara una infracción a la *Sherman Act*. Ello en la medida que, si bien esta obligación de acceso forzoso estaba prevista por la regulación sectorial de telecomunicaciones, nada en la *Sherman Act* ni en la jurisprudencia *antitrust* previa hacía suponer que existiera una obligación preexistente de una empresa a compartir sus recursos con un competidor cuando ni siquiera ha ofrecido previa y voluntariamente este acceso, es decir, cuando no se trata de un servicio introducido voluntariamente en el mercado.

Este caso nos muestra que, cuando se admite la aplicación paralela de los referidos cuerpos normativos, las leyes *antitrust* no deben servir para garantizar o reforzar el cumplimiento de obligaciones regulatorias, sino que deben analizar posibles afectaciones a la competencia de distinta naturaleza. Éste es el sentido correcto que, a nuestro criterio, debería otorgársele al criterio de supletoriedad: la aplicación de las normas *antitrust* sin colisionar o entrometerse con las obligaciones regulatorias sectoriales.

---

N° 0002-2001-AI/TC, Fund. Jur. N° 6)— a la necesidad de garantizar a los ciudadanos un conocimiento anticipado del contenido de la reacción punitiva o sancionadora del Estado ante la eventual comisión de un hecho antijurídico, tal cometido garantista devendría inútil si ese mismo hecho, y por igual fundamento, pudiese ser objeto de una nueva sanción, lo que comportaría una punición desproporcionada de la conducta antijurídica. Por ello, el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio: no cabe la doble sanción del mismo sujeto por un mismo hecho cuando la punición se fundamenta en un mismo contenido injusto, esto es, en la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido". (subrayado añadido). Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2003 (Exp. N.° 2050-2002-AA/TC).

La resolución de la Sala de Defensa de la Competencia en el caso *Fetrans* nos muestra una tendencia claramente opuesta. Recordemos que la principal razón por la cual la Sala concluyó que Fetrans había cometido un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato era que el Contrato de Concesión establecía un deber de no discriminación, por lo que la Sala afirmó que Fetrans no podía argumentar un derecho a contar con la exclusividad en el uso del material tractivo y rodante que le fue entregado en concesión:

Considerando que el Contrato de Concesión no amparaba la posibilidad de que Fetrans rechazara las solicitudes de operadores no vinculados de acceso al material y, por el contrario, le imponía un deber de no discriminación, puede concluirse que la negativa de alquiler de Fetrans resultaba injustificada<sup>431</sup>.

A diferencia de la opinión de la Corte norteamericana en el caso *Trinko*, la Sala del Tribunal del INDECOPI sí consideró que existía un deber de no discriminar (que podía derivar en un acceso forzoso) por parte de la empresa denunciada, el cual extrajo no de la norma de defensa de la competencia, sino del esquema regulatorio sectorial. A diferencia del régimen general donde la libertad de contratar es la regla y cualquier empresa puede negarse a hacerlo<sup>432</sup>, la Sala consideró que el régimen normativo sectorial aplicable específicamente al caso de Fetrans limitaba esta

---

<sup>431</sup> Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu, la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - Ositrán contra Ferrocarril Transandino (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC - Acumulados).

<sup>432</sup> Ésta ha sido la clara posición de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, que señaló que “ante la ausencia de un propósito de crear o mantener un monopolio, la ley no restringe el largamente reconocido derecho de un comerciante o de un productor de decidir libremente con quien contratar en sus transacciones privadas”. Traducción libre de: “In the absence of any purpose to create or maintain a monopoly, the act does not restrict the long recognized right of trader or manufacturer engaged in an entirely private business, freely to exercise his own independent discretion as to parties with whom he will deal”. *United States v. Colgate & Co.* 250 U.S. 300 (1919).

libertad, en virtud del deber de no discriminación previsto en el Contrato de Concesión.

Así, el pronunciamiento de la Sala supone una aplicación combinada, y no paralela, de las normas de competencia y las regulaciones sectoriales. La Sala no sólo admitió implícitamente esta concurrencia de normas sino que incluso las aplicó de manera conjunta, al sancionar la negativa de Fetrans de alquilar el material tractivo y rodante a su competidora, Fersimsac, considerando que había incumplido el deber de no discriminación establecido en el Contrato de Concesión.

La interacción entre las leyes de defensa de la competencia y la regulación sectorial no es pacífica, es por ello que surgen diversas posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre la opción que debe tomarse en esta materia. De hecho, a nivel comparado, podemos encontrar otros modelos de aproximación a este problema.

El caso de Reino Unido es especial y relevante por propugnar una respuesta práctica y novedosa a los problemas derivados de la interacción entre regulación y competencia. Así, la Secretaría de Estado emitió en el año 2004 las “*Concurrency Regulations*”, en ejercicio de las potestades conferidas por los artículos 54 y 71 de la *Competition Act* de 1998, y revocando las “*Concurrency Regulations*” del 2000.

El esquema de la Concurrencia o *Concurrency* consiste, esencialmente, en la potestad concurrente con la que cuentan tanto la *Office of Fair Trading* (OFT) como los reguladores sectoriales para aplicar la *Competition Act*. Sólo una entidad aplicará la norma de competencia en un caso concreto, por lo que estas autoridades tienen el deber de decidir qué entidad será la encargada de conocer un determinado caso, y será aquella que se encuentre en mejor posición para hacerlo. Para poder adoptar esta decisión, las autoridades cuentan con el *Concurrency Working Party* (CWP), integrado por representantes de la OFT y los Reguladores.

Dentro de los beneficios que se verifican en este sistema de concurrencia de poderes, encontramos el aprovechamiento del conocimiento especializado y técnico de los Reguladores para poder ejercer las funciones encargadas por las normas de competencia<sup>433</sup>, considerando que los Reguladores podrán entender de mejor manera las quejas vinculadas a temas de competencia y también detectar posibles conductas anticompetitivas. Del mismo modo, los Reguladores podrán establecer los remedios más adecuados en el caso de una conducta anticompetitiva<sup>434</sup>. Dentro de los posibles perjuicios, se puede encontrar el conflicto entre la protección de la competencia y otros objetivos regulatorios, que podrían priorizar los Reguladores<sup>435</sup>.

La percepción generalizada es de aceptación del sistema del *Concurrency* en Reino Unido, cuya eficiente aplicación ha sido garantizada por los sistemas de coordinación previstos en las propias *Concurrency Regulations* y por la tarea realizada por el CWP.

El modelo británico propone pues una solución coordinada a los problemas en los que tanto los organismos reguladores como la agencia de competencia tengan competencia para conocer de una conducta anticompetitiva. Este esquema de solución ha sido destacado por Quintana en nuestro país, quien además propone la adopción de obligaciones de coordinación entre las autoridades de competencia y regulación<sup>436</sup>.

Algunas formas de coordinación han sido establecidas legalmente en otros países como México y España, que optan por una separación de funciones entre

---

<sup>433</sup> Cf. DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY AND HM TREASURY. *Concurrent Competition Powers in Sectoral Regulation*. Mayo 2006, p. 7.

<sup>434</sup> Cf. WEEDS, Helen. *Concurrency between OFT and Regulators*. Department of Economics, University of Essex. 9 October 2003, p. 3.

<sup>435</sup> Cf. Ídem, p. 5.

<sup>436</sup> Cf. QUINTANA, Eduardo. Op. Cit., 2008, p. 15.

reguladores y agencias de competencia como son los ya comentados casos peruano y estadounidense.

En España, la LDC contiene ciertas provisiones respecto a la relación entre la CNC y los organismos reguladores. Entre las formas de coordinación previstas en el artículo 17 de la LDC se puede destacar: (i) la posibilidad de que los reguladores sectoriales colaboren con la labor de la CNC y las autoridades de competencia de las comunidades autónomas en los procedimientos por la comisión de conductas anticompetitivas, con la emisión de informes no vinculantes, a solicitud de las autoridades de competencia, y (ii) la elaboración de informes de la CNC respecto de las decisiones de carácter general en la aplicación de la normativa sectorial que pueda “incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados”.

En México, también encontramos mandatos de interacción entre reguladores y la autoridad de competencia, la Comisión Federal de Competencia (CFC), tanto en la Ley Federal de Competencia como en legislaciones sectoriales. Destacamos: (i) la facultad de la CFC para emitir opinión respecto de regulaciones que puedan tener incidencia en la competencia de los sectores regulados, que puede ser vinculante cuando se trata de programas y políticas, anteproyectos de disposiciones, reglas, acuerdos, circulares y actos administrativos de las entidades de la Administración Pública Federal, (ii) la emisión de opiniones no vinculantes por parte de la CFC respecto de leyes, reglamentos, acuerdos, circulares y actos administrativos de carácter general, o sus iniciativas, (iii) el rol de la CFC en la determinación de las condiciones de competencia de un mercado, en el cual la CFC podrá determinar si existe competencia o si un agente tiene un importante poder de mercado, con la finalidad de imponer o derogar ciertas regulaciones, y (iv) la autorización que debe otorgar la CFC para que determinados agentes económicos participen en procesos de privatización o en concursos públicos para concesiones, licencias y permisos, evaluando si la participación de un agente en uno de estos procesos de públicos de selección puede afectar sensiblemente la competencia en un determinado mercado.

Finalmente, es pertinente referirnos al caso canadiense en el que se ha adoptado una respuesta similar a la estadounidense. En efecto, reconociendo que la *Competition Act* puede colisionar en ocasiones con legislación específica sectorial, las cortes canadienses han desarrollado la doctrina de la “conducta regulada” o “*Regulated Conduct Defence*” (RCD), que consiste en un medio de defensa de los agentes económicos, en virtud del cual se verán exonerados de cualquier responsabilidad por infracción a las normas de competencia, si la conducta presuntamente anticompetitiva ha sido impuesta o autorizada por otra ley o régimen legislativo federal<sup>437</sup>.

En primer lugar, se reconoce que la regulación puede desplazar a la *Competition Act* de manera explícita o implícita. En este segundo caso, sin embargo, debe tenerse cuidado y únicamente aplicar la RCD cuando resulte claro que existe una voluntad legislativa de desplazar el régimen general de aplicación de las normas de competencia. Así, la Corte Suprema de Canadá ha señalado que “no se presume [que el Parlamento] se separe del sistema general de la ley sin expresar su intención de hacerlo con claridad irresistible”<sup>438</sup>. Así, la primera opción será la de interpretar la convivencia pacífica de una norma sectorial y la *Competition Act* (ambas de alcance federal), antes de concluir que dichas normas son opuestas y que una de ellas debe prevalecer sobre la otra.

Para asumir el desplazamiento implícito de la *Competition Act*, la Corte Suprema canadiense ha utilizado un criterio similar al de su par estadounidense, requiriendo para ello la concurrencia de cuatro requisitos: (i) la existencia de un régimen regulatorio válido y comprensivo, (ii) que autorice o imponga una determinada conducta, (iii) que otorgue potestad a un organismo regulador para supervisar o

---

<sup>437</sup> Ver COMPETITION BUREAU. *Technical Bulletin on “Regulated” Conduct*. June 2006.

<sup>438</sup> *Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co.*, [1956] S.C.R. 610 at 614.

tomar acción frente a la conducta que regularmente infringiría la *Competition Act*, y (iv) que dicha potestad haya sido efectivamente ejercida por el regulador<sup>439</sup>.

De esta forma, se ha señalado que la RCD no será aplicable cuando: (i) la conducta en cuestión no haya sido impuesta o autorizada por una ley válida, (ii) el regulador haya declinado de ejercer su autoridad regulatoria, o (iii) la conducta en cuestión exceda o contradiga el propio esquema legislativo regulatorio<sup>440</sup>.



---

<sup>439</sup> *R. v. B.C. Fruit Growers Association et al.* (1985), 11 C.P.R. (3d) 183 (B.C.S.C.).

<sup>440</sup> Cf. KATZ, Mark y Charles TINGLEY. "The "Regulated Conduct Defence" in Canada", en: *Competition Law*, Volume XI, No. 2, 2006, p. 731.

## Reino Unido: El modelo del *Concurrency*

Los poderes concurrentes de la OFT y los Reguladores incluyen la potestad de investigar posibles infracciones a las normas nacionales (Capítulos 1 y 2 de la *Competition Act*) y comunitarias (Artículos 81 y 82 del Tratado de la Unión Europea) de libre competencia, la potestad de realizar investigaciones en aquellos mercados sectoriales donde se presenten problemas de competencia, y la potestad de realizar estudios de mercado.

Ello no quiere decir que ambas entidades, el regulador sectorial y la OFT, se avocarán el conocimiento de un mismo caso y aplicarán en paralelo la *Competition Act*. Dentro del sistema del *Concurrency*, estas autoridades tienen el deber de decidir qué entidad será la encargada de conocer un determinado caso, y será “aquella que se encuentre en mejor posición para hacerlo”. Para ello, la OFT señala como criterios a considerar los siguientes:

- ✓ El conocimiento sectorial del Regulador.
- ✓ Si el caso afecta más de un sector regulado.
- ✓ Algún contacto previo entre las partes o los demandantes y el Regulador o la OFT.
- ✓ Alguna experiencia reciente al momento de tratar con alguna de las empresas o problemas similares que hayan estado involucrados en el procedimiento.

Las *Concurrency Regulations* plantean un mecanismo de decisión coordinada para establecer la jurisdicción de la OFT o un organismo regulador en cada caso. Así, se requiere que estos organismos se pongan de acuerdo para decidir quién deberá conocer un determinado caso. En el supuesto que no se pueda llegar a un acuerdo, estas entidades deben remitir el caso a la Secretaría de Estado que definirá la competencia.

Una vez que se ha determinado a la autoridad competente, las *Concurrency Regulations* prohíben que otra entidad conozca del mismo caso, salvo que se siga el procedimiento formal para la transferencia de la competencia.

Un rol importante en la determinación de la competencia es el que desempeña el *Concurrency Working Party* (CWP), cuyos miembros podrán ser requeridos para opinar sobre qué entidad debe tomar competencia frente a un caso, cuando en un primer momento no se llegue a un acuerdo entre la OFT y el Regulador. Cabe precisar que, a diferencia de lo que sucede con la Secretaría de Estado, la opinión del CWP no es vinculante. La labor de la CWP no se restringe a la determinación del órgano competente en cada caso, sino que se trata de un grupo de coordinación permanente, establecido con el objeto de lograr la correcta aplicación de las *Concurrency Regulations* y, en particular, la consistencia entre las actividades que realizan la OFT y los organismos reguladores.

Cuando se determina que un Regulador es el competente para avocarse el conocimiento de un caso, éste debe decidir si aplicar la *Competition Act* o utilizar la legislación sectorial para la resolución del caso, lo que incluye las obligaciones de las autorizaciones, licencias o concesiones a las que se encuentran sujetas las empresas reguladas. Asimismo, el regulador puede concluir que alguna obligación sectorial debería ser revocada.

La elección del cuerpo normativo no ha estado exenta de discusión, más aún considerando que, en la mayoría de los casos, los Reguladores han optado por no ejercer las potestades concurrentes y aplicar únicamente la legislación sectorial gracias a su mayor claridad y certidumbre, y debido a que consideraban que la *Competition Act* era más apropiada para mercados donde la competencia ya se encuentre bien establecida.

En líneas generales, las *Concurrency Regulations* establecen las siguientes disposiciones para la coordinación de la OFT y los Reguladores:

- ✓ El intercambio de información entre dichas entidades para determinar la competencia para conocer un caso.
- ✓ La resolución de disputas entre la OFT y los Reguladores para determinar la competencia.
- ✓ La prevención del ejercicio simultáneo de los poderes concurrentes.
- ✓ La transferencia de un caso de una autoridad a otra.
- ✓ El uso de personal de la OFT por parte de un Regulador y viceversa.



Teniendo en cuenta la experiencia comparada, consideramos que para el caso peruano se debe mantener un sistema de separación de poderes entre agencias de competencia y organismos reguladores, como sucede en Estados Unidos, Canadá, España y México. Si bien destacamos los beneficios prácticos del esquema británico, dicho modelo sería de difícil aplicación considerando la aún insuficiente institucionalidad de los organismos reguladores y agencias de competencia y la aún incipiente preocupación por el problema de la interacción entre regulación y competencia, que ha impedido que hasta el momento se haya aceptado una aproximación consistente sobre el tema.

En un modelo de separación de poderes, la primacía general y amplia de la regulación sectorial genera el riesgo de la desprotección de la competencia en el mercado. Por otro lado, la primacía radical de las normas de competencia puede generar la desatención de otros objetivos válidamente perseguidos por las regulaciones sectoriales.

Desde una perspectiva legislativa, creemos que, como regla general, se debe optar por reducir la intervención regulatoria para dar paso a una mayor aplicación de las normas de libre competencia. En efecto, cuando existan problemas que puedan ser atendidos eficazmente por el *enforcement* de las leyes de libre competencia, debe optarse por evitar predecir las conductas de los agentes privados y dar soluciones anticipadas a las que ellos podrían llegar libremente o a las que, eventualmente, podría obligarlas a llegar la autoridad de competencia. En cambio, cuando la aplicación de la libre competencia no sea suficiente para lograr objetivos específicos, es tal vez la regulación sectorial el mejor mecanismo para conseguirlos, evitándose de esta forma perseguir metas distintas a la eficiencia económica a través del enjuiciamiento bajo la legislación de defensa de la competencia.

Ahora bien, desde la óptica de la autoridad de competencia, lo que corresponde es ser más conscientes del rol que le ha sido asignado, consistente en aplicar las normas de competencia, lo que supone, no invadir los campos reservados para la

regulación sectorial ni tampoco retroceder en sus competencias cuando no exista de por medio un mandato de abstención.

En este orden de ideas, al momento de enjuiciar una determinada conducta que puede generar efectos anticompetitivos pero donde interviene también, de alguna manera, una ley sectorial, la agencia de competencia debe indagar si la voluntad legislativa ha sido la de desplazar su autoridad a favor de un organismo regulador o si se ha optado por un modelo de aplicación paralela de ambos cuerpos normativos.

Ello implica que la solución debe buscarse en cada caso concreto, a partir de la revisión del contexto regulatorio que rodea a una determinada conducta, para esclarecer si la regulación sectorial ha excluido la aplicación de la ley de defensa de la competencia, lo que debe ser producto de la voluntad expresa o implícita del legislador. En tal sentido, los ya estudiados modelos estadounidense y canadiense nos brindan útiles criterios para poder interpretar la voluntad implícita.

Cuando se determine que no ha operado el desplazamiento de la ley *antitrust*, la agencia de competencia deberá ejercer sus potestades, procurando evitar aplicar dentro de su análisis, principios u obligaciones regulatorias cuya supervisión no le haya sido encomendada.

Podemos resumir lo expuesto en este acápite, en las siguientes ideas rectoras, que desarrollan la aproximación que debería tener la agencia de competencia frente a un caso de presunto conflicto o superposición entre normas regulatorias y normas de defensa de la competencia<sup>441</sup>:

- ✓ En caso no exista una exclusión explícita de la aplicación de las normas de competencia, la agencia de competencia deberá decidir caso por caso si se

---

<sup>441</sup> Estas ideas tienen como base el trabajo conjunto del autor con los profesores Luis Diez Canseco y Fernando Cáceres. Ver: CÁCERES, Fernando; CALDERÓN, Andrés y Luis DIEZ CANSECO. Op. Cit., 2009.

presenta una inmunidad implícita a las normas de competencia, a través del análisis de los siguientes factores:

- ✓ determinar si la aplicación concurrente de la ley de competencia y la regulación sectorial tiene por efecto la eventual sanción de una práctica de sustancial importancia o aceptada consuetudinariamente en el esquema regulatorio, en cuyo caso es probable que la voluntad legislativa haya sido la de establecer un supuesto de excepción a la aplicación de las normas de defensa de la competencia. En estos casos, el desplazamiento de las normas *antitrust* resultará necesario para garantizar el esquema regulatorio, pues de lo contrario podría suceder que una determinada conducta amparada por la legislación sectorial sea sancionada por la legislación de competencia, generando gran incertidumbre jurídica entre los operadores económicos que se encuentran ante resultados opuestos derivados de normas del mismo rango;
- ✓ cuando este factor no resulte del todo claro, puede recurrirse a otras características del esquema regulatorio que pueden hacer presumir que existe un desplazamiento implícito de las normas de competencia. En efecto, aun cuando la contradicción no resulte clara, puede darse que un esquema regulatorio contenga provisiones específicas y penetrantes en relación con una conducta aparentemente anticompetitiva. En este escenario, en el que el esquema regulatorio confía a un organismo regulador el *enforcement* de unas previsiones normativas sectoriales específicas, parecería que se ha desplazado implícitamente la autoridad de la agencia de la competencia, en la búsqueda de un objetivo particular del esquema regulatorio<sup>442</sup>;

---

<sup>442</sup> La consideración de estos elementos es precisamente la labor que realizó la Corte Suprema norteamericana en los de la doctrina de la “inmunidad implícita”, y de manera más reciente, el Tribunal Supremo canadiense en la aplicación de su muy similar “*regulated conduct defence*”. Estas doctrinas jurisprudenciales buscan determinar si existe la voluntad legislativa de hacer retroceder a las normas de competencia, y para ello analizan si estas últimas pueden generar resultados que entran en conflicto con el esquema regulatorio, o este último

- ✓ cuando se produzca este tipo de casos, en el que se evidencie la voluntad de preferir un esquema regulatorio determinado por encima de la aplicación de las normas de competencia, debe optarse por dar primacía a la autoridad del organismo regulador en detrimento de la que corresponde a la agencia de competencia;
- ✓ Si se concluye que no existe aparente contradicción o conflicto entre ambos cuerpos normativos, deberá determinarse si el caso planteado ante la agencia de competencia busca el *enforcement* de una misma o de distintas obligaciones. Ésta es la disyuntiva a la que se enfrentó la Corte Suprema norteamericana en el caso *Trinko*. El razonamiento expuesto por el Tribunal estadounidense en este caso resulta de gran utilidad, puesto que nos permite determinar si aún existiendo compatibilidad entre las normas regulatorias y *antitrust*, existen en un caso concreto infracciones independientes que ameriten la aplicación paralela de ambas provisiones normativas.

Para resolver este conflicto, es preciso recordar la premisa que resalta la Corte Suprema en *Trinko* y *Pacific Bell*, y que deriva del principio general de libertad de contratación expuesto por dicho Tribunal en *Colgate*: no existe ningún principio *antitrust* del que se pueda derivar, *a priori*, la obligación de ayudar (y por ende, de contratar con) a un competidor. Partiendo de esta regla general, un agente económico dominante no tiene, como regla general, la obligación de contratar con otro competidor, salvo que existan circunstancias que hagan dudar de su razonabilidad (por ejemplo, cuando existía anteriormente una relación contractual previa entre ambos competidores, o cuando exista una relación contractual con otros agentes y se rechace la contratación únicamente con un competidor).

---

resulta tan penetrante que, aun cuando no habría aparente conflicto, torna innecesaria la actuación de la agencia de competencia.

En suma, se propone el siguiente test compuesto por 3 etapas de evaluación, que deberá seguir la autoridad de competencia al enfrentarse ante una supuesta conducta anticompetitiva relacionada con el incumplimiento de obligaciones sectoriales, respecto de la cual también podría intervenir una agencia reguladora:

### **Test para resolver conflictos entre agencias de competencia y organismos reguladores (casuístico)**

#### **1. Desplazamiento explícito**

¿Existe legislación sectorial que expresamente impida la aplicación de las normas de competencia?

Sí → el Organismo Regulador es competente

No → proseguir el test

*El primer paso del análisis parte por excluir los supuestos expresos de inmunidad o desplazamiento de las normas de defensa de la competencia. Si existe legislación sectorial que impide clara y directamente la aplicación de las leyes de defensa de la competencia, no habrá un supuesto de potencial conflicto o duplicidad entre agencias de competencia y autoridades regulatorias.*

#### **2. Contradicción o Desplazamiento implícito**

¿La regulación sectorial otorga un resultado contradictorio al de las normas de competencia? ¿Existe regulación penetrante y autoridad conferida a un Organismo Regulador para hacer frente a la conducta?

Si → el Organismo Regulador es competente

No → proseguir el test

*El segundo paso del test consiste en determinar si existe una voluntad implícita que haga retroceder la aplicación de las normas de competencia. Para ello, la autoridad debe preguntarse respecto los posibles efectos que ocasionaría su intervención en un esquema regulatorio determinado. Si su actuación frente a la conducta generaría un resultado contradictorio al previsto en la regulación sectorial, la autoridad deberá retroceder y únicamente será aplicable las normas sectoriales.*

*Cuando no resulte claro este potencial conflicto entre los resultados de la aplicación paralela de las normas sectoriales y las normas de libre competencia, deberá acudir a otros factores como la existencia de una regulación penetrante y el otorgamiento de facultades a una autoridad sectorial para supervisar, autorizar o controlar la conducta bajo análisis.*

#### **3. Aplicación paralela**

¿Existe espacio para la aplicación de las normas de competencia, fuera de las

obligaciones sectoriales?

No → el Organismo Regulador es competente

Si → la Agencia de Competencia y el Organismo Regulador son competentes

*El paso final del test tiene una naturaleza más práctica, dado que a este momento, ya se ha descartado la incompatibilidad y se ha confirmado la convivencia entre regulación sectorial y normas de defensa de la competencia. En este punto, corresponde preguntarse si es posible la aplicación paralela efectiva de ambos cuerpos normativos frente a una conducta determinada, lo cual sólo será posible si existen dos obligaciones independientes, derivadas tanto de la regulación sectorial como de la ley de competencia. Se debe descartar la posibilidad de que la agencia de competencia aplique o exija el cumplimiento de una obligación regulatoria.*

El test casuístico propuesto no pretende ser suficiente para afrontar los problemas derivados de la interacción entre normas de competencia y regulaciones sectoriales. Se deben establecer e implementar mecanismos de colaboración y coordinación entre las autoridades regulatorias y de competencia tales como: (i) la obligatoriedad de contar con la opinión de un organismo regulador en el caso que se tramite un procedimiento por infracción a las normas de competencia que involucre una conducta que se encuentre vinculada con un sector específico; (ii) la obligatoriedad de contar con la opinión de la agencia de competencia en el caso de procedimientos de solución de controversias tramitados ante un organismo regulador, cuya decisión pueda afectar sensiblemente el proceso competitivo en un mercado; y, (iii) la obligatoriedad de requerir la opinión de la agencia de competencia de manera previa a la emisión de normas regulatorias que tengan una importante incidencia en los niveles de competencia de un mercado, en cuyo caso, la autoridad regulatoria deberá sustentar motivadamente si decide apartarse de la recomendación de la autoridad de competencia.

Las propuestas desarrolladas en este acápite persiguen reducir al mínimo los supuestos de conflicto entre normas regulatorias y de defensa de la competencia. Así, las obligaciones de coordinación entre agencias de competencia y entidades regulatorias y la interpretación de la voluntad legislativa bajo los criterios expuestos –recogidos de la experiencia norteamericana– logrará por un lado, reducir los posibles conflictos y duplicidades entre ambos tipos de autoridades, y por otro lado,

permitirá hacer frente a supuestos en los que, sin haber contradicciones, sea necesaria la intervención de la agencia de competencia para proteger el proceso competitivo.

### **C) Relación entre la exención legal y el principio de supletoriedad**

En los apartados correspondientes a la experiencia norteamericana y española, al igual que en la reflexión precedente sobre el caso peruano, hemos revisado dos modalidades de exenciones públicas: (i) la exención legal propiamente tal, y (ii) la primacía de la regulación sectorial sobre las leyes de competencia.

Ambos supuestos constituyen exenciones normativas, puesto que, a través de una norma, el Estado dispone que una determinada conducta económica quede exenta del enjuiciamiento de la autoridad de competencia. En este sentido, aun cuando las consecuencias sean algo disímiles (en un caso, la conducta comercial queda libre de control y, en el otro, la conducta se somete al control de un organismo regulador, mas no al de la autoridad de competencia), en realidad estamos ante un mismo hecho práctico: la no-aplicación de las normas de libre competencia. En tal medida, sostenemos, sobre la base de los argumentos ya expuestos, que en ambos casos se requerirá de la voluntad legal (expresa o implícita) para que se produzca la inmunidad *antitrust*.

Podría argumentarse que, en sentido estricto, una exención propiamente tal constituye un elemento justificante de una infracción y, en tal medida, corresponde a una etapa final de análisis, en el que previamente se debe haber admitido la competencia de la autoridad de competencia y se debe haber concluido que la conducta económica enjuiciada calificaría como una infracción *antitrust*. Del mismo modo, se diría que el análisis de la primacía de la regulación sectorial sobre la ley de competencia (supletoriedad) corresponde a una etapa inicial de estudio, en la que se delimita la competencia de un organismo regulador frente a la de la autoridad de competencia.

Aun cuando se admitiera esta diferencia teórica, consideramos que la consecuencia sería similar –por no decir, idéntica–: la imposibilidad del enjuiciamiento de una conducta económica por parte de la autoridad de competencia. En tal sentido, desde una perspectiva más funcional o pragmática, el análisis de la exención normativa (sea porque exista una exención legal o porque prime la regulación sectorial) puede realizarse en la etapa inicial de un procedimiento por infracción a las normas de libre competencia.

De este modo, si la autoridad de competencia constata, desde un primer momento, que existe una norma con rango de ley (en los términos previstos en el artículo 3 de la LRCA), que permite una determinada conducta económica o que somete su supervisión a la competencia de una entidad regulatoria, no resultaría necesario que se realice el análisis previo para (i) determinar si la conducta económica denunciada se encuentra prevista como supuesto de hecho de alguna de las infracciones tipificadas en la LRCA y, de ser el caso, (ii) evaluar los eventuales efectos anticompetitivos y procompetitivos derivados de dicha práctica.

En este supuesto, resultaría más eficiente por reducción de costos administrativos o terciarios, que la autoridad de competencia declare desde un primer momento que se ha producido una exención normativa de las normas de libre competencia y, por lo tanto, la conducta investigada no resulta enjuiciable bajo la LRCA. Tampoco habría inconvenientes en realizar este análisis en una etapa final del procedimiento por infracción a las normas de competencia, si la existencia de una exención normativa recién puede ser esclarecida en un momento posterior.

Dado que ambas figuras otorgan inmunidad *antitrust*, su distinción sólo tiene relevancia teórica. En términos funcionales, no resultaría necesario incluso distinguir estos dos supuestos. Un agente económico podría alegar la existencia de una norma legal como un medio de defensa técnica para sustentar que una determinada conducta se encuentra amparada por la ley. Así, la existencia de un marco



regulatorio específico únicamente determinará si la conducta en cuestión puede ser enjuiciada o no por otra entidad pública pero, en cualquier caso, dicha conducta no estará sujeta a las normas de libre competencia y a la supervisión de la autoridad de competencia.

### **IV.3 Relación entre las exenciones normativas y el concepto de conducta económica**

Otro aspecto estudiado que sería importante clarificar es el de la relación entre una exención normativa y la determinación de la existencia de una actividad económica, que involucran los tradicionalmente denominados 'ámbito de aplicación objetivo' y 'ámbito de aplicación subjetivo' de la ley, respectivamente.

En el sub-capítulo IV.1 veíamos cómo la CLC, al igual que algunos pronunciamientos del TDC español, había llegado a confundir ambos supuestos encuadrándolos en un mismo concepto.

Sobre este particular, debemos insistir en que la exención legal sólo se aplica a aquellas actuaciones que sí son enjuiciables, en principio, bajo la ley de libre competencia, esto es, conductas económicas. En tal sentido, no debe confundirse el supuesto de la exención legal con el de aquellas prácticas que no encajan como actividad económica sino como ejercicio de una función pública. Éstas últimas, al no ser enjuiciables bajo la LRCA, nunca podrán ser exoneradas por la autoridad de competencia, no necesitan serlo.

Así pues, únicamente las actividades que puedan calificarse como económicas (siguiendo siempre el enfoque funcional) serán susceptibles de ser exoneradas de sanción. La siguiente cita de Marcos puede ayudarnos a clarificar este asunto:

Las actuaciones de la Administración fundadas en el *ius imperii*, las intervenciones normativas y las decisiones administrativas no constituyen prácticas prohibidas por la Ley, independientemente de su contenido. Solamente cabría afirmar la vigencia y operatividad de de la exención respecto de conductas o prácticas de agentes económicos, o de los propios poderes públicos cuando actúen como operadores o agentes económicos<sup>443</sup>.  
(subrayado añadido)

De este modo, y tal como lo indica Baño León, sí cabrá la exoneración sanción de actuaciones de entidades públicas, en tanto éstas puedan considerarse económicas:

Están en el ámbito de la LDC, aunque serán declaradas exentas (artículo 2.º1. de la LDC) aquellas actuaciones administrativas que, implicando una intervención empresarial en el mercado, deriven necesariamente de lo previsto en una ley o en un reglamento autorizado por la ley<sup>444</sup>.

Ahora bien, esta confusión entre las figuras de la exención normativa y el concepto funcional de conducta económica, genera principalmente un problema teórico antes que práctico.

En efecto, esta posible confusión se presenta normalmente cuando se evalúa si corresponde enjuiciar bajo las leyes de defensa de la competencia a cuerpos de autorregulación privados, que detentan alguna potestad pública. En tal contexto, se alega incorrectamente que dichas entidades sí quedarían sujetas a la ley *antitrust* cuando incumplan o excedan el mandato legal de la función pública encomendada. Así, surge el inconveniente teórico de pensar, equivocadamente, que la agencia de competencia estaría enjuiciando la licitud del ejercicio de funciones públicas.

---

<sup>443</sup> MARCOS, Francisco. Op. Cit., 2007, p. 13.

<sup>444</sup> BAÑO LEÓN, José María. Op. Cit., p. 66.

No obstante, desde una perspectiva práctica, este razonamiento no presentaría mayores problemas. Nos explicamos: bajo el razonamiento –teóricamente incorrecto, a nuestro entender– desarrollado en el párrafo anterior, la conducta de una entidad de autorregulación no estará sujeta a las leyes *antitrust* si respetan el mandato legal que le otorga el ejercicio de una función pública; en cambio, si excede este mandato sí se sujetará a la norma de libre competencia.

En el primer escenario, no existiría un problema real. Considerando que la conducta enjuiciada del cuerpo de autorregulación normalmente tendrá incidencia económica (de lo contrario, no sería llevada siquiera ante la autoridad de competencia), la evaluación teóricamente correcta hubiera implicado que se reconozca que la conducta enjuiciada es de naturaleza económica y se encuentra dentro del ámbito de aplicación objetivo de la ley, no obstante, gozaría de inmunidad *antitrust* al haber sido realizada dentro de los parámetros legales que guían su actuación (exención normativa). Es decir, bajo ambos líneas de análisis, la conducta no será pasible de sanción por infringir la norma de libre competencia.

En el segundo escenario tampoco habría problemas, pues al verificarse que la conducta imputada (que, normalmente, calificaría como económica) no tiene amparo legal, únicamente se habrá “adelantado” el análisis sobre la existencia de exención normativa (declarando que no habría exención) y, como toda conducta económica de un ente de autorregulación, deberá someterse al escrutinio *antitrust*. Es decir, siguiendo ambos tipos de razonamientos, se llegará a la misma solución: la conducta económica de un organismo de autorregulación podrá ser sancionada por infracción a la legislación *antitrust*.

La ausencia de problemas prácticos en esta materia se debe a que, tanto la exención normativa como la calificación de una conducta como función pública constituyen, materialmente, inmunidades *antitrust*, es decir, supuestos en los que una conducta potencialmente anticompetitiva podría quedar exenta del cumplimiento de la ley de libre competencia.

De este modo, los agentes económicos tendrán a su disposición dos supuestos de hecho (a modo de medios de defensa técnica) para eximirse del control de la norma *antitrust*: (i) cuando la conducta enjuiciada no pueda ser considerada como económica; y, (ii) cuando la conducta enjuiciada goce de una exención normativa.

Sin embargo, a efectos de evitar confusiones teóricas que puedan motivar cuestionamientos a la aplicación de las normas *antitrust* y a la competencia de las autoridades encargadas de su *enforcement*, proponemos que la agencia de competencia prosiga el siguiente esquema de análisis:

### **Esquema de análisis de las inmunidades *antitrust***

#### **1. Delimitación del ámbito de aplicación objetivo**

El primer paso del análisis parte por verificar que la conducta imputada califique materialmente como conducta económica, excluyendo los supuestos de ejercicio de funciones públicas.

En este análisis, deberá recordarse que las empresas públicas constituyen agentes económicos a la luz del Derecho de la Competencia, sin perjuicio de los objetivos de interés general que persigan. Asimismo, deberá prestarse especial supervisión a las conductas económicas de los cuerpos de autorregulación que presenten una dualidad de intereses privados y funciones públicas, las que quedarán sometidas al ámbito de aplicación de las leyes de competencia como regla general, en aplicación de un enfoque funcional.

#### **2. Verificación de exenciones normativas**

El segundo paso de la evaluación consiste en dilucidar si existe una exención normativa de la conducta económica imputada como anticompetitiva.

Esta exención normativa deberá estar contenida, expresa o implícitamente, en una norma legal (del Gobierno Central). La existencia de una exención normativa se verificará tanto cuando una conducta sea permitida, fomentada o impuesta por una ley como cuando se someta su enjuiciamiento a una autoridad regulatoria.

#### **3. Aplicación de la ley de competencia**

El paso final es el convencional, en el cual la autoridad de competencia deberá verificar si la conducta imputada puede ser considerada como una infracción a las normas de libre competencia, bajo los parámetros de enjuiciamiento previstos en la ley.

(\*) Si el segundo paso del test no ha podido ser realizado en una etapa inicial del

procedimiento, éste se podrá efectuar en la etapa final, en la que la agencia de competencia podrá declarar que una conducta califica, en principio, como una infracción a la ley *antitrust*, pero se encuentra exenta de control debido a una exención normativa.

#### **IV.4 El abuso de procesos legales**

La consideración del abuso de procesos legales como una conducta anticompetitiva –reparábamos– responde a la necesidad de desincentivar las actuaciones de los agentes privados consistentes en utilizar el aparato estatal como un medio para restringir la competencia.

La experiencia norteamericana, donde surge la configuración de esta práctica como una infracción *antitrust*, nos mostraba que, en los ordenamientos donde el *enforcement* de la libre competencia había logrado desarrollarse y afirmarse, los agentes económicos adoptaban otro tipo de estrategias para limitar la competencia, siendo una de las principales el recurrir a entidades públicas mediante procesos que puedan servir como barreras que impidieran o dificultaran el ingreso o el mantenimiento de competidores en el mercado.

En el Perú ya han surgido situaciones de esta índole, en las que los agentes económicos han acudido al aparato estatal con el objeto de restringir o desincentivar la competencia en el mercado.

Si bien ha habido más de un pronunciamiento en el que la autoridad peruana de competencia ha reconocido que el abuso de procesos legales puede ser considerado como una práctica competitiva, hasta antes del caso *Apofer*, sólo en uno se había sancionado a una empresa por esta conducta, el caso *Pilot*.

Además de ser la primera ocasión en la que el Indecopi sancionaba el abuso de procesos legales, el caso *Pilot* resulta emblemático porque en su pronunciamiento

final, la CLC parecería señalar algunos elementos que debían cumplirse para que se configure la infracción administrativa. Estos factores –como veíamos en el subcapítulo III.3– serían: (i) la existencia de una pluralidad de acciones legales entabladas por una empresa, y (ii) que la mayoría de estas acciones legales hayan sido desestimadas.

Estos dos elementos son objetivos, lo que genera una mayor predictibilidad en los administrados. Así, por ejemplo, un administrado sabrá que una sola acción legal no podría ser considerada como una conducta anticompetitiva; del mismo modo, podrá advertir que, aun cuando haya entablado una serie de acciones legales, si la mayoría de ellas le resultan favorable, tampoco se podrá configurar un abuso de procesos legales.

Estos requisitos, no obstante, difieren de las condiciones establecidas en la jurisprudencia norteamericana sobre la materia que hacían un mayor énfasis en aquellos elementos que pudieran evidenciar la existencia de un interés de utilizar los procesos legales sólo como un medio para afectar la competencia antes que para tutelar sus intereses.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema norteamericana en el caso *PRE*<sup>445</sup> señalaba que una acción judicial sería considerada como anticompetitiva si (i) carecía objetivamente de fundamento y (ii) reflejaba un intento de interferir directamente con las relaciones de negocios de un competidor.

Por su parte, en la Unión Europea se ha empezado a considerar también el abuso de procesos como una posible conducta anticompetitiva, ello en atención a lo resuelto en el Asunto *Promedia*. Este caso involucraba la denuncia de ITT Promedia contra Belgacom, la empresa gestora de servicios de telecomunicaciones en Bélgica. Ambas empresas competían en el mercado de publicación de guías

---

<sup>445</sup> *Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc.* 508 U.S. 49 (1993).

telefónicas y habían surgido algunos conflictos por la cesión de datos que Belgacom debía efectuar a ITT Promedia para la publicación de su guía. Ello motivó que la segunda interponga dos demandas contra la primera. Belgacom, por su parte, contestó las demandas y las reconvino sin mayor éxito; adicionalmente, Belgacom inició un nuevo proceso judicial contra ITT Promedia ante el Tribunal de Comercio, el cual perdería a la postre.

Tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Primera Instancia desestimaron la pretensión de ITT Promedia para considerar la interposición de las acciones legales de Belgacom como un abuso de posición dominante. Los órganos comunitarios, no obstante, sí admitieron la posibilidad de considerar, en general, el ejercicio abusivo de acciones legales como una conducta anticompetitiva; sin embargo, no encontraron sustento para estimar que las acciones de Belgacom calificaran como tal. En particular, la Comisión desestimó la idea de que las reconvenciones de Belgacom implicaran una estrategia deliberada para suprimir la competencia, dado que, de ser el caso, "(...) Belgacom no hubiera esperado a una acción judicial de ITT para formular sus pretensiones en una reconvención, sino que habría actuado en vía judicial directamente contra la demandante"<sup>446</sup>.

La importancia de este caso radica en que los órganos comunitarios de la Unión Europea hayan admitido la figura del uso abusivo de acciones legales como una posible conducta anticompetitiva. Asimismo, la Comisión Europea –en decisión confirmada por el TPI– estableció dos condiciones para considerar el uso de procesos legales como una conducta anticompetitiva: (i) “que no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda

---

<sup>446</sup> Decisión de la Comisión, en la denuncia IV/35.268 presentada por ITT Promedia NV, citada por VEGA-PENICHET, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”, en: *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia* N° 202, agosto/septiembre, 1999, p. 22.

servir para hostigar a la parte contraria”, y (ii) “que esté concebida en el marco de un plan que tenga como fin suprimir la competencia”<sup>447</sup>.

Asimismo, en un caso más reciente, la Comisión Europea sancionó a una empresa por abusar de su posición dominante mediante la manipulación de procedimientos administrativos para ampliar la protección de una patente, utilizando acciones fraudulentas con el objeto de dificultar o retrasar la entrada de competencia de productos farmacéuticos genéricos<sup>448</sup>.

En este caso, la Comisión evaluó las declaraciones incorrectas o engañosas realizadas por Astra Zeneca ante oficinas nacionales de patentes con el objeto de obtener y hacer valer certificados complementarios de protección para la patente del “omeprazole”, principio activo del “ Losec”, un medicamento contra la úlcera. Estas acciones permitieron la extensión de la vigencia de la referida patente, impidiendo el ingreso al mercado de medicamentos genéricos. Adicionalmente, la demandada amenazaba con demandar a sus competidores (productores de genéricos) por infringir, supuestamente, su derecho de patente<sup>449</sup>.

Los requisitos establecidos en la jurisprudencia norteamericana y europea, en particular los expuestos en *PRE* y *Promedia*, aunque distintos, apuntan a una misma finalidad consistente en localizar aquellos casos en los que el uso de procesos legales no se encuentra realmente orientado realmente a la obtención de un resultado favorable que tutele los intereses de un agente económico sino que constituye un objetivo en sí mismo, es decir, cuando se utiliza el solo inicio y tramitación de un proceso con el propósito de limitar o entorpecer la actividad económica de los competidores.

---

<sup>447</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. - *ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto T-111/96.

<sup>448</sup> Decisión de la Comisión Europea del 15 de junio de 2005. Asunto COMP/A.37507/F3 - *Astra Zeneca*.

<sup>449</sup> Cf. VEGA, Ainhoa. Op. Cit., p. 91-92.



Así, consideramos que, en ejercicio de los derechos de petición y acción, un agente económico tiene la facultad de hacer peticiones ante instancias públicas, incluso cuando el resultado fuera el de restringir la competencia. Sin embargo, lo que le está prohibido es la utilización de estos derechos para iniciar procesos que en sí mismos restrinjan la competencia, con prescindencia del resultado en cada caso concreto.

¿Cuándo podemos considerar que la interposición de acciones legales o solicitudes ante entidades públicas constituye una conducta anticompetitiva?

Para dar respuesta a esta interrogante, debemos reparar en los criterios que han sido esbozados en la experiencia nacional del INDECOPI y también en aquéllos que han sido recogidos por la más experimentada jurisprudencia comparada.

Un primer requisito sería el de la ausencia de un objetivo o fundamento razonable, que está recogido en la jurisprudencia norteamericana, y que, con ciertas diferencias, ha sido abordado también por la jurisprudencia europea y discutido en la reciente práctica peruana en el caso *Apofer*.

Veíamos que en *PRE*, el Tribunal Supremo norteamericano requería que una acción carezca “objetivamente de fundamento” para poder ser considerada como anticompetitiva. Como reparábamos en el acápite II.3.C), este requisito ha sido criticado en Estados Unidos por su ambigüedad y por constituir una limitación excesiva para la aplicación del Derecho *Antitrust*.

La justificación de estas críticas depende –a nuestro entender– del contenido que se otorgue a este requisito. ¿A qué obedece la ausencia de un fundamento objetivo?, ¿al posible resultado de la acción o acciones entabladas? Creemos que la respuesta a esta segunda pregunta debe ser negativa.

Debemos recordar que el enjuiciamiento *antitrust* en esta materia no responde al resultado concreto de una acción legal, es decir, no está condicionado al pronunciamiento final de la entidad pública encargada de atender la solicitud o acción de un agente económico, que ha sido imputada como anticompetitiva.

Así, por ejemplo, se puede pensar en una empresa que adopte una estrategia de incoar una serie de procesos legales, porque el solo inicio de estos procesos o su tramitación servirían para limitar, retrasar o desincentivar la competencia. Es decir, las acciones legales en sí mismas afectarían la competencia, y no el resultado. En estos casos, podemos concluir que el derecho de petición y el derecho de acción son meros instrumentos para la consecución de fines anticompetitivos, por lo que el ejercicio abusivo de ellos no se encuentra protegido y, por lo tanto, esta práctica puede ser sancionada.

Por ello, para determinar si el recurso a las vías legales es una conducta anticompetitiva, no debe evaluarse el éxito o el fracaso del accionante en cada uno de los procesos legales. El análisis que corresponde realizar a la agencia de competencia no depende del resultado concreto de un determinado proceso, sino del análisis conjunto de todos los procesos legales incoados a efectos de determinar si éstos han tenido como móvil un propósito anticompetitivo y si el inicio de dichos procesos puede afectar la competencia.

En consecuencia, la “ausencia de un fundamento objetivo” debe encontrarse en el inicio de las acciones legales en sí mismas, y no en el resultado.

Un primer criterio delimitador podría consistir en analizar si, al momento de incoar un proceso legal, el accionante podría tener expectativas razonables de obtener un resultado favorable en los méritos; es decir, si un demandante objetivo podría esperar razonablemente lograr un pronunciamiento a su favor.

Bajo este criterio, se evitaría sancionar a quienes, en la creencia razonable de tener un derecho que los asiste, presentan una solicitud a una entidad pública. En estos supuestos, los agentes interpondrían una acción no con el ánimo de restringir la competencia sino porque objetivamente esperarían obtener un resultado favorable, por lo que se encontrarían ejerciendo válidamente su derecho de acción o petición.

Para determinar si existe esta “expectativa razonable”, se podría realizar un examen retrospectivo, analizando lo resuelto por las autoridades competentes en la acción o acciones interpuestas, para dilucidar si ésta o éstas tenían o no un fundamento objetivo, es decir, habría que atender a la evaluación de las acciones que realicen las entidades públicas en cada caso<sup>450</sup>.

Si bien es cierto, esta posición generaría una mayor predictibilidad, creemos que haría perder toda eficacia a la figura del abuso de procesos legales como una infracción a las normas de libre competencia. En efecto, si hubiera que esperar hasta el resultado final de un proceso o conjunto de procesos, es posible que no se reprima oportunamente la conducta anticompetitiva y, con ello, se garantizaría uno de los posibles resultados perseguido por el infractor: el retraso o el entorpecimiento de la competencia.

Por otra parte, consideramos que esta propuesta configuraría una lectura excesivamente estricta de la sentencia norteamericana en *PRE*, que impediría enjuiciar algunas conductas que impliquen el inicio de varias acciones legales con un propósito anticompetitivo.

Tal como lo recordaba la FTC en su Reporte<sup>451</sup>, pueden haber supuestos en los que una empresa inicie una serie de acciones legales con el objetivo de que los

---

<sup>450</sup> Cf. VEGA, Ainhoa. Op. Cit., p. 89, 97.

<sup>451</sup> Ver nota a pie de página 230.

procesos entablados dificulten, retrasen o desincentiven la competencia en un mercado, y ello con prescindencia del resultado. Es decir, una empresa podría incoar varios procesos legales, algunos con expectativa razonable de éxito y otros sin ella, pero el verdadero objetivo de esta empresa no sería el de lograr un triunfo en los méritos, sino el de utilizar estos procesos como barreras al ingreso o mantenimiento de competidores en el mercado. En este supuesto, no se estaría ejerciendo regularmente los derechos de acción o petición, sino que se estarían manipulando con el objetivo de instrumentarlos en su finalidad restrictiva de la competencia.

Así, por ejemplo, como acotaba el juez Stevens en su voto concurrente en *PRE*, puede que un resultado favorable en las acciones legales entabladas no justifique los costos en los que se ha incurrido en los respectivos procesos. De ello se podría concluir que el ejercicio del derecho de acción o petición no tiene un fundamento objetivo, sino que su verdadera motivación sería la restricción de la competencia.

En la misma línea de pensamiento, Ross se pregunta sobre las motivaciones que estarían detrás de una estrategia litigiosa repetitiva:

¿Por qué los denunciados gastarían tiempo y dinero presentando objeciones sin mérito? Porque ellos obtendrían una ventaja competitiva por el retraso de la aprobación del ingreso de los denunciantes al mercado. Si los conspirados no están buscando realmente un acto oficial, la necesidad de protección bajo [la doctrina] Noerr como un corolario a la doctrina del state action no es aplicable<sup>452</sup>.

La posición del juez Stevens es concordante con lo resuelto por la propia Corte Suprema en la sentencia de *California Motor* en la que se consideró que un patrón

---

<sup>452</sup> Traducción libre de: "Why would the defendants spend time and money filing meritless objections? Because they gained a competitive advantage by delaying approval of the plaintiffs' entry into their markets. If conspirators are not really seeking any official act, the need for protection under Noerr as a corollary to the state action doctrine is not applicable". ROSS, Stephen. *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press, 1993, p. 528 - 529.

de acciones legales que “cuenten o no con una causa probable”<sup>453</sup>, pueden formar parte de una estrategia anticompetitiva sancionable bajo las normas *antitrust*.

Por ello, creemos que la “ausencia de un fundamento objetivo” no debe limitarse a la ausencia de expectativas de triunfo considerada individualmente en cada proceso legal, sino que también debe incluir el análisis sobre el fundamento o sustento real que motivó el inicio de las acciones, a partir del cual podrá encontrarse o descartarse la existencia de una estrategia anticompetitiva. En suma, debería primar el análisis conjunto de todas las acciones antes que el estudio individual de cada uno de ellos.

Sin embargo, la sentencia norteamericana en el caso *PRE* sí le otorgaría el contenido que criticamos al requisito de la “ausencia de un fundamento objetivo”. Así, cuando la Corte Suprema Norteamericana vincula esta condición con la existencia de una “causa probable”, parecería afirmar que cuando una acción legal cuente con cierta causa probable, ya no podría ser considerada como un supuesto de *sham litigation*.

Al respecto, coincidimos en este sentido con la Resolución de la CLC en el caso *Apofer*, que expresamente se distancia de la posición norteamericana en *PRE* y considera que la ausencia de una expectativa razonable de triunfo (causa probable) no es el único supuesto en el cual se puede dar un ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición, siendo que esta expectativa puede ser meramente incidental frente a una estrategia preconcebida dirigida a afectar la competencia, utilizando los procesos legales como instrumentos para este fin ilícito.

Pueden haber otros supuestos en los que el inicio de uno o más procesos legales no esté motivado por un interés real de tutelar los derechos del accionante sino con un propósito anticompetitivo, como son los casos en los que los beneficios del proceso sean mínimos o nulos en comparación con los gastos del litigio, o los casos

---

<sup>453</sup> *California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited* 404 U.S. 508 (1972).

en los que una misma pretensión material es perseguida por varias vías, sin que la pluralidad de éstas le añada un valor adicional a un potencial resultado favorable.

Estos supuestos, presentados a modo de ejemplo por la CLC en el caso *Apofer*, resultan interesantes para ilustrar que un accionante puede tener una expectativa razonable de triunfo y, aun así, utilizar indebidamente el aparato judicial, puesto que los procesos legales no han sido iniciados con el verdadero propósito de obtener un provecho o una decisión que los beneficie, sino con el objetivo de afectar a los competidores, quienes tendrían que asumir los costos de litigar en uno o más procesos y podrían ver retrasado su ingreso al mercado, o en todo caso, ver en riesgo su inversión.

En este orden de ideas, estimamos que la redacción de la jurisprudencia europea en el caso *Promedia* recoge mejor el análisis que debería seguir la agencia de competencia cuando señala que “(...) no pueda considerarse razonablemente que la acción judicial tiene por objeto hacer valer los derechos de la empresa de que se trate y que, por tanto, dicha acción sólo pueda servir para hostigar a la parte contraria”<sup>454</sup>. Ello puesto que se pregunta si el objetivo de una acción legal era el de hacer valer los derechos del solicitante o no, esto es, indaga por el sustento real que motivó la acción legal: si puede entenderse razonablemente que la motivación era tutelar sus derechos, el ejercicio será válido; si no es así, el ejercicio será inválido y tendrá que evaluarse si había una motivación anticompetitiva (segundo requisito), en cuyo caso, se podrá considerarse que existe un caso de abuso de procesos legales.

Por las mismas razones expuestas previamente, consideramos que debe descartarse de plano el requisito recogido por la CLC en *Pilot*, en virtud del cual se exigiría que la mayoría de las acciones legales hayan sido desestimadas. Como hemos visto, ello no sólo restaría de eficacia al *enforcement* de la legislación de

---

<sup>454</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. - *ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas*. Asunto T-111/96

defensa de la competencia, sino que enfocaría erróneamente el problema del abuso de procesos legales, al no prestar atención a las verdaderas motivaciones del inicio de acciones legales, donde precisamente puede encontrarse el propósito anticompetitivo y el ejercicio irregular o instrumentalización de los derechos de acción y petición.

El segundo requisito exigido por la jurisprudencia europea y norteamericana parece ser coincidente y no suscitar mayor debate. En efecto, se requiere verificar un intento o estrategia anticompetitiva, dirigidos a suprimir la competencia. Precisamente, el análisis desarrollado por la CLC en el caso *Apofér* sigue este orden: primero evalúa si existe un interés real de tutelar los derechos u obtener un beneficio económico válido por parte del accionante, y luego analiza los elementos que podrían evidenciar el propósito anticompetitivo subyacente a las acciones legales.

Si bien se califica este segundo requisito como un “elemento subjetivo”, el análisis que debe realizar la agencia de competencia tendrá que basarse en elementos más objetivos como el contexto en el que se llevan a cabo las acciones legales, del cual podría desprenderse este ánimo anticompetitivo.

Así, por ejemplo, el número de acciones legales planteadas puede ser un indicador, en la medida que un mayor número de recursos legales podría reflejar un propósito de afectar la competencia “a toda costa” y con prescindencia del medio utilizado, así como también podría evidenciar un ánimo de incrementar los costos de litigación de uno o más competidores.

En el mismo sentido, la especificidad de las acciones legales emprendidas nos puede dar información respecto de la finalidad que persigue una empresa. Mientras más específica sea la acción, más factible será suponer que el agente económico está persiguiendo un objetivo concreto dirigido contra un competidor o grupo de competidores en particular.

La oportunidad en que son interpuestas las acciones legales también puede evidenciar el propósito anticompetitivo. Si un agente o grupo de agentes económicos interpone acciones legales, por ejemplo, cada vez que existe la amenaza del ingreso de un nuevo competidor, ello podría reflejar un interés anticompetitivo por parte de los accionantes.

También debe repararse en los efectos en el mercado que genera la interposición de estas acciones, toda vez que sólo aquellas que potencialmente restrinjan la competencia pueden ser consideradas como manifestaciones de una presunta conducta anticompetitiva. Asimismo, es más probable que un agente con una pretensión anticompetitiva inicie acciones legales cuando éstas se encuentren vinculadas con aspectos relevantes que puedan incidir en el proceso competitivo (por ejemplo, recursos necesarios para competir, barreras de entrada al mercado, el cumplimiento de los requisitos necesarios para ingresar al mercado, entre otros).

Todas estas circunstancias (algunas de las cuales están recogidas en la Resolución de la CLC en el caso *Apofer*), analizadas en conjunto, pueden ayudar a revelar si el móvil de los procesos legales es uno común: el de afectar a la competencia.

Resulta pertinente, en este momento, referirnos a un requisito que no ha sido recogido por la jurisprudencia comparada para la configuración de un supuesto de abuso de procesos legales, pero que sí ha sido contemplado en la resolución del caso *Pilot* e incluso en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas: la pluralidad de acciones.

Sobre el particular, consideramos que debe tenerse presente que existen supuestos en los que una sola acción legal puede tener más efectos anticompetitivos que un conjunto de recursos legales. De hecho, la Corte Suprema de los Estados Unidos en el caso *PRE* analizaba si un solo proceso por infracción a las normas de derechos de autor podía ser considerado como una conducta anticompetitiva, de lo



que se concluye que la jurisprudencia norteamericana no ha descartado esta posibilidad.

Un caso que resulta particular para ilustrar nuestra afirmación es aquél en el que intervino la FTC contra Bristol-Myers Squibb, que finalmente concluyó con una orden de consentimiento<sup>455</sup>.

La entidad encargada del control de los alimentos y medicamentos en los Estados Unidos, la *Food and Drug Administration* (FDA), publica en un libro llamado “Orange Book” las patentes de productos farmacéuticos de marca y las reivindicaciones de dichos productos realizadas por las compañías farmacéuticas. La incorporación en el “Orange Book”, sin embargo, no pasa por un filtro de revisión independiente y, por otro lado, activa una limitación o prohibición de la aprobación por parte de la FDA de solicitudes de productos genéricos competitivos (dado que existiría una patente de por medio) por un periodo de 30 meses.

En el caso bajo comentario, diversos productores de genéricos denunciaron que Bristol-Myers Squibb había listado fraudulentamente una patente en el “Orange Book”, lo que restringía la competencia de productos genéricos, dado que para obtener la aprobación para producir y vender un producto genérico de productos de marca, una empresa debía brindar a la FDA la certificación de que no hubiera ninguna patente listada (en el “Orange Book”) que pudiera ser infringida por la comercialización del genérico.

Así, una petición fraudulenta ante la FDA que implicara un registro en el “Orange Book” impediría que un determinado producto farmacéutico enfrente la competencia de productos genéricos, aun cuando no contara con una patente vigente. Como se puede apreciar, una sola petición ante una entidad pública puede tener un importante efecto anticompetitivo, incluso superior al de un conjunto de acciones;

---

<sup>455</sup> FTC, 2006. Op. Cit., p. 4-5.

ello dependerá del contenido de la solicitud y del contexto concreto en el que se lleva a cabo.

Sin embargo, debe reconocerse que es menos probable que de una sola acción legal pueda inferirse un propósito de utilizar el aparato estatal para restringir la competencia. En este escenario, es más factible considerar que el accionante persigue la tutela de un interés particular y concreto.

Por ello, frente a una sola acción imputada como anticompetitiva, podía utilizarse un estándar de evaluación más estricto, en el que la “ausencia de fundamento objetivo” recogido en PRE deba encontrarse mediante un análisis retrospectivo de lo resuelto por la entidad pública en dicho caso concreto.

De este modo, la “ausencia de fundamento objetivo” debe buscarse individualmente cuando se trate de una sola acción legal, para lo cual se podrá recurrir a lo resuelto por la instancia pública correspondiente o se podrá atender únicamente a la causa probable o expectativa razonable de triunfo que cuenta esta única acción.

Por otro lado, frente a una pluralidad de acciones legales, corresponderá realizar un análisis prospectivo en el que la “ausencia de fundamento objetivo” sea evaluada respecto del conjunto de la estrategia litigiosa<sup>456</sup> y que, por lo tanto, no se limite únicamente a las expectativas de triunfo en cada una de las acciones legales consideradas individualmente (alguna de ellos, por casualidad, podría contar con una causa probable y aun así formar parte de una estrategia anticompetitiva). Cuando se trate de un conjunto de acciones, lo relevante será encontrar el interés real y subyacente a este grupo de procesos legales.

Sin perjuicio de la posición descrita previamente que propone una metodología de análisis diferente dependiendo del número de acciones legales que podrían integrar la conducta de abuso de procesos legales, como adelantábamos, la recientemente

---

<sup>456</sup> En este sentido, ver: VEGA, Ainhoa. Op. Cit., p. 100.

aprobada LRCA rechazaría la posibilidad de que una sola acción legal o petición administrativa pueda considerarse como una conducta anticompetitiva, requiriendo la pluralidad de recursos por parte del agente infractor:

**Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.-**

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

En efecto, al contemplarse en la LRCA el adverbio “reiterada” y al hacer alusión de manera plural a procesos judiciales y procedimientos administrativos, queda claro que una sola acción legal no podría ser considerada como una conducta anticompetitiva.

Si bien discrepamos en principio con el tenor de la ley puesto que consideramos una sola acción legal puede ser potencialmente considerada como una conducta anticompetitiva, reconocemos que el requisito de pluralidad permitirá generar mayor predictibilidad en los administrados, y también que serán pocos los casos en los que una sola acción legal responda realmente a un propósito anticompetitivo. En este sentido, consideramos que se presentarán pocos errores del Tipo 1, esto es, exculpación del culpable.

Finalmente, es importante destacar que, en la versión original del Anteproyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas publicado en la página web de Indecopi, no se recogía expresamente esta modalidad de conducta anticompetitiva. Su incorporación se logró como consecuencia de las propuestas presentadas por diversos especialistas en la materia y del debate al interior del Grupo Especial encargado de elaborar los proyectos de ley vinculados a materias de competencia de Indecopi.

Así, por ejemplo, tenemos los comentarios conjuntos de Alfredo Bullard, Alejandro Falla y Carolina de Trazegnies, sobre el Proyecto de Ley que originalmente no contemplaba la figura del abuso de procesos legales:

En lo que se refiere a las nuevas conductas (a, e, f, g, h) destaca la exclusión en el listado de una conducta que ha sido objeto de sanción en el pasado por el propio INDECOPI (Pilot, Ministerio de Educación, Asociación de Grifos) y cuyos efectos podrían ser más perniciosos que las conductas listadas, en tanto implican la utilización del aparato del Estado: abuso de procedimientos gubernamentales. Sugerimos que es importante tipificar este tipo de conductas explícitamente en la Ley pues se trata de las más perniciosas para la competencia. Es importante destacar que no se refiere a la conducta de los privados que abusan de procesos legales o gubernamentales, sin perjuicio de las facultades de la Comisión de Acceso al Mercado en relación a actos y medidas gubernativas. La sanción en el caso de la Ley de Competencia sería al particular que diseñe e implemente una estrategia de exclusión basada en recurrir a actos ilegítimos frente a autoridades públicas solo para elevar los costos de entrada o permanencia en el mercado<sup>457</sup>.

Además de sugerir la incorporación expresa de esta conducta en la LRCA, los comentaristas destacaban la necesidad de distinguir el enjuiciamiento de las conductas de los privados que recurren al Estado con el fin de restringir la competencia, frente al enjuiciamiento de los actos y medidas estatales en sí mismos, función que correspondería a la CEB.

Como advertíamos al comentar el caso de *Ambev v. Backus* en el sub-capítulo III.3, la legislación de defensa de la competencia se restringe a evaluar la conducta de las empresas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia. En este sentido, el utilizar el aparato estatal como un simple medio para restringir la competencia puede considerarse una conducta anticompetitiva, ello con independencia del resultado que finalmente se obtenga como consecuencia de la

---

<sup>457</sup> BULLARD, Alfredo, FALLA, Alejandro y CAROLINA DE TRAZEGNIES. Op. Cit., p. 13-14.

decisión gubernamental. Así, si el Estado adopta una decisión o ejecuta alguna medida que restrinja la competencia, la agencia de competencia no enjuiciará la actividad estatal, cuya revisión corresponderá a los órganos administrativos o judiciales que resulten competentes para estos fines.

Sin embargo, la incorporación de esta conducta anticompetitiva dentro del listado ilustrativo de prácticas prohibidas en la LRCA no ha estado exente de críticas. Principalmente, se argumenta que para el ejercicio de dicha conducta no resulta indispensable contar con una posición dominante sino únicamente con los suficientes recursos económicos o financieros que permitan afrontar los costos de litigación. En este sentido, se alega que esta práctica parecería encajar más adecuadamente como un acto de competencia desleal<sup>458</sup>.

Al respecto, consideramos que la calificación de esta conducta como un supuesto de práctica anticompetitiva (y no de competencia desleal) responde a varias razones que resultan atendibles. En primer lugar, la experiencia comparada ya reseñada (Estados Unidos y Unión Europea), así como la práctica jurisprudencial de varios otros países (entre los que se puede incluir a España, Brasil y Chile) muestra que el ejercicio abusivo de los derechos de acción y petición ha sido tradicionalmente considerado como una posible práctica contraria a la libre competencia. Asimismo, consideramos que la opción legislativa responde a un propósito de restringir la sanción de este tipo de prácticas cuando se produzca una afectación sensible a la competencia, lo que sucedería cuando el sujeto activo de esta conducta cuente con una posición preponderante (dominio) en el mercado o cuando exista una colusión de por medio (por ejemplo, un conjunto de competidores que se ponen de acuerdo para iniciar una serie de acciones legales contra un

---

<sup>458</sup> Ver en este sentido: CÁCERES, Fernando. “El abuso de procedimientos administrativos y judiciales ¿cuánto poder necesita el “Diablo”?”, en: *Enfoque Derecho* N° 76, 2008; FIGARI, Héctor y John PINEDA. “Más vale maña que fuerza: el abuso de las normas de libre competencia”, en: *Revista de Economía y Derecho*. Primavera 2009, p. 93-116; y, RODRÍGUEZ, Gustavo. Más sabe el diablo por viejo que por diablo. El tratamiento legal del abuso de procesos judiciales y procedimientos administrativos, en: *Actualidad Jurídica* N° 197. Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 319-321.

tercero, lo que podría calificar como un boicot horizontal), y no cuando cualquier agente económico lleva a cabo esta práctica. Bajo esta opción legislativa, por un lado, se reduciría el riesgo de sancionar prácticas que puedan constituir un uso indebido de los derechos de acción y petición pero que no tengan un impacto considerable en el proceso competitivo y, por el otro, permitiría actuar con mayor severidad cuando se verifique este ejercicio abusivo (que dañe considerablemente la competencia en un mercado) puesto que las sanciones contra conductas anticompetitivas cuentan con mayor envergadura que aquéllas que son impuestas contra los actos de competencia desleal.

Sin perjuicio de manifestar nuestra complacencia con la LRCA por recoger expresamente este supuesto como conducta anticompetitiva, es importante recordar que, por su estrecha vinculación con los derechos de acción y petición, la calificación del abuso de procesos legales como una infracción administrativa siempre generará controversia desde una óptica constitucional.

En efecto, habrá quienes sostendrán que la LRCA estaría vulnerando los derechos constitucionales a recurrir al Poder Judicial o a solicitar alguna petición a alguna entidad estatal. Es muy probable también que los agentes denunciados e investigados por esta conducta aleguen que se encuentran ejerciendo válidamente uno de estos dos derechos constitucionales.

Al respecto, debemos recordar que el TC ha señalado que el ejercicio de derechos fundamentales, como los derechos de acción y de petición, no es absoluto y tiene límites:

Como sucede con todos los derechos fundamentales, el de acceso a la justicia tampoco es un derecho ilimitado cuyo ejercicio no pueda restringirse; sin embargo, siendo posible establecer restricciones a su ejercicio, ellas no pueden afectar su contenido esencial. La exigencia del respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales no se deriva de la existencia de una cláusula que, ex profeso, lo señale así, sino, básicamente, del diverso nivel en el que opera el

Poder Constituyente (que los reconoce en normas constitucionales) y los poderes constituidos (que sólo pueden limitarlos en virtud de leyes cuya validez depende de su conformidad con la Norma Suprema del Estado)<sup>459</sup>.

Consideramos que uno de los límites al ejercicio de estos derechos es el respeto a la libre competencia, por lo que no puede ampararse a un particular que desvirtúe estos derechos utilizándolos como un simple medio para restringir la competencia.

Con el fin de tutelar eficazmente la libre competencia sin afectar el ejercicio regular de los derechos de acción y petición, la agencia de competencia debe tomar en cuenta criterios como los ya expuestos en los párrafos anteriores, que permitan distinguir entre un uso válido de estos derechos y su mera instrumentalización para restringir la competencia.

Del mismo modo, se debe considerar que –en línea con la jurisprudencia y doctrina comparada–, mientras más general sea la acción o el recurso y tenga una mayor vinculación con el ámbito político, hay mayores probabilidades de estimar que esta conducta refleja en realidad el interés de un agente de hacer valer sus pretensiones frente a las autoridades correspondientes y no una estrategia anticompetitiva.

También es importante destacar que el abuso de procesos legales es uno de los tópicos que mayor evolución y desarrollo ha experimentado en el Derecho de la Competencia en el Perú. Ello se ve reflejado en la nueva LRCA, en la reciente práctica jurisprudencial del INDECOPI, así como también en la preocupación doctrinaria sobre el particular<sup>460</sup>.

---

<sup>459</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2003 (Exp. 010-2001-AI/TC).

<sup>460</sup> Ver especialmente: BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. “El abogado del diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva”, en: *Ius et Veritas* N° 30, 2005, p. 40-51; y, CÁCERES, Fernando. Op. Cit., 2008.

Para concluir el presente sub-capítulo, conviene recordar que el problema y preocupación que comanda el presente trabajo es el de la intervención estatal que afecta el régimen de defensa de la competencia en nuestro país. Ello sucede no sólo cuando el Estado incorpora normas o adopta decisiones que restan eficacia a las normas *antitrust*, sino también cuando es utilizado como un medio para poder restringir indebidamente la competencia. Así, como nos lo recuerdan Bullard y Falla, el uso (o abuso) de procesos legales resulta ser un arma de gran efectividad por parte de los operadores que pretenden afectar la competencia:

Una de las formas más efectivas y perniciosas de crear o mantener una posición de dominio en el mercado, es a través de la utilización del propio Estado, es decir, mediante la manipulación de procesos a cargo de autoridades judiciales o administrativas. En efecto, un mecanismo eficaz para lograr la exclusión de los competidores del mercado o, simplemente, para retardar su ingreso, es la utilización indebida de los procedimientos administrativos judiciales o regulatorios<sup>461</sup>.

Si bien podemos establecer desde la aplicación e interpretación de la legislación de competencia varios límites para que la actividad estatal no restrinja la eficacia de ese cuerpo normativo e incluso potenciar el control de la intervención estatal desde el ámbito de la revisión administrativa y judicial, no se podrá poner fin a estas afectaciones si no se ataca el problema desde el origen: el agente privado que busca utilizar el aparato estatal para restringir la competencia. Por ello, la LRCA y el desarrollo jurisprudencial del Indecopi en torno a la figura del abuso de procesos legales representa un importante avance en la lucha contra las intervenciones estatales instrumentalizadas para afectar la libre competencia en el mercado.

---

<sup>461</sup> BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. Op. Cit., 2005, p. 42.



#### IV.5 El control de la actuación pública estatal

A lo largo del presente trabajo hemos estudiado las diversas formas en que la actuación del Estado puede afectar la eficacia del régimen de defensa de la libre competencia. Esta afectación se produce bien porque el Estado exonera del control antitrust a algunos agentes o a algunas conductas en particular, o bien porque los procedimientos gubernamentales son utilizados como un medio para restringir la competencia. Todos estos constituyen ejemplos de “inmunidades *antitrust*” propiciadas por el Estado.

El objetivo principal de nuestra investigación se convirtió, entonces, en estudiar las respuestas que se habían logrado consolidar en el ordenamiento peruano y en otros ordenamientos extranjeros para limitar la actuación estatal que afectara el sistema de defensa de la competencia y también para generar los incentivos necesarios a fin de que los agentes económicos no manipulen el aparato estatal para la consecución de propósitos anticompetitivos.

Así, aun cuando la materia central que motivaba el presente trabajo era la intervención estatal que afectaba el sistema de defensa de la competencia, el énfasis de nuestro estudio estuvo en los agentes económicos privados, quienes quedaban exentos del *enforcement* de la ley de libre competencia. Por ello, analizábamos todos los mecanismos efectivos para lograr que el ámbito de aplicación de las leyes de libre competencia no se vea reducido indebidamente. En tal sentido, el foco del trabajo estuvo en la aplicación misma de las normas de defensa de la competencia y en el sometimiento de los agentes económicos a su imperio.

Como se pudo apreciar en el acápite III.1.B), luego de un inicio poco acucioso en la delimitación del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701, la CLC y la Sala perfeccionaron su análisis para definir que únicamente las empresas (agentes económicos) se encontraban sujetas a las normas de libre competencia.

Así, una vez definido este criterio, la CLC y la Sala han rechazado uniformemente que el ejercicio de funciones públicas se encuentre bajo sus respectivos ámbitos de control en materia de libre competencia. En tal sentido, como regla general, se ha declarado improcedentes diversas denuncias que pretendían enjuiciar la conducta de un funcionario o de una entidad pública en ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, en los propios pronunciamientos de la CLC y de la Sala no se descartaba la existencia de otros mecanismos previstos en nuestro ordenamiento jurídico para controlar la actividad pública que afecte la libre competencia, distintos de las leyes *antitrust*.

Por ello, en este sub-capítulo queremos abordar brevemente las herramientas que existen para controlar directamente la actuación estatal que restrinja la competencia. Es decir, estudiaremos los mecanismos legales que se encuentran en nuestro ordenamiento para controlar ya no a los agentes privados sino al propio Estado cuando su actuación vulnere indebidamente la libre competencia.

Debemos advertir, no obstante, que este estudio será conciso y únicamente responde a la finalidad de brindar un panorama de las vías legales previstas para controlar este tipo de actuación estatal. Ello con el objetivo de resaltar que la aplicación de la norma de defensa de la competencia no es el único medio útil para poder limitar la actividad estatal que afecta su propia eficacia, aunque probablemente sea el instrumento más importante para estos fines y, por ello, haya sido la materia escogida para centrar nuestra reflexión.

En este sub-capítulo analizaremos rápidamente tres mecanismos establecidos en nuestro sistema legal para supervisar y revisar la actuación estatal que restrinja la competencia: el primero, el control normativo; el segundo, la revisión de los actos administrativos; y, el tercero, un híbrido, consistente en la revisión de las barreras burocráticas de acceso al mercado que, como veremos más adelante, puede suponer el control tanto de actos administrativos como de normas.

## A) El control de legalidad y constitucionalidad de normas

Como hemos revisado a lo largo del presente trabajo, el Estado puede afectar la competencia en el mercado mediante el dictado de dispositivos normativos. En efecto, la intervención del Estado en la economía puede propiciar afectaciones a la libre competencia que pueden ir desde el establecimiento de requisitos para el desarrollo de alguna actividad económica hasta la imposición de conductas anticompetitivas, todo ello en la búsqueda de diversos objetivos diferentes al de la protección del proceso competitivo.

En la medida que las normas de rango legal e infralegal pueden vulnerar la competencia, estos dispositivos pueden estar sujetos a los controles de constitucionalidad y legalidad previstos en la Constitución. El control de constitucionalidad, y consecuentemente el de legalidad, se derivan del principio de jerarquía normativa, recogido en el artículo 51 de la Constitución que establece que: “La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente”.

Sobre la base de este principio se establecen los mecanismos de control de constitucional, que pueden ser de tres tipos: el control jurisdiccional o control difuso, el control concentrado y el control político<sup>462</sup>. El Perú ha optado por un sistema dual que admite dos modelos de control: el control difuso que tiene su origen en la *judicial review* norteamericana, y el control concentrado cuyo génesis se encuentra en el sistema austriaco propugnado por Hans Kelsen<sup>463</sup>.

---

<sup>462</sup> Sobre el particular ver: FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores). *La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*. Madrid: Dykinson, 1997, p. 73-81.

<sup>463</sup> Ver: KELSEN, Hans. “La garantie jurisdictionlle de la Constitution”, en. *Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Año XXXV, 1928, p. 197 y ss.

La Constitución Política del Perú atribuye al TC la facultad exclusiva de conocer de las acciones de inconstitucionalidad en única instancia (control concentrado)<sup>464</sup>, y al Poder Judicial la potestad de inaplicar aquellas normas de rango legal o inferiores que entren en conflicto con la Constitución (control difuso)<sup>465</sup>.

Como consecuencia también del principio de supremacía constitucional y su jerarquía normativa, al Poder Judicial también se le otorga la función de conocer las acciones populares, procesos constitucionales diseñados para el cuestionamiento de aquellas normas infralegales que entren en conflicto con los dispositivos de rango legal y con la Constitución<sup>466</sup>.

---

<sup>464</sup> **Constitución Política del Perú de 1993.**

**Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional**

Son garantías constitucionales:

(...)

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

**Artículo 202.-** Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

(...)

<sup>465</sup> **Constitución Política del Perú de 1993.**

**Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso**

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.

<sup>466</sup> **Constitución Política del Perú de 1993.**

**Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional**

Son garantías constitucionales:

(...)

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.

Así, el parámetro de control será, en primer orden, la norma suprema del ordenamiento, la Constitución, que como hemos podido apreciar anteriormente, contempla expresamente a la libre competencia como uno de los principios rectores del régimen económico nacional<sup>467</sup>. De este modo, el control normativo de constitucionalidad también se constituye como un mecanismo de defensa frente a la vulneración de la libre competencia.

Como ejemplo tenemos el proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley 27633. El TC analizó la constitucionalidad de aquella norma que disponía un beneficio temporal del 20% sobre la calificación técnica y económica a aquellos productos y servicios producidos en el territorio nacional, en el marco de los procedimientos de contrataciones y adquisiciones con el Estado. Esta disposición afectaba la competencia en estos procesos de selección pues beneficiaba a un grupo determinado de postores. Sin embargo, el TC declaró la constitucionalidad del referido dispositivo en base al test de razonabilidad, sustentando este beneficio en las obligaciones estatales de promoción del bienestar general y desarrollo de la Nación, la promoción del empleo y el estímulo a la creación de la riqueza nacional<sup>468</sup>.

Otro caso muy llamativo fue el proceso de inconstitucionalidad seguido contra el Decreto de Urgencia 140-2001, que permitía al Ministerio de Transportes y Comunicaciones establecer tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga. Este dispositivo afectaba la competencia dado que restringía la capacidad de los transportistas de poder competir en precios por debajo de dichas franjas mínimas, y también diluía la capacidad de los consumidores de influir en dicho aspecto. El Tribunal, efectuando siempre el test de razonabilidad, declaró la inconstitucionalidad de la norma por considerar que limitaba desmedidamente las libertades económicas de los agentes

---

<sup>467</sup> Ver nota a pie de página 252.

<sup>468</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004 (Exp. 018-2003-AI/TC).

en el mercado, en comparación con otras alternativas menos restrictivas que podrían solucionar el problema de la informalidad y baja calidad en la prestación del servicio, como la definición de estándares de calidad mínimos, revisiones técnicas de transportes, fiscalización tributaria, entre otras<sup>469</sup>.

Como se puede apreciar de estos dos casos emblemáticos, el TC ha utilizado el principio de libre competencia como parámetro de control normativo constitucional, atendiendo también –no obstante– a otros valores y principios constitucionales, a efectos de ponderar la razonabilidad de la restricción de la competencia. En este sentido, resulta lógico que esta metodología sea también utilizada por el Poder Judicial cuando tenga que aplicar el control difuso de constitucionalidad y cuando efectúe el control de legalidad en los procesos de acción popular. Ello si se considera que el TC ha estimado que el test de razonabilidad debe guiar toda actuación de los poderes públicos del Estado:

El test de razonabilidad es un análisis de proporcionalidad que está directamente vinculado con el valor superior justicia; constituye, por lo tanto, un parámetro indispensable de constitucionalidad para determinar la actuación de los poderes públicos, sobre todo cuando ésta afecta el ejercicio de los derechos fundamentales<sup>470</sup>.

Finalmente, debemos recordar que de acuerdo a la jurisprudencia del TC, el control difuso de constitucionalidad también puede ser realizado por tribunales administrativos, mediante la inaplicación de la norma inconstitucional al caso concreto<sup>471</sup>.

---

<sup>469</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003 (Exp. 0008-2003-AI/TC).

<sup>470</sup> Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005 (Expedientes acumulados 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC).

<sup>471</sup> Ver nota a pie de página 412.

## **B) El control de la actuación administrativa**

La Ley del Procedimiento Administrativo define el principio de legalidad en los siguientes términos:

### **Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo**

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

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.

En atención a este principio, la actuación de la Administración Pública se encuentra sujeta a las disposiciones contenidas en la Constitución y las leyes que regulan la función pública, lo que puede derivarse de los deberes constitucionales previstos en los artículos 38 y 45 de la Carta Magna:

**Artículo 38°.-** Todos los peruanos tienen el deber de honrar al Perú y de proteger los intereses nacionales, así como de respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la Nación.

**Artículo 45°.-** El poder del Estado emana del pueblo. Quienes lo ejercen lo hacen con las limitaciones y responsabilidades que la Constitución y las leyes establecen. (...)

Este deber impuesto a todas las actividades de las personas y órganos que ejercen una función pública es el que sustenta el control de la actuación administrativa mediante los mecanismos previstos para su revisión, que buscan, primordialmente, garantizar que la Administración Pública actúe con sujeción a los mandatos constitucional y legal correspondientes.

La primera manifestación de la revisión administrativa se encuentra en las vías recursivas administrativas que, de acuerdo con lo previsto en los artículos 109 y 206 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, permiten que un administrado contradiga lo dispuesto por una entidad pública en la medida que viole, desconozca o lesione su derecho o interés legítimo<sup>472</sup>.

Así, los recursos administrativos pueden definirse como los medios de protección que tiene un individuo (administrado) para impugnar los actos y hechos administrativos que lo afecten y para defender sus derechos frente a la Administración Pública<sup>473</sup>. En este sentido, el TC ha señalado que:

(...) la finalidad de la interposición de los recursos administrativos de impugnación consiste en darle la oportunidad a la propia Administración de revisar su actuación o reevaluarla y, en su caso, disponer el cese de la vulneración del derecho (...)<sup>474</sup>.

---

<sup>472</sup> **Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General**

**Artículo 109.- Facultad de contradicción administrativa**

109.1 Frente a un acto que supone que viola, afecta, desconoce o lesiona un derecho o un interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa en la forma prevista en esta Ley, para que sea revocado, modificado, anulado o sean suspendidos sus efectos.

(...)

**Artículo 206.- Facultad de contradicción**

206.1 Conforme a lo señalado en el Artículo 108, frente a un acto administrativo que se supone viola, desconoce o lesiona un derecho o interés legítimo, procede su contradicción en la vía administrativa mediante los recursos administrativos señalados en el artículo siguiente.

(...)

<sup>473</sup> Cf. GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998-2000, p. III-1.

<sup>474</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 200 (Exp. 1417-2005-AA/TC).



Sin perjuicio de los recursos administrativos que ampara la ley, el control por excelencia de la actuación administrativa está encomendado al Poder Judicial, encargado de revisar los actos y hechos materiales de la Administración Pública a través del proceso contencioso administrativo, conforme a lo señalado en la Constitución:

**Artículo 148°.-** Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa.

A través del recurso contencioso administrativo se controla, principalmente, que la Administración Pública desarrolle sus funciones conforme a ley, por lo que toda persona tendrá esta garantía de supervisión judicial frente a la actuación de las autoridades administrativas. Así, se reconoce que “el derecho de los ciudadanos a residenciar sus discrepancias con la Administración ante un Tribunal independiente es un derecho en verdad fundamental y básico (...)”<sup>475</sup>.

El artículo 1 de la Ley 27584, Ley del Proceso Contencioso Administrativo<sup>476</sup> define su objeto en los siguientes términos:

**Artículo 1.- Finalidad**

La acción contencioso administrativa prevista en el Artículo 148 de la Constitución Política tiene por finalidad el control jurídico por el Poder Judicial de las actuaciones de la administración pública sujetas al derecho administrativo y la efectiva tutela de los derechos e intereses de los administrados.

(...)

---

<sup>475</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos”, en: *Revista de Administración Pública* N° 42. 1963, p. 271.

<sup>476</sup> Mediante Decreto Supremo 013-2008-JUS se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo, modificado por el Decreto Legislativo 1067.

A partir del precepto normativo citado, la doctrina ha entendido que en el Perú se ha optado por un contencioso-administrativo subjetivo o de plena jurisdicción, bajo el cual, la evaluación judicial no se limita a determinar si la Administración actuó conforme a Derecho sino también si su actividad respeta los derechos fundamentales de los administrados<sup>477</sup>. Así, de conformidad con el artículo 5 de la Ley 27584, el administrado no sólo podrá plantear la nulidad de los actos administrativos impugnados sino también el reconocimiento o restablecimiento de un derecho o interés jurídicamente tutelados, la declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en un acto administrativo, y la emisión de un mandato a la Administración para realizar una determinada actuación a la que se encuentre obligada por imperio de la ley o en virtud de acto administrativo firme<sup>478</sup>.

Por otra parte, debe tenerse presente que la jurisdicción contencioso administrativa no se limita al control de los actos administrativos en sentido estricto, sino que abarca una serie de manifestaciones de la actuación administrativa como: el silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la Administración Pública; la actuación material que no se sustenta en un acto administrativo; la actuación material de ejecución de actos administrativos que trasgrede principios o normas del ordenamiento jurídico; determinadas actuaciones u omisiones de la Administración

---

<sup>477</sup> Cf. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. "El Proceso Contencioso-Administrativo: Un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto", en: *Revista Peruana de Jurisprudencia. Compendio Especializado*, Vol. N°1, Julio 2006, p. 25.

<sup>478</sup> **Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo**

**Artículo 5.- Pretensiones**

En el proceso contencioso administrativo podrán plantearse pretensiones con el objeto de obtener lo siguiente:

1. La declaración de nulidad, total o parcial o ineficacia de actos administrativos.
2. El reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés jurídicamente tutelado y la adopción de las medidas o actos necesarios para tales fines.
3. La declaración de contraria a derecho y el cese de una actuación material que no se sustente en acto administrativo.
4. Se ordene a la administración pública la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada por mandato de la ley o en virtud de acto administrativo firme.

Pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la Administración Pública; y, las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública<sup>479</sup>.

Es importante resaltar que el control jurisdiccional incluye la actuación material de la Administración Pública, es decir, las vías de hecho que carecen de cobertura jurídica formal (como un acto administrativo, por ejemplo)<sup>480</sup>, dado que, como hemos visto en el acápite III.1.B), en ocasiones las restricciones a la libre competencia provienen de actuaciones de hecho de funcionarios públicos.

En oposición, debe destacarse que el control de la Administración Pública únicamente alcanza al ejercicio de la función pública y no a aquellas actuaciones que pueden ser consideradas como “privadas”. Así, se señala que el proceso contencioso administrativo:

(...) se circunscribe al control de aquellas actuaciones efectuadas dentro de los parámetros del Derecho Administrativo. Si una entidad administrativa actúa como cualquier particular, sin hacer uso del ius imperium con el cual en principio cuenta para hacer efectivas las responsabilidades que en nombre del interés

---

<sup>479</sup> **Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo**

**Artículo 4.- Actuaciones impugnables**

Conforme a las previsiones de la presente Ley y cumpliendo los requisitos expresamente aplicables a cada caso, procede la demanda contra toda actuación realizada en ejercicio de potestades administrativas.

Son impugnables en este proceso las siguientes actuaciones administrativas:

1. Los actos administrativos y cualquier otra declaración administrativa.
2. El silencio administrativo, la inercia y cualquier otra omisión de la administración pública.
3. La actuación material que no se sustenta en acto administrativo.
4. La actuación material de ejecución de actos administrativos que transgrede principios o normas del ordenamiento jurídico.
5. Las actuaciones u omisiones de la administración pública respecto de la validez, eficacia, ejecución o interpretación de los contratos de la administración pública, con excepción de los casos en que es obligatorio o se decida, conforme a ley, someter a conciliación o arbitraje la controversia.
6. Las actuaciones administrativas sobre el personal dependiente al servicio de la administración pública.

<sup>480</sup> Cf. ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. Op. Cit., p. 30.

público o el interés general se tuvo a bien confiársele, no estaremos ante un tema que judicialmente se discuta en un proceso contencioso administrativo (...)<sup>481</sup>.

En suma, la función pública deberá someterse al principio de legalidad y la actuación administrativa será controlada al amparo de las vías recursivas previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General y las reglas de los procedimientos especiales de cada entidad pública y, en última instancia, por la jurisdicción contencioso administrativa.

De este modo, dado que la actuación administrativa debe respetar la Constitución y las leyes, nada impediría que, al amparo del artículo 61 de la Constitución, puedan evaluarse los actos administrativos que restrinjan irrazonablemente la competencia<sup>482</sup>. Empero, es probable que no se haya profundizado en esta posibilidad de control debido a la ausencia de una norma que imponga, de manera expresa y general a todas las entidades administrativas, un deber de respeto a la libre competencia sobre la base del cual pueda efectuarse un control de la legalidad y razonabilidad de los actos administrativos.

Sin embargo, este deber de respeto de la libre competencia puede ubicarse en algunas legislaciones especiales que regulan procedimientos administrativos particulares. Por ejemplo, encontramos este deber de manera específica en el artículo 4 del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCAE), exigible a todas las entidades de la Administración

---

<sup>481</sup> Ídem, p. 31.

<sup>482</sup> **Ley del Procedimiento Administrativo General**

**Artículo 10.- Causales de nulidad**

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.

(...)

Pública en el marco de los procedimientos de selección para contratar con el Estado:

#### **Artículo 4.- Principios que rigen las contrataciones**

Los procesos de contratación regulados por esta norma y su Reglamento se rigen por los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público:

(...)

c) Principio de Libre Concurrencia y Competencia: En los procesos de contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia, objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores.

El fundamento esencial de este principio-deber se encuentra en garantizar el uso más eficiente de los recursos públicos en las adquisiciones y contrataciones que realizan las entidades de la Administración Pública. Así, se busca que:

(...) la Administración se encuentre en capacidad de elegir al mejor postor mediante la competencia de éstos. Para ello se busca que las decisiones que adopte garanticen que en todo procedimiento concurren la mayor cantidad posible de postores, a fin de que exista una mayor base sobre la cual elegir y un mayor aprovechamiento de la mayor competencia generada<sup>483</sup>.

Adicionalmente, consideramos que la materialización de este principio es relevante por la fuerte influencia que pueden tener estos procedimientos en el mercado, esto es, las importantes ventajas que genera para una empresa lograr cubrir la demanda de productos y servicios de la Administración Pública. En tal sentido, se requiere también la competencia en este aspecto, pues de lo contrario, los procedimientos de adquisiciones y contrataciones del Estado serían un medio para favorecer indebidamente a algunos competidores en el mercado.

---

<sup>483</sup> BULLARD, Alfredo y Christian CHÁVEZ. "La carreta delante de los bueyes. El olvido de la competencia en los procesos de selección", en: *Themis* N° 56, Lima, 2008, p. 265.

Las restricciones a la competencia se pueden producir esencialmente en la fase inicial de los procedimientos de selección, esto es, en la elaboración de las Bases de los procedimientos, limitándose injustificadamente el acceso a tales concursos a determinados agentes económicos. Sin embargo, no se debe descartar la posibilidad de esta afectación a la competencia a lo largo de todo el procedimiento<sup>484</sup>.

Sobre el mencionado principio de concurrencia, Bullard y Chávez sostienen que éste sí se encontraría implícitamente recogido en el ordenamiento procedimental administrativo, a partir de su vinculación con los principios de eficacia, informalismo y verdad material, y entendiendo que los principios expuestos en la Ley del Procedimiento Administrativo General no son taxativos ni excluyentes<sup>485</sup>.

En resumen, los distintos integrantes de la Administración Pública tienen el deber de respetar la libre competencia en ejercicio de sus funciones públicas. El incumplimiento de este deber supone una infracción al principio de legalidad administrativo y puede ser controlado a través de los recursos administrativos previstos en la ley y por la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, es posible que esta práctica no sea generalizada debido a la ausencia de un deber de respeto o promoción de la libre competencia prevista en una norma legal de alcance transversal a toda la actuación administrativa.

### **C) El control de barreras burocráticas de acceso al mercado**

Mediante la legislación de defensa de la competencia se busca garantizar que los competidores no generen barreras artificiales que limiten, ineficientemente, el acceso o la subsistencia de la competencia en un mercado.

---

<sup>484</sup> Cf. MORÓN, Juan Carlos. "El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal", en: *Ius et Veritas* N° 30, 2005, p. 299-300.

<sup>485</sup> Cf. BULLARD, Alfredo y Christian CHÁVEZ. Op. Cit., p. 266-267.

Ahora bien, la afectación del acceso o la permanencia de competidores en el mercado no sólo se produce por la actuación de los agentes privados sino que, en muchos casos –probablemente la mayoría–, se genera por la actuación estatal que establece algunas limitaciones para el libre desarrollo de la actividad empresarial.

Estas limitaciones pueden tener su fundamento en la protección de bienes jurídicos de diversa índole, como por ejemplo, la salud, la educación, la organización territorial, la seguridad, entre otros.

Sin embargo, estas restricciones al libre desarrollo de actividades económicas no siempre cuentan con el asidero legal necesario, sea porque provienen de una entidad o funcionario público que carece de competencia para establecer estas regulaciones, o porque no existe un fundamento constitucional o legal que ampare una limitación concreta a la libertad de iniciativa privada en un contexto particular. Asimismo, aun cuando las regulaciones burocráticas tengan un fundamento legal, éstas también pueden resultar desproporcionadas confinando irracionalmente el desarrollo de alguna actividad económica.

Durante muchas décadas, en el Perú se padeció de un lento desarrollo de la economía producido, en gran parte, por la existencia de un gran número de disposiciones legales y reglamentarias o de actuaciones administrativas que restringían el avance de la actividad empresarial en el país.

Frente a esta realidad, en la década de los noventa se llevó a cabo en el Perú un proceso de reestructuración del modelo económico orientándose a garantizar el ejercicio de las libertades económicas de los particulares, como medio para conseguir el desarrollo económico del país. Así, dentro de una serie de reformas legislativas adoptadas durante dicho decenio, surgió también la preocupación por lograr la desregulación de ciertas actividades económicas y promover la simplificación administrativa. En buena cuenta, lo que se buscaba era eliminar

aquellas barreras que restringían ineficientemente las iniciativas privadas y, procurar con ello, el desarrollo del país.

En este contexto, mediante Decreto Ley 26116, se dispuso la creación de la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado (CASM), dentro del INDECOPI<sup>486</sup>, cuya estructura fue posteriormente modificada, separando las funciones vinculadas con el acceso al mercado de aquéllas que tenían por objetivo garantizar la salida ordenada de las empresas del mercado (procedimientos concursales). Así, mediante Decreto Legislativo 807 se creó la Comisión de Acceso al Mercado (CAM)<sup>487</sup>, cuya estructura se mantiene hasta la actualidad en que ha cambiado de denominación, llamándose Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB), de acuerdo con el Decreto Legislativo 1033.

La función de esta Comisión es la de identificar las barreras de origen estatal que restrinjan, de manera ilegal o irracional, el normal desarrollo de actividades económicas, es decir, las barreras que dificulten el acceso o el mantenimiento de actividades económicas.

Este análisis de la legalidad y racionalidad presenta la siguiente secuencia lógica<sup>488</sup>:

1. Análisis de la competencia de la entidad que ha impuesto la barrera burocrática para dictarla.

---

<sup>486</sup> Sobre los orígenes de la Comisión de Acceso al Mercado (actualmente, Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas) en el Perú, véase: ESAN. *Simplificación del Acceso de las Empresas al Mercado. Informe Final*. Lima: Proyecto de Análisis, Planeamiento y Ejecución de Políticas (PAPI), 1997.

<sup>487</sup> Se modificó el Decreto Ley 25868, Ley de Creación del INDECOPI, agregándose un párrafo adicional al Artículo 26, incorporándose el Artículo 26 BIS, donde se detallan las funciones de la CAM.

<sup>488</sup> Tomado de: CHUECA, José. "La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y su Contribución al Desarrollo Económico mediante la Eliminación de Barreras Burocráticas", en: *Derecho & Sociedad* N° 24, 2005, p. 172.



2. Respeto del procedimiento para la imposición de la barrera.
3. Relación entre la barrera burocrática y el interés público tutelado por la entidad.
4. Razonabilidad de la barrera burocrática respecto a la finalidad pretendida.
5. Análisis de proporcionalidad de la barrera, para dilucidar si constituye una de las opciones menos gravosas para los agentes económicos en relación a los fines perseguidos.

Esta metodología de análisis ha sido desarrollada en el Precedente de Observancia Obligatoria aprobado por la Sala mediante Resolución 182-97-TDC<sup>489</sup>, que incorpora el siguiente esquema:

---

<sup>489</sup> Precedente de Observancia Obligatoria aprobado mediante Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997, en el procedimiento seguido por Inversiones La Merced contra el Alcalde Provincial de Trujillo y la Municipalidad Provincial de Trujillo (Exp. 036-96-CAM). Dicha Resolución fue publicada el 20 de agosto de 1997 en el diario oficial "El Peruano":

"Para evaluar si aquellas exigencias impuestas por las entidades integrantes de la Administración Pública - incluso aquéllas del ámbito municipal o regional -, que no establecen tributos, constituyen barreras burocráticas que limitan ilegal o irracionalmente el libre acceso al mercado, se seguirán los criterios interpretativos descritos a continuación:

- En primer lugar, la Comisión - o la Sala en su caso - evaluará la legalidad de la medida administrativa cuestionada, con la finalidad de determinar si ésta ha respetado las formalidades y procedimientos establecidos por las normas aplicables al caso concreto y, asimismo, si encuadra dentro de las atribuciones y competencias conferidas a la autoridad correspondiente.

Para efectos del análisis de legalidad, cuando la exigencia cuestionada proviene de la aplicación de una norma jurídica expedida por alguna entidad integrante de la Administración Pública, la Comisión tiene el deber de valorar la legalidad de dicha norma a efectos de emitir un pronunciamiento para el caso concreto.

- En segundo término, se analizará la racionalidad de la exigencia impuesta, teniéndose en cuenta los siguientes aspectos:

a. El denunciante debe aportar elementos de juicio razonables acerca de la posible existencia de una barrera burocrática irracional que podría impedir u obstaculizar el acceso o la permanencia de los agentes económicos en el mercado, ya sea (i) porque establece tratamientos discriminatorios, (ii) porque carece de fundamentos (medidas arbitrarias) o (iii) porque resulta excesiva en relación a sus fines (medidas desproporcionadas).



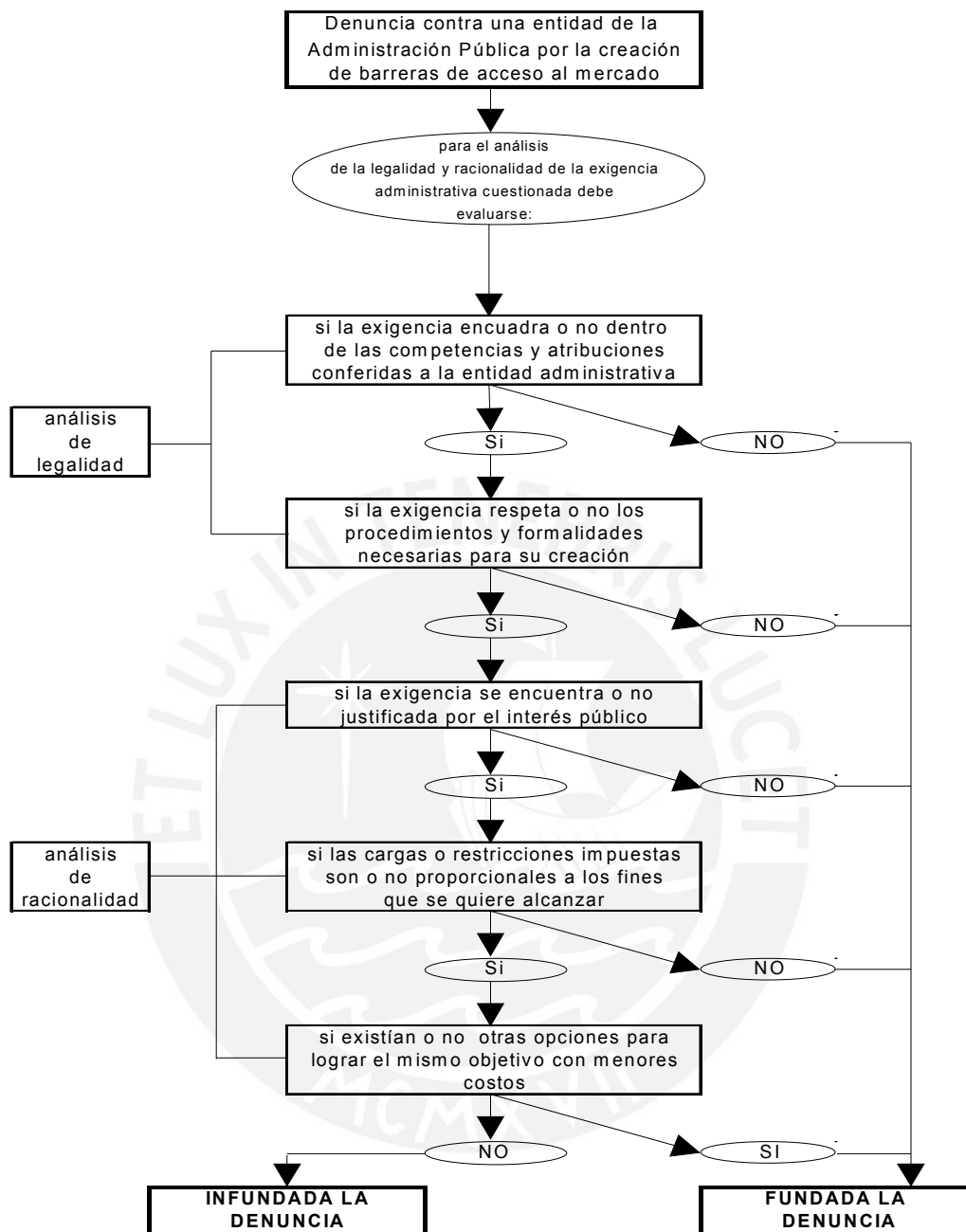
---

De existir indicios razonables acerca de la existencia de una barrera burocrática irracional, la Comisión requerirá a la autoridad administrativa para que acredite la racionalidad de la exigencia cuestionada.

b. En tal sentido, la entidad denunciada tiene la carga de probar ante la Comisión:

(i) El interés público que justificó la medida impugnada y los beneficios para la comunidad que se esperaban obtener con ella. (ii) Que las cargas o restricciones impuestas sobre los administrados eran adecuadas o razonables, teniendo en cuenta los fines que se pretendía alcanzar. (iii) Que existen elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión, en términos generales, que la exigencia cuestionada era una de las opciones menos gravosas para los interesados, en relación con las demás opciones existentes para lograr el fin previsto.

c. Sobre la base de los elementos de juicio aportados por la entidad denunciada, corresponde a la Comisión efectuar un balance de los costes privados que se derivan de la exigencia cuestionada, frente a los posibles beneficios públicos previstos, a fin de determinar la racionalidad de la medida (esto es, si se encontraba justificada, si era proporcional a los fines previstos y si no generaba tratos discriminatorios). Debe recordarse que, dado que las exigencias impuestas sobre los agentes económicos generan sobrecostos para el funcionamiento del mercado, corresponde a la entidad denunciada probar la racionalidad de las cargas o restricciones establecidas”.



La metodología de análisis de legalidad y racionalidad de barreras burocráticas ha sido precisada y perfeccionada con el desarrollo jurisprudencial de la CEB y de la Sala. No obstante, este test no ha estado exento de reparos, en particular, en lo que corresponde al análisis de racionalidad, puesto que impone un alto estándar exigible a las autoridades administrativas encargadas de diseñar las políticas regulatorias,

en las que se encuentran los límites o requisitos que deben cumplir los agentes económicos para el desarrollo de sus actividades.

Un caso para destacar la complejidad del análisis de racionalidad o razonabilidad de las barreras burocráticas es el seguido por la Federación de Transportistas en Vehículos Menores del distrito de El Agustino contra su Municipalidad Distrital, por la emisión de la Ordenanza Municipal que restringía el número máximo de unidades vehiculares menores dedicadas al transporte público con las que cada persona jurídica podía contar. En dicho caso, si bien la Sala reconoció la existencia de un interés público consistente en evitar la saturación vial, concluyó por otro lado que dicha medida municipal no era idónea para alcanzar dicho fin, puesto que el número de unidades vehiculares en el distrito no se vería reducido si se incrementaba el número de personas jurídicas que podían obtener autorización para prestar este servicio. Además, la Sala estimó que la Municipalidad no había hecho un adecuado análisis costo-beneficio que refleje la proporcionalidad de la medida, ni se habían evaluado otras opciones menos gravosas para evitar la saturación vehicular como la habilitación de nuevos tramos viales o la imposición de tasas a los agentes que generen congestión vehicular<sup>490</sup>.

En el referido caso, hubo dos votos discordantes emitidos por los vocales Ferrero Diez Canseco y Tapia Cano. El primero de los mencionados argumentaba, entre otras cosas, que la restricción municipal sí cumplía con el requisito de idoneidad al contribuir parcialmente a mitigar el problema de la saturación vial, concluyendo que la declaración de irracionalidad de tal medida dificultaría la iniciativa regulatoria adoptada por la Municipalidad. En un sentido similar, el vocal Tapia sostenía la razonabilidad de la medida cuestionada, que podría ser perfeccionada con el tiempo, evitando exigir una respuesta definitiva a la Municipalidad en torno a un

---

<sup>490</sup> Resolución 1458-2009/SC1-INDECOPI del 9 de diciembre de 2009, en el procedimiento seguido por la Federación de Transportistas en Vehículos Menores del Distrito de El Agustino contra la Municipalidad Distrital de El Agustino (Exp. 000137-2008/CEB-INDECOPI).

problema complejo como el de la saturación vial. Estos distintos criterios seguidos al interior de la propia Sala evidencian las dificultades que pueden enfrentar la CEB o la Sala, en torno a la rigurosidad de la evaluación de la razonabilidad de las barreras burocráticas.

Sin perjuicio de lo señalado, la función atribuida a la CEB supone el cumplimiento de un rol promotor, en un primer momento, y luego, asegurador del objetivo de desregulación y promoción de la inversión privada y desarrollo económico, por el que optó el Estado peruano a partir de la década de los noventa.

Al momento de su creación, se buscaba que la CEB garantice el libre acceso al mercado de los agentes económicos privados, y ello se puso de manifiesto al encargarle el cumplimiento de diversas disposiciones normativas vinculadas, como son el Decreto Legislativo 668, Ley sobre Garantías de Comercio Interior y Exterior; el Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; el artículo 61 del Decreto Legislativo 776, Ley de Tributación Municipal; y, la Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa<sup>491</sup>.

En la actualidad, también se ha encomendado a la CEB garantizar el cumplimiento de algunas otras normas, concernientes siempre al respeto de medidas de simplificación administrativa y de facilitación de la libre iniciativa privada, como es el caso del Decreto Legislativo 1014, que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura; la Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento; la Ley 29022, Ley para la expansión de infraestructura en Telecomunicaciones; y, el Decreto Legislativo 1059, Ley General de Sanidad Agraria.

Pese a que la labor de la CEB ha sido cada vez más relevante y expansiva para procurar el control y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales,

---

<sup>491</sup> Actualmente, las disposiciones sobre Ley de Simplificación Administrativa y la parte pertinente del Decreto Legislativo 757 han sido sustituidas por la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

su competencia ha variado con el tiempo y en función al dispositivo normativo en el que se encontraba la barrera burocrática identificada.

En un inicio, la CEB tenía competencia para “eliminar” las barreras burocráticas a través de su solo pronunciamiento, el cual determinaba la ilegalidad o irracionalidad de la barrera, sin perjuicio de las sanciones y multas que se impusieran a los funcionarios que la originaran. La ambigüedad del término “eliminar” podía hacer suponer que los efectos del pronunciamiento de la CEB podrían tener alcances generales, a modo de una derogación en el caso de normas.

Esta competencia inicial fue reducida por el Decreto Legislativo 807, que establecía que en caso la barrera haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la CEB no ordenaría su derogatoria o inaplicación ni podría imponer sanciones a los funcionarios públicos responsables. En estos casos, el pronunciamiento de la CEB se realizaría través de un informe elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan. Adicionalmente, mediante Ley 28032 se restringió, una vez más, la competencia de la CEB, esta vez respecto de los casos en que la barrera burocrática se encontrara contemplada en una norma municipal o regional de carácter general. En estos casos, la CEB también presentaría un informe al Concejo Municipal o al Consejo Regional, según corresponda, para que resuelva si mantener o modificar la barrera impuesta en un plazo de 30 (treinta) días.

Luego de unos años, mediante Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, el Congreso otorgó nuevamente a la CEB la posibilidad de inaplicar las barreras burocráticas en un caso concreto aun cuando éstas hayan sido establecidas por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general. Asimismo, se facultó a la CEB para interponer una demanda de acción popular contra las barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, declaradas ilegales o irracionales,

en el marco de un procedimiento iniciado de oficio, con el propósito de lograr su modificación o derogación. Con el mismo objetivo, se facultó a la CEB para acudir a la Defensoría del Pueblo para que esta última interponga una demanda de inconstitucionalidad contra las barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley.

La evolución de las potestades de la CEB nos permite comprender bien la naturaleza de su función y las dificultades que su ejercicio presenta. La actuación de la CEB consiste en controlar la actuación de las entidades de la Administración Pública que pueda tener incidencia sobre el acceso y mantenimiento de los competidores en el mercado. Este control, como es fácil de intuir, puede generar el cuestionamiento e incluso la oposición de las entidades y funcionarios controlados.

En efecto, estamos ante un órgano resolutorio al interior de un Organismo Público Descentralizado (INDECOPI), adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que puede controlar a diversos organismos de la Administración Pública del más alto nivel como los Ministerios, la propia Presidencia del Consejo de Ministros e incluso los Concejos Municipales y Regionales. Además, la CEB no sólo llega a convertirse en una suerte de instancia adicional de revisión de los diversos órganos de la Administración Pública, sino que también puede imponer sanciones a los funcionarios públicos responsables por el establecimiento de barreras burocráticas ilegales o irracionales de acceso al mercado.

El caso particular de la CEB y el amplio alcance de sus potestades ha generado que ciertas entidades públicas cuestionen la competencia de la CEB para pronunciarse respecto de sus actuaciones.

Así, por ejemplo, tenemos el caso de la Municipalidad Metropolitana de Lima, que en atención a la promulgación de la Ley 28996, emitió la Ordenanza 1022, que declaró que:

Los pronunciamientos que emita la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi, en ejercicio de la facultad regulada en la Ley N° 28996, alcanzan a todas las normas municipales, a excepción de las Ordenanzas Municipales que cuentan con rango de ley.

En dicho caso, las Ordenanzas Municipales gozan de la presunción de legalidad y se mantienen vigentes hasta su derogación por la propia Municipalidad o la emisión de un pronunciamiento firme del Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional que disponga su inaplicación, total o parcial, respecto de un caso concreto o para la generalidad de los contribuyentes y/o administrados, según los mecanismos establecidos en la Constitución.

Siguiendo el ejemplo de la comuna provincial limeña, la Municipalidad Distrital de Carabayllo emitió la Ordenanza 125-A-MDC que dispuso que la citada Ordenanza 1022 fuera aplicable también en la jurisdicción de su distrito.

Aun cuando ha habido algunas críticas a este intento por parte de la Municipalidad Metropolitana de Lima de eximirse del control de barreras burocráticas a cargo de la CEB<sup>492</sup>, este asunto será finalmente resuelto por el TC, con ocasión de la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el Alcalde de la Municipalidad Metropolitana de Lima contra el artículo 3 de la Ley 28996, a fin de que, en lo sucesivo, la CEB se inhiba de pronunciarse sobre la constitucionalidad de sus ordenanzas municipales<sup>493</sup>.

No obstante, la Ordenanza y demanda comentadas no son los primeros intentos de dicha Municipalidad para sustraerse del control de la CEB. En efecto, en el año 1997, el Concejo Municipal de Lima emitió la Ordenanza 121-97-MML, por la que declaraba que el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 (que en aquel entonces

---

<sup>492</sup> Ver GÓMEZ, Hugo. “¿Puede una Municipalidad eludir el control de la Comisión de Acceso al Mercado?”, en: *Revista de Derecho y Economía*. Invierno 2007, p. 85-94.

<sup>493</sup> Demanda del 7 de mayo de 2009, admitida a trámite mediante Resolución del Tribunal Constitucional del 11 de mayo de 2009 (Exp. N.° 00014-2009-PI/TC).



facultaba a la CEB a inaplicar las barreras burocráticas contenidas en Ordenanzas Municipales) no resultaba aplicable a los actos de la Administración Pública del ámbito municipal en la provincia de Lima.

Los casos de los Concejos Municipales de Lima y Carabaylo nos muestran la tensión constante a la que se enfrenta la CEB cuando, en ejercicio de sus funciones, pretende limitar la actuación de entidades públicas que imponen barreras ilegales o irracionales de acceso al mercado. Así, la labor de la CEB puede generar la resistencia de algunas entidades o funcionarios que no admiten someterse al control de un órgano administrativo que no se encuentra en una posición de superioridad jerárquica dentro de su estructura organizativa.

Por otra parte, también se han encontrado reacciones negativas en torno a las potestades de la CEB con miras a la eliminación, con carácter general y a futuro, de las normas legales que contienen restricciones al acceso y mantenimiento en el mercado.

Así, la Defensoría del Pueblo ha interpuesto una demanda de inconstitucionalidad<sup>494</sup> contra el artículo 3 de la Ley 28996, que dispone que la CEB acuda a la Defensoría del Pueblo para interponer acciones de inconstitucionalidad contra las barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley<sup>495</sup>. Este organismo ha argumentado que esta disposición

---

<sup>494</sup> Ver demanda de inconstitucionalidad de la Defensoría del Pueblo del 19 de setiembre de 2008, disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/docum-defensoriales.php> (página web visitada el 30 de agosto de 2009).

<sup>495</sup> **Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada**

**Artículo 3°.- Modificación del artículo 48° de la Ley N° 27444**

Modifícanse el segundo, tercer y cuarto párrafos del artículo 48° de la Ley N° 27444, de conformidad con la siguiente redacción:

“Artículo 48°.- Cumplimiento de las normas del presente capítulo

(...)

Asimismo, tratándose de procedimientos iniciados de oficio por la Comisión de Acceso al Mercado, el INDECOPI podrá interponer la demanda de acción popular contra barreras burocráticas contenidas en decretos

implicaría una intromisión en su autonomía reconocida como organismo constitucionalmente autónomo en la Constitución Política del Perú<sup>496</sup>.

El panorama de posibles tensiones se agudiza cuando la actividad controlada corresponde a los gobiernos regionales y locales, donde se ha constatado que se encuentra la mayor parte de barreras burocráticas de acceso y permanencia en el mercado. (Ver Gráficos N° 1, 2, 3 y 4, en el acápite IV.2.A)

En atención a esta situación es que surgió la preocupación legislativa que motivó la emisión de la Ley 28996 que restituyó las potestades de la CEB para la inaplicación, al caso concreto, de la barrera burocrática ilegal o irracional que se encuentre contenida en una ordenanza regional o municipal.

Como regla general, la CEB no tiene potestades para pronunciarse sobre barreras de acceso al mercado que se encuentren recogidas en una ley, un decreto legislativo o decreto de urgencia, es decir, en normas con rango de ley. Sin embargo, sí se le otorga competencia para el control de aquellas barreras de alcance regional o municipal, con prescindencia de su jerarquía normativa.

Además de los problemas que ha tenido que enfrentar la CEB como consecuencia de las distintas entidades administrativas cuya actividad debe controlar, han surgido también cuestionamientos a la compatibilidad de sus potestades con el régimen de control jurisdiccional de actos y normas y previstos previsto en la Constitución Política del Perú.

Desde el origen de la CEB se cuestionaba el hecho de que este órgano tuviera competencia para “inaplicar” las barreras burocráticas. La inaplicación consistía en

---

supremos, a fin de lograr su modificación o derogación y, con el mismo propósito, acudir a la Defensoría del Pueblo para que se interponga la demanda de inconstitucionalidad contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley.

<sup>496</sup> Artículos 161, 162 y 203 de la Constitución Política del Perú.

que la CEB declarara que alguna barrera burocrática, es decir, alguna exigencia, requisito o limitación para el ejercicio de una actividad económica, no fuera exigible para el caso concreto de un administrado (el que denunciaba la barrera). Y, dado que esta barrera se deriva de alguna actuación de una entidad pública como un acto administrativo o una norma de alcance general, la inaplicación supondría dejar de lado esta actuación estatal.

Así, se cuestionaba que la referida potestad de inaplicación por parte de la CEB implicara –en los casos en que las barreras burocráticas se deriven de alguna norma– una suerte de control difuso por parte de un órgano de la Administración Pública<sup>497</sup>, tarea que se encontraba reservada para el Poder Judicial, de acuerdo a lo previsto en el artículo 138 de la Constitución<sup>498</sup>.

Actualmente, a la luz de un precedente de observancia obligatoria del TC, este cuestionamiento de índole constitucional quedaría sin asidero, toda vez que el máximo intérprete de la Constitución ha admitido la posibilidad del control difuso de constitucionalidad de normas, por parte de tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública<sup>499</sup>.

Por otra parte, también se puede cuestionar la potestad de inaplicar barreras burocráticas contenidas en actos administrativos o actuaciones materiales de la Administración Pública, debido a que conllevaría, en la práctica, a una suerte de

---

<sup>497</sup> Cf. QUIROGA, Aníbal. “El Control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPÍ”, en: *Derecho PUCP* N° 51. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997, p. 323 - 352.

<sup>498</sup> Ver nota a pie de página 465.

<sup>499</sup> Nos referimos a la Sentencia del TC, recaída en el Exp. N.º 3741-2004-AA/TC, que en una de las reglas sustanciales establecidas como precedente señala que: “Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. (...)”.

revisión similar al que llevan a cabo los órganos administrativos encargados de conocer en instancias recursivas estas actuaciones públicas, y al control jurisdiccional encargado a la judicatura especializada en lo contencioso administrativo<sup>500</sup>.

En este sentido, si existen ya vías recursivas para controlar la actuación de las diversas entidades y funcionarios que conforman la Administración Pública, cabría preguntarse por qué es necesario que exista un órgano especializado que también revise esta actuación pública. Así, aunque la labor que realiza la CEB se limita al control sobre las barreras que pudieran limitar el acceso o mantenimiento de una empresa en el mercado, sus funciones podrían quedar subsumidas en el control que realizan los órganos administrativos cuando existen vías recursivas previstas en la ley, y en especial, la revisión que se realiza a través del proceso contencioso administrativo.

Lo mismo se podría decir respecto de las barreras burocráticas que se encuentran contenidas en normas de rango legal (ordenanzas regionales y municipales) o infralegal, dado que este control puede ser realizado por los jueces y tribunales especializados en lo contencioso administrativo e incluso por los tribunales administrativos de revisión, según la jurisprudencia del TC. Ello, si se tiene en cuenta que el principio de libre competencia tiene soporte constitucional en el artículo 61 de la Constitución y, como hemos visto, este principio junto con el de libertad de empresa incluyen el derecho de acceso al mercado<sup>501</sup>.

---

<sup>500</sup> Ver nota a pie de página 479.

<sup>501</sup> “(...) el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipo de libertades<sup>1</sup>, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho.

- 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, tema que será materia de un mayor análisis infra.
- 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).

Adicionalmente, la Ley 28996 no termina por clarificar el panorama de los efectos de los pronunciamientos de la CEB. Como regla general, la CEB podría inaplicar la barrera burocrática al caso concreto, incluyendo aquellos supuestos en los que la barrera burocrática surja de un decreto supremo, resolución ministerial o norma municipal o regional de carácter general. Si se trata de un procedimiento de oficio, podrá iniciar una acción popular o requerir a la Defensoría del Pueblo la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, según corresponda.

Sin embargo, no es unívoco el alcance de los efectos del pronunciamiento de la CEB respecto de las barreras burocráticas previstas en normas distintas de las citadas en el párrafo anterior. En efecto, la Ley 28996 no precisa si el pronunciamiento de la CEB por el que se “elimina” una barrera burocrática puede tener un efecto general, esto es, expulsar la barrera burocrática del ordenamiento, o si éste se limita únicamente al caso concreto.

Admitir que el pronunciamiento de la CEB tenga efectos generales permitiría una mayor efectividad de su labor y predictibilidad para los administrados; sin embargo, su constitucionalidad podría ser objetable, puesto que la Constitución únicamente prevé dos mecanismos para expulsar (aun de manera parcial) una norma del ordenamiento, los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular.

Volviendo al procedimiento de análisis o test de legalidad y racionalidad que efectúa la CEB, podemos advertir que el razonamiento propuesto es bastante similar a aquél que realiza regularmente el TC cuando evalúa la razonabilidad de ciertas

- 
- En tercer lugar, está la libertad de competencia.
  - 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”.

Fundamento Jurídico 13 de la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio de 2005 (Exp. 3330-2004-AA/TC).

afectaciones a derechos constitucionales<sup>502</sup>. En este sentido, podemos argumentar que la labor que realiza la CEB es similar al control de constitucionalidad que puede efectuar el TC o el Poder Judicial de disposiciones normativas y actos, con la salvedad de que el control que realiza la CEB se encuentra restringido a la afectación del derecho de acceso al mercado que, como hemos advertido, podría ser considerado como una expresión de la libertad de empresa y de la libertad de competencia.

Los diversos cuestionamientos que hemos estudiado, la mayoría de los cuales tienden a disputar las potestades de la CEB por razón de la duplicidad de sus funciones respecto de otros órganos administrativos o jurisdiccionales, ha generado que la propia CEB y la Sala hayan tenido que autolimitar su función para diferenciarla de aquélla que realiza la jurisdicción contencioso administrativa y la jurisdicción constitucional concentrada (TC) y desconcentrada (Poder Judicial) en relación con el control de actos administrativos y el control normativo de legalidad y constitucionalidad.

Así, en primer lugar, la CEB y la Sala han delimitado los alcances de su función de control, a partir de la definición del concepto de “barrera burocrática”. En este contexto, la CEB ha precisado que:

(...) para que una exigencia o cobro sea considerado como barrera burocrática, debe ser exigido por las entidades de la Administración Pública en el marco de su función de *ius imperium* o imperio. Sobre el particular, debemos precisar que las facultades de *ius imperium* o imperio, constituyen el conjunto de potestades o poderes públicos ejercidos por el Estado en su condición de autoridad y que, en

---

<sup>502</sup> Sobre los principios de proporcionalidad y razonabilidad utilizados por el TC, puede verse: RUBIO, Marcial. *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p. 239 - 259.

tal sentido, resultan de ineludible cumplimiento para el ejercicio de derechos por los administrados<sup>503</sup>.

De este modo, los elementos preponderantes para la calificación de una barrera burocrática serían: (i) el ejercicio de facultades de *ius imperium*, y (ii) la existencia de una exigencia, cobro o prohibición para el ejercicio de una actividad económica. A partir de estos factores, es que la CEB y la Sala intentarían delimitar, en un primer momento, el alcance de sus actividades de control.

Así, por ejemplo, la Sala habría descartado la posibilidad de revisar los **contratos celebrados por la Administración Pública** cuando éstos no reflejen el ejercicio de una función pública. Ello sucedió en el marco de un procedimiento seguido contra la Municipalidad Metropolitana de Lima por la concesión a una empresa (Lidercon) – en exclusividad– del servicio de revisiones técnicas vehiculares.

En este caso se discutía si la exclusividad configuraba realmente una barrera de naturaleza burocrática puesto que dicha condición estaba contemplada en el Contrato de Concesión celebrado entre la Municipalidad y el concesionario. Finalmente, la CEB y la Sala consideraron que sí se trataba de una barrera burocrática, pero recogida en las Ordenanzas Municipales que establecían que el régimen de la concesión estaría previsto en el Contrato de Concesión que otorgaba la exclusividad<sup>504</sup>.

Lo importante es que aparentemente la CEB y la Sala considerarían que las disposiciones recogidas en un Contrato de Concesión, por sí solas, no constituirían

---

<sup>503</sup> Resolución 0131-2005/CAM-INDECOPI del 16 de agosto de 2005, en el procedimiento seguido por el señor Paul Flavio Graf Málaga contra la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (Exp. 000029-2005/CAM).

<sup>504</sup> Resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI del 24 de enero de 2008, confirmada por Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2008, en el procedimiento seguido de oficio contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (Exp. 000101-2007/CAM).

manifestaciones de una potestad pública y, por consiguiente, no podrían calificar como barreras burocráticas. No obstante, la Sala admite que podría haber contratos celebrados por la Administración Pública en los cuales sí habría un ejercicio de facultades de *ius imperium*, aunque lo hace sin precisar los tipos de contratos en los que se presentaría dicha condición:

(...) la Comisión solo resulta competente para analizar los actos o disposiciones emitidos en el ejercicio de facultades de imperio (*ius imperium*), como, por ejemplo, a través del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esto deja de lado la posibilidad de pronunciarse respecto de contratos celebrados por las entidades de la Administración Pública en los que no se ejerce dicha facultad, en los que el Estado se encuentra en una situación equiparable a la de cualquier particular que adquiere bienes o contrata servicios, por ejemplo, mediante el alquiler de un inmueble de propiedad estatal<sup>505</sup>.

Aun cuando la calificación de los contratos que celebra la Administración Pública como posibles barreras burocráticas no parece del todo resuelta, sí resulta interesante esta distinción a efectos de dilucidar las competencias respectivas de la CEB y de la CLC. En efecto, si un contrato de la Administración Pública fuera considerado como una expresión del *ius imperium* del Estado, entonces dicho contrato podría calificar como una barrera burocrática y su legalidad y racionalidad ser sometida a evaluación por parte de la CEB. En cambio, si el mismo contrato calificara como una actuación privada del Estado, la CEB, en principio, no tendría competencia para evaluar las restricciones que establecieran este contrato, sino que, en todo caso, podría ser objeto de evaluación por la CLC, si se considerara que el contrato restringe indebidamente la competencia, para lo cual tendría que evaluarse, entre otros aspectos, el poder de mercado de los agentes involucrados en el contrato y su capacidad para afectar el proceso competitivo.

---

<sup>505</sup> Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2008, en el procedimiento seguido de oficio contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (Exp. 000101-2007/CAM).



Un contrato de la Administración Pública de naturaleza privada, por definición, no podría considerarse una manifestación del *ius imperium* estatal y, en tal medida, no sería vinculante para terceros (distintos de los celebrantes), como sí podría serlo una norma de orden público. Sin embargo, si en virtud de este contrato de naturaleza privada, una entidad pública establece restricciones al ejercicio de las actividades económicas de los particulares, esta última actuación sí podría calificar como un ejercicio del *ius imperium* y ser considerada como una barrera burocrática sujeta a evaluación de la CEB. Por ejemplo, modificando y extendiendo hipotéticamente el caso de la concesión exclusiva del servicio de revisiones técnicas en virtud del contrato suscrito entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y Lidercon, si se considerara que este contrato es de naturaleza privada, en principio, no habría ninguna restricción pública al ejercicio de esta actividad económica. No obstante, si una tercera empresa deseara prestar también el servicio de revisiones técnicas y la Municipalidad se lo impidiera, denegándole la autorización municipal para ello, esta acción restrictiva sí podría configurar una barrera burocrática.

Precisamente, el caso descrito líneas arriba fue materia de evaluación por la CEB. Una empresa solicitó la autorización al Ministerio de Transportes y Comunicaciones para prestar el servicio de inspecciones técnicas vehiculares en el distrito de San Miguel, departamento de Lima. Sin embargo, dicha solicitud fue denegada en atención al contrato de concesión suscrito entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y Lidercon que otorgaba a esta última la exclusividad para desarrollar dicha actividad. Frente a ello, la CEB declaró que esta negativa del MTC constituía una barrera burocrática ilegal de acceso al mercado.

Las consecuencias de la distinta calificación (pública o privada) que puede tener un contrato de la Administración Pública no son sólo de orden jurídico, sino también de importante relevancia económica. En caso que estos contratos sean considerados privados, la posibilidad de controlarlos sería menor (únicamente en la medida que restrinjan sensiblemente la competencia) y su afectación respecto de otros

operadores económicos podría ser considerable. Sin perjuicio del caso descrito en el párrafo anterior, en el que una empresa privada decidió ingresar al mercado pese a que la entidad pública autorizante había celebrado o validado un contrato de exclusividad con otra empresa, normalmente, un agente económico se vería desincentivado de apostar por entrar a un mercado en estas condiciones, aun cuando pudiera alegar que el referido contrato de exclusividad no le resulta oponible, considerando la inseguridad jurídica que enfrentaría su inversión en un mercado en el que no podría competir por decisión estatal.

El caso de los contratos de la Administración Pública revela, pues, la importancia de la necesidad de controlar las actuaciones públicas que afecten directamente las iniciativas empresariales privadas e, indirectamente, el proceso competitivo; y la relevancia que puede tener la intervención de la CEB en estos espacios. Cabe señalar finalmente sobre este asunto que hay quienes sostienen que la CEB sí se encuentra facultada para conocer de barreras burocráticas contenidas en los contratos de la Administración Pública, sobre la base de lo previsto en el artículo 34 del Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPÍ<sup>506</sup>,

---

<sup>506</sup> **Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPÍ**

**Artículo 34.- Desconcentración de competencias.-**

34.1 El Consejo Directivo podrá desconcentrar las competencias de las Comisiones de Eliminación de Barreras Burocráticas, de Defensa de la Libre Competencia, de Fiscalización de la Competencia Desleal, de Protección al Consumidor y de Procedimientos Concursales en las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPÍ que constituya para tal efecto.

34.2 A las Comisiones desconcentradas de las Oficinas Regionales se les aplican las mismas disposiciones legales aplicables a las Comisiones de la sede central.

Tratándose de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la desconcentración de sus competencias abarcará a los actos, contratos y disposiciones de alcance general emanados de los órganos o entidades de la Administración Pública dependientes del Gobierno Regional o Local que se encuentren dentro de la respectiva circunscripción territorial de competencia de la Comisión desconcentrada de la Oficina Regional correspondiente. (...)

(subrayado añadido)

que incluye a los contratos junto con los actos y disposiciones de carácter general dentro de los objetos de control por parte de la CEB<sup>507</sup>.

De otro lado, y retomando el asunto de las materias sujetas al control de la CEB, al relacionar el concepto de barrera burocrática con las actuaciones públicas que consistan en algún tipo de exigencia, requerimiento o prohibición, es decir, actuaciones positivas, se concluye que la CEB no podrá revisar todo tipo de barreras burocráticas que puedan afectar el desarrollo de una actividad económica. En este sentido, la Sala ha declarado que la **omisión de funciones** no constituye un supuesto de barrera burocrática. Así, la Sala consideró en un caso concreto que el incumplimiento por parte de una entidad estatal de la obligación de difundir en su página web determinada información pública, no constituía una exigencia y, en tal medida, tampoco una barrera burocrática sometida al control de la CEB:

(...) la imposición de una barrera burocrática implica una actuación por parte de la administración pública materializada en actos o disposiciones que constituyan exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas.

En este caso particular, la municipalidad no ha cumplido con una obligación, inobservando el mandato contenido en el artículo 16 de la Ley Marco de Licencia de Funcionamiento. Sin embargo, acorde a lo expuesto anteriormente, tal incumplimiento no es susceptible de ser calificado como una barrera burocrática<sup>508</sup>.

Del mismo modo, la CEB también ha excluido de su ámbito de control a los **hechos administrativos**, esto es, la actuación material de la Administración Pública. Así,

---

<sup>507</sup> Cf. GÓMEZ, Hugo. "Nuevos desafíos para la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI: Los Monopolios Legales sustentados en Contratos de Concesión", en: *Revista de Derecho de la Competencia y Protección de la Industrial* N° 8, Otoño 2009, p. 50-52.

<sup>508</sup> Resolución 0146-2009/SC1-INDECOPI del 14 de abril de 2009, en el procedimiento iniciado de oficio contra la Municipalidad Distrital de Miraflores (Exp. 098-2008/CEB).

con ocasión de la denuncia interpuesta por el Instituto Superior Pedagógico Privado “CIMA” contra el Ministerio de Educación, en la que cuestionaba que la venta de los formatos oficiales para la obtención de Títulos de Profesores se realizara solamente en la sede del Ministerio en Lima y no en las sedes regionales, la CEB consideró que no era competente para conocer dicho cuestionamiento puesto que se trataba de una actuación material o hecho administrativo. En tal medida, únicamente podría controlar las barreras burocráticas contenidas en actos administrativos o disposiciones normativas, aun cuando los hechos administrativos produzcan los mismos efectos que las otras actuaciones administrativas mencionadas<sup>509</sup>.

Para la CEB y la Sala tampoco puede encontrarse la existencia de exigencias (barreras burocráticas) en la sola imposición de sanciones. En tal sentido, también se han abstenido de conocer aquellos casos en los que la pretensión del denunciante sea únicamente la de revisar los pronunciamientos de las autoridades administrativas sectoriales que han impuesto **sanciones administrativas**. Así, ha sido reiterado pronunciamiento del INDECOPI el considerar que:

Aunque el pago de una multa elevada podría eventualmente tener efectos en el mantenimiento de una empresa en el mercado, ello no constituye en sí mismo una barrera burocrática, debido a que en estos casos dicha situación, esto es, la aplicación de una sanción pecuniaria se genera por un incumplimiento de las obligaciones establecidas en la legislación por parte del administrado y no por una exigencia directa de la Administración para que ésta pueda desarrollar actividades económicas (...)

Cabe precisar que la evaluación de un acto o disposición de la Administración Pública, no puede implicar el desconocimiento de funciones de supervisión y control a cargo de las autoridades administrativas sectoriales y colocar a la Comisión como instancia de revisión de las sanciones aplicadas, pues ello supondría una invasión de las funciones asignadas legalmente a cada sector y

---

<sup>509</sup> Resolución 04-CAM-INDECOPI/EXP-000016-2002 del 28 de noviembre del 2002, en el procedimiento seguido por Instituto Superior Pedagógico Privado “CIMA” contra el Ministerio de Educación (Exp. 000016-2002/CAM).

cuyo ejercicio involucra recursos especializados, que no son propios de la autoridad de competencia<sup>510</sup>.

Esta línea de razonamiento ha sido posteriormente matizada por la propia Sala y la CEB, de modo tal que no en cualquier caso que involucre una sanción administrativa serán incompetentes. En efecto, la Sala ha diferenciado dos tipos de casos: (i) cuando el denunciante cuestiona una multa alegando no haber realizado la conducta infractora o que su conducta no sería sancionable; y, (ii) cuando el denunciante cuestiona una sanción que conlleva la exigencia de una disposición que califica como barrera burocrática ilegal o irrazonable. Según la Sala, en este segundo supuesto, la CEB sí es competente para evaluar la legalidad y la razonabilidad de la barrera que sirvió de fundamento para la imposición de la sanción y, consecuentemente, también para ordenar en dicho caso que una sanción no sea exigida<sup>511</sup>.

Con esta diferenciación, la Sala persigue que la CEB no decline de su función de conocer exigencias que puedan ser ilegales o irracionales para el desarrollo de actividades económicas, y que frecuentemente pueden ponerse de manifiesto recién en el marco de un procedimiento administrativo sancionador en el que se evalúe el cumplimiento de tales requisitos. Sin embargo, la Sala cuida al mismo tiempo de no extralimitar su tarea de modo tal que el procedimiento de control de barreras burocráticas ante la CEB no se convierta en una nueva instancia para revisar las decisiones de las autoridades administrativas.

En efecto, un caso en el que tradicionalmente el INDECOPI ha autolimitado su potestad de control de barreras burocráticas se da cuando el cuestionamiento de un

---

<sup>510</sup> Resolución 1823-2006/TDC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2006, en el procedimiento seguido por Clements Peruana contra el Ministerio de Trabajo y Promoción Social (Exp. 000028-2006/CAM).

<sup>511</sup> Resolución 0761-2009/SC1-INDECOPI del 23 de julio de 2009, en el procedimiento seguido por el señor Manuel Alejandro Farfán Cornejo contra la Municipalidad Distrital de La Victoria (Exp. 000020-2009/CEB).

denunciante está vinculado con la **decisión de una entidad administrativa** que puede afectar la actividad económica del administrado. En este tipo de casos – normalmente relacionado con el cobro de un tributo– tanto la CEB como la Sala han restringido su competencia alegando que el procedimiento de eliminación de barreras burocráticas no podía convertirse en una suerte de **instancia de revisión**:

(...) Las barreras burocráticas pueden estar comprendidas en normas de alcance general (disposiciones), derivarse de una aplicación indebida de ellas o, inclusive pueden configurarse por exigencias que la Administración Pública imponga a los particulares sin sustento normativo alguno.

Sin embargo, el ejercicio de estas funciones debe distinguirse de las vías recursivas especiales que en cada sector o ámbito se establezcan. De allí que la evaluación de la legalidad o racionalidad de un acto o disposición de la Administración Pública no puede implicar el desconocimiento de las instancias administrativas sectoriales y colocar a la Comisión como última instancia de revisión<sup>512</sup>.

La CEB, por su parte, ha diferenciado el supuesto en que una denuncia tiene por objeto cuestionar el pronunciamiento de una entidad en un caso concreto, de otro en el que se cuestiona la sola exigencia normativa de un requisito o un cobro para la realización de una actividad económica. En este último escenario, la CEB entiende que:

(...) sí es competente para conocer de aquellas tasas y contribuciones impuestas por las municipalidades que afecten el acceso de los agentes económicos al mercado, es decir, respecto a régimen general que establezca la municipalidad para exigir el pago de este tipo de tributos que impliquen la

---

<sup>512</sup> Resolución 0214-2007/TDC-INDECOPI del 15 de febrero de 2007, en el procedimiento seguido por Empresa Nacional de Puertos - ENAPU contra la Municipalidad Provincial del Callao (Exp. 000037-2006/CAM).

imposición de una barrera burocrática ilegal o irracional para las actividades económicas y no así en relación a una deuda tributaria particular<sup>513</sup>.

En el mismo orden de ideas, la CEB ha declarado improcedente la denuncia contra una Municipalidad por considerar que el propósito del procedimiento iniciado por el accionante era el de cuestionar la decisión de la entidad pública de revocar el Certificado de Seguridad de su establecimiento comercial<sup>514</sup>.

Además de estos supuestos en los que la CEB o la Sala han estimado que la actuación pública cuestionada por un denunciante no refleja, en realidad, la existencia de un cobro, exigencia o prohibición, que pueda ser considerado como barrera burocrática, encontramos otro tipo de casos en los que estos órganos funcionales de INDECOPI han rechazado su competencia.

Un ejemplo de esta autolimitación es el de la evaluación de las **regulaciones tarifarias** que han sido denunciadas como posibles barreras burocráticas ilegales o irracionales de acceso o mantenimiento en el mercado.

Así, tenemos el caso en el que diversas aerolíneas cuestionaban la Resolución de Consejo Directivo 015-2004-CD/OSITRAN de OSITRAN que aprobaba los niveles de tarifas máximas que CORPAC (administradora aeroportuaria estatal) debía aplicar por los servicios aeronáuticos que presta en los aeropuertos bajo su administración. En este caso, la CEB declaró la improcedencia de la denuncia por considerar que no tenía potestad para revisar las barreras burocráticas enmarcadas

---

<sup>513</sup> Resolución 0171-2008/CEB-INDECOPI del 2 de octubre de 2008, en el procedimiento seguido por el señor Justo Angulo Rosas y otros contra la Municipalidad Distrital de San Juan de Lurigancho (Exp. 000039-2008/CAM).

<sup>514</sup> Resolución 0022-2007/CAM-INDECOPI del 31 de enero de 2007, en el procedimiento seguido por la señora Floresmilda Núñez Lucero contra la Municipalidad Metropolitana de Lima. (Exp. 000097-2006/CAM).

en una regulación tarifaria<sup>515</sup>. La CEB entendía que sus funciones de control de las intervenciones estatales que limitan las libertades económicas se restringían a aquellos mercados donde primaran la libre iniciativa y la libre competencia, supuesto que no se daría cuando un mercado está sujeto a una fijación administrativa tarifaria, como es el caso de los servicios públicos.

Este órgano funcional de INDECOPI complementa su argumentación señalando que en este caso ya existía un marco legal específico que guiaba la actuación de los organismos reguladores, por lo que no podía cuestionar el ejercicio de estas funciones de las referidas autoridades administrativas. Como vemos, utilizan un criterio similar al del “principio de supletoriedad” que seguía la CLC para sustentar la primacía de la regulación sectorial por encima de las normas de libre competencia.

Sobre el particular, consideramos que una regulación tarifaria sí puede constituir, en abstracto, una barrera burocrática en tanto limita las libertades económicas de los agentes regulados y, con ello, su acceso o mantenimiento en el mercado. De esta forma, este tipo de regulación podría ser considerado ilegal o irracional, según sea el caso. En este sentido, creemos que el marco legal que regula la actuación de la CEB no impediría, expresa o implícitamente, la revisión de barreras contenidas en este tipo de regulaciones. Por otra parte, tampoco podría admitirse una especie de “supletoriedad” en el ejercicio de funciones de la CEB, porque no existe ninguna otra entidad administrativa que tenga encomendada una tarea de controlar barreras burocráticas, sean éstas de regulación tarifaria o no, más aún cuando su propia función es la de controlar a todas las entidades públicas en el ejercicio de sus funciones administrativas que limiten el acceso o la subsistencia en el mercado.

Sin embargo, es probable que la CEB advirtiera que su actuación podría ser excesiva en este supuesto y haya optado por autolimitar su ámbito de control.

---

<sup>515</sup> Resolución 0020-2005/CAM-INDECOPI del 3 de febrero de 2005, en el procedimiento seguido por Aerocondor y otros contra el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN (Exp. 000055-2004/CAM)



Precisamente, el segundo resuelve de la CEB en el caso bajo comentario, reflejaría su línea de pensamiento en el sentido de que resultaría conveniente que el cuestionamiento a una regulación tarifaria se realice únicamente a través de un proceso constitucional:

la Comisión no valida ni cuestiona la regulación tarifaria efectuada por OSITRAN y por tanto no limita ni desconoce el derecho de las empresas denunciadas de utilizar las vías específicas establecidas en la ley para cuestionar la regulación económica materia de la denuncia<sup>516</sup>.

Un supuesto de naturaleza similar se presenta en los casos en que la barrera denunciada se trata de una de las disposiciones de las **bases de un concurso público**. Tanto la CEB como la Sala han declarado su incompetencia para conocer estos casos argumentando que la entidad convocante no estaría estableciendo condiciones para que los particulares accedan o permanezcan en un mercado, sino que se tratarían de condiciones que deben seguir las personas que deseen participar en el proceso de selección, y en tal contexto, de cumplimiento obligatorio únicamente para quienes se adjudiquen la buena pro y celebren el respectivo contrato con la entidad pública<sup>517</sup>.

La CEB complementó su argumentación utilizando nuevamente una suerte de criterio de supletoriedad para abstenerse de revisar las barreras que podrían tener lugar en los concursos públicos para la explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos:

---

<sup>516</sup> Ídem.

<sup>517</sup> Resolución 0192-2005/CAM-INDECOPI del 10 de noviembre de 2005, en el procedimiento seguido por la Asociación de Propietarios de Ómnibus Interprovinciales del Perú - APOIP contra la Municipalidad Metropolitana de Lima (Exp. 000069-2005/CAM), confirmada por la Resolución 0131-2006/TDC-INDECOPI del 1 de febrero de 2006.

(...) en el caso de los procesos de promoción de la inversión privada para la explotación de obras públicas de infraestructura y servicios públicos, existe una legislación especial que pretende promover la inversión privada considerando la naturaleza de dichas obras y servicios que se caracterizan principalmente por ser titularidad del Estado y que contemplan condiciones especiales como la presencia de economías de escala y alcance, de bienes públicos y de externalidades donde el régimen general de libre acceso y de libre competencia, cuya tutela está a cargo del Indecopi, cede su aplicabilidad a dicha legislación especial<sup>518</sup>.

Un similar argumento utilizó en un caso posterior la CEB para negar su potestad de revisar las bases de un proceso de selección para la contratación con el Estado, sometido al control del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE (anteriormente, CONSUCODE<sup>519</sup>):

(...) no corresponde a la Comisión de Acceso al Mercado pronunciarse con respecto a si lo dispuesto en el numeral 8.1 de la Norma Técnica de los Servicios de Anestesiología N° 030-MINSA/DGSP-V.01 implica una limitación indebida o irracional para que los establecimientos públicos y privados del Sector Salud no consideren en sus adquisiciones de flujómetros a los flujómetros mecánicos que importa y comercializa la denunciante, toda vez que ello implicaría arrogarse las competencias que por ley le corresponde al Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado<sup>520</sup>.

En estos casos también vemos un intento claro del Indecopi por restringir sus potestades de control sobre otras entidades de la Administración Pública, aun cuando los fundamentos que esgrimen para ello no parecerían estar

---

<sup>518</sup> Ídem.

<sup>519</sup> Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

<sup>520</sup> Resolución 0070-2007/CAM-INDECOPI del 22 de marzo de 2007, en el procedimiento seguido por El Tumi Perú contra el Ministerio de Salud (Exp. 000117-2006/CAM).

adecuadamente justificados en disposiciones normativas que delimiten su competencia. En efecto, el hecho de que las exigencias contenidas en un Concurso Público se apliquen sólo a un agente económico o a un grupo reducido de ellos, no significa que estas condiciones no califiquen como barreras burocráticas de acceso al mercado.

En el marco de un concurso público sí existe un mercado, de acceso restringido únicamente a quienes ganarán la buena pro y contratarán con el Estado. En este mercado, el Estado es el demandante y los postores son los ofertantes, y dicho mercado puede ser tanto o más relevante, en términos económicos, que otros mercados donde los demandantes son consumidores privados. En tal sentido, las exigencias de un concurso público sí pueden ser consideradas como barreras que impiden el acceso a un mercado, restringido pero valioso en términos económicos, ello sin perjuicio de que estas eventuales restricciones ameriten ser consideradas como privadas o públicas, conforme ha sido discutido en el sub-capítulo IV.1.

Por otra parte, como ya hemos señalado anteriormente, no podría hablarse propiamente de “supletoriedad” en este caso, dado que no hay otras autoridades administrativas encargadas de realizar la función de control de la CEB.

Las resoluciones de la CEB y de la Sala antes comentadas evidencian la dificultad existente para situar adecuadamente, dentro del sistema jurídico peruano, la función de control administrativo de barreras burocráticas de acceso o mantenimiento en el mercado, lo que se ve agravado por los conflictos que se suscitan entre las entidades controladora y controlada. Asimismo, debe tenerse en consideración que la autolimitación en las funciones de la CEB también responde a un esquema de balance de poderes, en el que podría resultar inadmisibles una labor excesivamente incisiva y “controlista” de la CEB y podría provocar reacciones adversas por parte de los poderes controlados (Legislativo y Ejecutivo) o de los poderes con los que podría entrar en conflicto de competencias (Ejecutivo y Judicial) y, eventualmente, perder sus potestades atribuidas legalmente.

Dejando de lado, por un momento, las discusiones y críticas sobre los efectos de su pronunciamiento y los problemas de índole político que podría generar su función de control, es necesario destacar la importante labor que realiza este órgano *sui generis*, en defensa de la libre competencia frente a la actuación estatal que la restringe.

En efecto, luego de varios años de desarrollo de la actividad de la CEB y al constatar su importancia para lograr la reducción de las barreras burocráticas impuestas al ejercicio de diversas actividades económicas, es que se ha llegado a señalar que la labor de este órgano de INDECOPI es complementaria a la represión de conductas anticompetitivas encargada a la CLC, e incluso, se llega a considerar que las funciones de la CEB forman parte de la política de defensa de la competencia del Perú.

Esto ha sido resaltado en un informe realizado por la OECD, donde se revisa la legislación y política de competencia en el Perú, resaltando que las decisiones de la CEB

(...) fueron una parte importante de la misión de competencia principal del Indecopi, tanto en forma directa (al aumentar la eficiencia) como indirecta (al mostrar a la comunidad empresarial que la política de competencia puede ser buena para los negocios)<sup>521</sup>.

Sin embargo, debemos señalar que no existe en la actualidad un estudio que analice el nivel de cumplimiento de las decisiones de la CEB en la eliminación de las barreras burocráticas por parte de las entidades públicas enjuiciadas, que permita verificar el estado actual de la eficacia de la labor de la CEB<sup>522</sup>.

---

<sup>521</sup> WINSLOW, Terry. *Legislación y Política de Competencia en el Perú. A peer review*. OECD. 2005, p. 44.

<sup>522</sup> En los años iniciales del funcionamiento de la CAM, se percibía una reducida eficacia de las resoluciones de la CAM y la antigua CASM, que no eran cumplidas en la mayoría de casos por las entidades públicas. Escuela de Administración de Negocios para Graduados - ESAN. Op. Cit., p. 60 - 61.

## D) Conclusiones sobre el control de las actuaciones públicas estatales

El control de las actuaciones públicas que puedan afectar el proceso competitivo escapa a los objetivos de una ley de defensa de la competencia. Sin embargo, a lo largo de este sub-capítulo hemos expuesto concisamente algunas herramientas que existen en nuestro ordenamiento para controlar las intervenciones públicas que alteren la competencia en los mercados.

Una importante conclusión que podemos extraer de esta breve reflexión es que sería recomendable que, dentro del parámetro de legalidad exigible a las entidades públicas, también pueda incorporarse (si ya no está incorporada) la variable de promoción o defensa de la competencia, de modo tal que pueda ser considerada por las instancias públicas de revisión del ejercicio de la función pública.

Viciano expresa la necesidad de juzgar la actuación pública que afecte la libre competencia, en los siguientes términos:

(...) El principio constitucional de libertad de competencia debe impregnar a toda intervención en el mercado, sea ésta pública o privada, puesto que la libertad de competencia es uno de los “...valores éticos y principios socioeconómicos que, en cuanto informadores del Ordenamiento jurídico en virtud de su consagración constitucional, obligan a todos (legislador ordinario, juez, autoridades públicas y sujetos económicos participantes en el mercado) a su respeto y acatamiento<sup>523</sup>”.

En concordancia con la cita precedente, admitimos que es correcto que en el ejercicio de la función pública existan varios valores e intereses públicos, pero creemos que el factor de la libre competencia debería estar también en la ecuación de análisis<sup>524</sup>.

---

<sup>523</sup> VICIANO, Javier. Op. Cit., p. 207-208.

<sup>524</sup> Puede encontrarse esta preocupación en los comentarios que realizaron Bullard y Falla al Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia que fue discutido en el Congreso en el 2005 (Proyecto 14199/2005-CR), en el

## CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo, hemos podido verificar que existen ciertas actuaciones estatales que ponen en riesgo la eficacia de las normas de defensa de la competencia. Ello se produce cuando el Estado propicia que algunas conductas que restringen indebidamente la competencia se eximan de la sujeción a las normas que la defienden.

Así, hemos visto que cuando el Estado dota a los agentes económicos de facultades de autorregulación, se corre el riesgo de que se pueda considerar que la actividad de dichos agentes privados corresponde al ejercicio de una función pública y, por tanto, resulte exenta del sometimiento a las leyes de competencia.

Del mismo modo, si el aparato público permite o impone la realización de una determinada conducta, podría considerarse que el agente que ejecuta dicha práctica también se encuentra exento de responsabilidad por alguna infracción a la competencia. Un caso similar ocurre cuando una conducta comercial se encuentra sujeta a un marco regulatorio específico y su supervisión ha sido, expresa o implícitamente, excluida del ámbito de funciones de la agencia de competencia.

En el mismo sentido, cuando un agente privado acude a una entidad pública con el objetivo de que los procedimientos o procesos legales que se originan, restrinjan la competencia, no sólo se está manipulando el aparato estatal con un propósito anticompetitivo, sino que esta afectación puede quedar también exenta de sanción en tanto entraría en conflicto con derechos de índole constitucional como los derechos de acción y petición.

---

que critican el silencio del Proyecto de Ley frente a la "actuación o utilización del Estado como generador de barreras que encarecen o impiden el desarrollo de competencia y reducción de precios en los mercados". BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. "Matrimonio con hijos: sobre el Proyecto de Ley de Competencia", en: *Revista de Economía y Derecho*. Invierno 2006, p. 40.

Todos estos supuestos de “inmidades *antitrust*” comparten dos elementos primordiales que motivaron su inclusión en el presente trabajo: (i) la intervención estatal, que puede tener el efecto de restringir la competencia; y, (ii) la efectividad para lograr este efecto restrictivo, lo que ha generado que los agentes particulares recurran con mayor frecuencia a estas herramientas.

En efecto, si bien el Estado podría, en principio, otorgar válidamente inmidades *antitrust* en la búsqueda de otros objetivos, por lo general, esto ocurre a pedido e insistencia de los particulares, quienes encuentran en el Estado una forma más efectiva y segura de eximirse del deber de competir y de sufrir un daño concurrencial lícito.

En esta línea, los particulares pueden optar por “conseguir” alguna norma o actuación pública que les otorgue directamente inmunidad *antitrust* (exenciones normativas, otorgamiento de facultades públicas de autorregulación) o, indirectamente, utilizando el aparato estatal para lograr el inicio de procesos que restrinjan o retrasen la competencia en un determinado mercado (abuso de derechos de petición y acción).

La idea que ha guiado el presente trabajo es la de estudiar todos estos supuestos de inmunidad *antitrust* con la finalidad de encontrar para cada uno de ellos, mecanismos, también legales, que permitan limitar estos casos a su mínima e indispensable expresión, de tal forma que las normas de defensa de la competencia no pierdan su vigencia y utilidad en beneficio de la sociedad en general.

No ha sido nuestro propósito encontrar y cuestionar las potestades estatales para restringir la competencia. De hecho, se considera que la intervención del Derecho de la Competencia no sería el medio adecuado para hacer frente las intervenciones estatales que responden a una política gubernamental soberana<sup>525</sup>. Sin embargo,

---

<sup>525</sup> “La intervención antitrust no es apropiada cuando el mal cuestionado es la elección de política de un gobierno soberano. Por el contrario, el Derecho Antitrust se aplica cuando las partes privadas tienen la

ello no quiere decir que la protección de la libre competencia no deba ser un factor clave a considerar por las entidades públicas al momento de adoptar estas políticas gubernamentales. Es por ello que también hemos revisado brevemente los mecanismos existentes para controlar las intervenciones públicas en sí mismas que afectan el proceso competitivo.

Como producto de las reflexiones, críticas y propuestas desarrolladas durante este trabajo de investigación, presentamos a continuación nuestras principales conclusiones:

1. Si bien desde su origen, la legislación *antitrust* o de defensa de la competencia, ha tenido por objeto central de atención las restricciones a la competencia generada por decisiones empresariales privadas, existe en la actualidad una importante preocupación por las restricciones públicas a la competencia –propiciadas frecuentemente por las solicitudes de los agentes privados– considerando su relevante impacto negativo en el proceso competitivo y su mayor duración.
2. Dentro de estas restricciones públicas a la competencia, los casos en los que el Estado limita la aplicación de la legislación de defensa de la competencia

---

capacidad de evadir o manipular el proceso democrático de forma tal que obtienen para ellos mismos, el control de un mercado, efectivo y sin supervisión.

(...)

El proceso democrático contiene muchas fallas, pero curarlas no es una tarea antitrust. El Congreso nunca tuvo la intención de que las leyes antitrust fueran usadas para este propósito, y ellas están pobremente diseñadas para ello". Traducción libre de: "Antitrust intervention is not appropriate when the wrong being challenged is the policy choice of a sovereign government. Rather, antitrust applies when private parties are able to evade or manipulate the democratic process in such a way as to give themselves effective, unsupervised control over a market.

(...)

The democratic process contains many flaws, but curing them is not antitrust's assignment. Congress never intended the antitrust laws to be used for this purpose, and they are very poorly designed for it". HOVENKAMP, Hebert. Op. Cit., 1999, p. 679.



(inmunities *antitrust*) son especialmente sensibles, ya que atentan contra la principal herramienta jurídica disponible para hacer frente a las conductas privadas que van en contra del proceso competitivo.

3. En el Perú se han desarrollado disposiciones normativas y doctrinas jurisprudenciales para resolver los casos en los que la intervención estatal podría generar una inmunidad *antitrust*, pero esta evolución ha sido escasa, vacilante y poco coherente; ello principalmente debido a una **falta de conciencia respecto de los riesgos que generan estas restricciones públicas sobre el sistema de defensa de la competencia.**
4. La legislación peruana y la práctica jurisprudencial del INDECOPI han definido correctamente **el ámbito de aplicación subjetiva de las normas de libre competencia en torno al concepto de empresa**, sin distinguir entre el origen público o privado de ella. El reconocimiento de las empresas públicas como sujetos infractores de la legislación de defensa de la competencia es correcto y responde a los incentivos que pueden tener estos agentes que, por un lado, priorizan la expansión de sus operaciones y su participación en el mercado, antes que la obtención de ganancias; y, por el otro, cuentan con ventajas competitivas (no sustentadas en mayor eficiencia) frente a los agentes privados.
5. El INDECOPI también ha entendido correctamente que el ejercicio de una función pública, como regla general, no califica como conducta empresarial o económica y, por lo tanto, está fuera del control antitrust. Sin embargo, en casos como *ESSALUD* se ha omitido considerar dentro del ámbito de aplicación de las normas de libre competencia a las actividades de adquisición y contratación de servicios de las entidades públicas convocantes que, si bien se encuentran regladas y sometidas a una supervisión estatal especial, no dejan de contar con una naturaleza materialmente económica. En este tipo de situaciones, las entidades estatales se desenvuelven como demandantes de

productos y servicios, y compiten con otros demandantes privados existentes en el mercado.

6. También resulta positiva la aproximación funcional realizada por el INDECOPI en los casos *CQFP* y *COES* para incluir dentro del ámbito de aplicación de las normas de libre competencia a los cuerpos de autorregulación que, si bien ejercen por encomienda ciertas funciones públicas, dada su composición, tienen intereses privados que pueden motivar la realización de conductas anticompetitivas.
7. Este avance hacia un criterio funcional no ha llegado a ser del todo satisfactorio porque la jurisprudencia de la CLC en los casos del *COES* y *ESEFUL* cae en la confusión conceptual criticada en España, de vincular la distinción entre “conducta económica” y ejercicio de “función pública”, con el del cumplimiento de los parámetros legales de los cuerpos de autorregulación (exención normativa). La sujeción de los organismos de autorregulación a las normas de libre competencia depende de la naturaleza materialmente económica de sus intereses y conductas, y no del incumplimiento o exceso del mandato legal otorgado. En todo caso, si estos agentes actúan en cumplimiento estricto de las normas que regulan su funcionamiento, su conducta, aunque esté sometida a las leyes *antitrust* por ser de naturaleza económica, contará con una exención legal y no podrá ser sancionada.
8. **Los cuerpos de autorregulación deberían estar sometidos en principio a las normas *antitrust*, considerando las motivaciones económicas que pueden guiar su actuación y el desvío del ejercicio de las funciones públicas encargadas.** Esta preocupación también se constata en la Unión Europea con la incorporación de la delegación de funciones públicas de regulación de mercado a agentes económicos privados como un supuesto de medida estatal que elimina el “efecto útil” de las normas comunitarias de libre competencia; y, en los Estados Unidos, donde algunos especialistas proponen

que la inmunidad de la “*State action*” no sea aplicable a supuestos donde la regulación estatal provenga de entidades de autorregulación.

9. La aproximación funcional permite concluir que el énfasis para determinar la aplicación de las normas de defensa de la competencia debe situarse en la naturaleza económica de la conducta antes que en la condición, pública o privada, del presunto sujeto infractor. Por ello, antes que referirse al ámbito de aplicación subjetivo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas debería delimitar su ámbito de aplicación objetivo.
10. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, siguiendo el modelo español, admite en su artículo 3 la exención de responsabilidad *antitrust* a aquellas conductas que sean amparadas, fomentadas o impuestas por una norma con rango de ley.
11. **La importancia de permitir únicamente la exención que cuente con un soporte legal en sentido estricto, radica en el principio de jerarquía normativa, por el cual un acto o hecho administrativo o un dispositivo normativo de rango infralegal no podría establecer excepciones al régimen legal de defensa de la competencia**, que además cuenta con sustento constitucional. Del mismo modo, bajo el test de reparto de competencias del Tribunal Constitucional, debe negarse también la posibilidad de que los Gobiernos Regionales y Locales establezcan exenciones del cumplimiento de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
12. En los supuestos de dispositivos infralegales que solamente amparan o fomentan la comisión de conductas comerciales que calificarían como anticompetitivas, los agentes privados tendrían suficiente campo de actuación para obedecer el mandato de la norma de mayor jerarquía, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En cambio, sí podría generarse cierta inseguridad jurídica cuando un dispositivo infralegal imponga un

mandato de conducta. Sin embargo, aún en ese escenario, no debería permitirse el incumplimiento de la ley de competencia, buscándose una inmunidad *antitrust*; sino que los agentes económicos deberían tener habilitada la posibilidad de solicitar una exención de responsabilidad por el incumplimiento de las normas infralegales.

13. **Es necesario admitir únicamente la exención *antitrust* cuando exista una voluntad legislativa clara en esa dirección, e interpretar estas exenciones de manera restrictiva**, pues de lo contrario, los agentes privados perseguirían el otorgamiento de inmunidades por parte de entidades y funcionarios públicos que carecen de voluntad legislativa en sentido estricto. Este riesgo se ha constatado en los ordenamientos jurídicos que han logrado un fuerte y eficaz *enforcement* de las leyes de libre competencia, donde los agentes privados recurren a otras formas para exonerarse del deber de competir.
14. En lo que concierne a las exenciones normativas derivadas de la regulación sectorial que otorga la supervisión de una práctica comercial a un ente regulador, los criterios adoptados por INDECOPI son contrarios a la práctica jurisprudencial comparada. El desplazamiento de las normas *antitrust* no depende de la sola regulación de una conducta económica (principio de supletoriedad) ni de categorías conceptuales (regulación económica y regulación social). **La primacía de la regulación sectorial debe extraerse de la voluntad expresa o implícita del legislador.**
15. Es poco frecuente que a nivel legislativo se defina con claridad la posibilidad de la aplicación concurrente de regulaciones sectoriales y normas de competencia, por lo que se puede recurrir a los criterios norteamericanos utilizados para inferir la voluntad implícita de desplazamiento de las leyes *antitrust*. Así, por ejemplo, si la aplicación concurrente de estas legislaciones conlleva a un resultado contradictorio o si la regulación sectorial es suficientemente penetrante y se otorgan facultades de supervisión,

autorización o control a una entidad regulatoria, es probable que la norma sectorial haya desplazado implícitamente a la norma de defensa de la competencia.

16. **Cuando se admita la aplicación concurrente de las leyes de libre competencia y las regulaciones sectoriales, las primeras deben aplicarse independientemente de las segundas, por lo que no pueden extrapolarse obligaciones sectoriales** (p.e., obligaciones de contratar) para determinar la existencia de una infracción *antitrust*, como se realizó en el caso *Fetrans*.
17. Tanto la exención legal como la primacía de las regulaciones sectoriales son supuestos de exenciones normativas del cumplimiento de la ley de defensa de la competencia, por lo que en ambos casos, sólo una ley del Gobierno Central podrá desplazar a la legislación *antitrust*. En ambos supuestos, la autoridad de competencia podrá declarar la exención normativa desde un primer momento o podrá hacerlo en una etapa final del procedimiento, si la existencia de la exención normativa recién puede ser esclarecida en un momento posterior.
18. La confusión entre las figuras de la exención legal y la calificación de la conducta de un cuerpo de autorregulación como “económica” bajo el enfoque funcional, se da sólo en un plano teórico. En un nivel práctico, no habría mayores problemas dado que si se considera que (i) una conducta de un ente de autorregulación califica materialmente como conducta económica; o que (ii) la conducta del organismo de autorregulación es económica en tanto incumple o excede el mandato legal del ejercicio de sus funciones públicas, en ambas hipótesis, sí resultaría aplicable la ley de defensa de la competencia. Sin embargo, para evitar cuestionamientos que sostengan que “la autoridad de competencia enjuiciaría el ejercicio de funciones públicas”, es recomendable analizar por separado estas instituciones. Así, primero correspondería definir si una conducta determinada califica como económica y, en segundo lugar, determinar si esta conducta económica goza de una exención legal.

19. Los requisitos establecidos inicialmente por la CLC (*Pilot*) para la sanción del abuso de procesos legales difieren de las condiciones establecidas en la práctica jurisprudencial comparada.
20. Tanto en Estados Unidos como en la Unión Europea se requeriría un elemento objetivo que consiste en la ausencia de un fundamento objetivo para el inicio de una acción legal. Este requisito debe tener una lectura amplia, que incluya los supuestos en los que un accionante no tendría expectativas razonables de obtener un resultado favorable, (*PRE*), y otros más, como por ejemplo, en los que un eventual triunfo no justifique los costos del inicio de las acciones legales, o en los que una pluralidad de procesos legales no otorga al accionante un valor adicional al potencial resultado favorable. Estos supuestos que han sido desarrollados recientemente por la CLC (*Apofer*) reflejarían que la verdadera intención de la empresa que incoa los procesos legales no sería la atención de sus peticiones (*Promedia*), sino la restricción, retraso o desincentivo de la competencia, como consecuencia del solo inicio de los procesos legales.
21. También se requiere sustentar que los procesos legales planteados responden a una intención anticompetitiva (elemento subjetivo), elemento que se puede extraer del contexto en el que se llevan a cabo estos procesos, como por ejemplo, el número de acciones legales propuestas, la especificidad de éstas o el momento en que son incoadas.
22. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge la figura del abuso de procesos legales como una modalidad de abuso de posición de dominio, exigiendo la existencia de pluralidad de acciones. Si bien este requisito puede impedir el análisis de casos en los que el inicio de un solo proceso legal puede afectar sensiblemente la competencia, este tipo de supuestos es poco frecuente.

23. Es positiva la inclusión de esta modalidad de conducta anticompetitiva en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas puesto que permite completar el sistema de herramientas para hacer frente a las intervenciones estatales que restringen la aplicación eficaz de las leyes *antitrust*. Así, **no sólo es necesario limitar la actuación estatal sino también desincentivar las acciones de los agentes económicos que acuden al aparato estatal para generar restricciones a la competencia.**
24. Existen otras herramientas en nuestro ordenamiento jurídico que, si bien no tienen por finalidad limitar o controlar las actuaciones estatales que restrinjan la aplicación de la ley de defensa de la competencia, sí controlan la actuación pública que afecta el proceso competitivo en un sentido amplio.
25. Estos instrumentos son: el control de legalidad y constitucionalidad de normas, realizado por el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y los tribunales administrativos que realizan control difuso; el control de actos administrativos y actuación pública de hecho, a través de los mecanismos de revisión administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa; y, el control de barreras burocráticas de acceso al mercado, realizado por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas de INDECOPI
26. El control de barreras burocráticas, en particular, ha probado gran efectividad en la protección del proceso competitivo. Sin embargo, su ámbito de actuación es restringido y ha generado fuertes críticas por parte de las instituciones públicas que no quieren someterse al control de un órgano administrativo ubicado al interior de un Organismo Público Descentralizado, y por parte de los especialistas que alegan que las funciones de la Comisión de Eliminación de Barreras entran en conflicto con el control de constitucionalidad atribuido exclusivamente al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional.

27. Por otra parte, se hace necesario que **la licitud de los actos y actuaciones administrativas sea evaluada tomando en cuenta el deber de promoción de la competencia que deben cumplir las entidades públicas**. La incorporación de la variable de “competencia” dentro de esta ecuación ha sido casi inexistente, destacándose el caso aislado de la regulación de las contrataciones con el Estado. Sin embargo, puede resultar recomendable incorporar expresamente a nivel legislativo el deber de respeto de la libre competencia por parte de las entidades públicas, en el análisis de licitud de actos y actuaciones materiales administrativas.

El eje central de nuestros esfuerzos ha estado dirigido a analizar críticamente los supuestos en los que la intervención estatal impide la vigencia y eficacia de la norma de libre competencia.

En este proyecto no basta con limitar la actuación pública que afecte el *enforcement* de la libre competencia, sino que también es necesario generar los incentivos adecuados para que los particulares no utilicen al Estado como una mera herramienta para restringir la competencia.

Frente a las intervenciones estatales, una opción que podría tener el operador del Derecho de la Competencia, sería soslayar este problema y simplemente aplicar la norma *antitrust* en los ámbitos a los que ha quedado restringida. Creemos que esta no es la perspectiva por la que se debe optar. No se debe claudicar en el esfuerzo de la protección de la libre competencia aun cuando sea la intervención del Estado la que atente contra ella. La respuesta no pasa por adecuarnos al problema, sino por hacerle frente.



## **BIBLIOGRAFÍA**

### **LIBROS**

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. El Derecho de petición. Estudio de los sistemas español, italiano, alemán, comunitario y estadounidense. Granada: Editorial Comares, 1999.

BAÑO LEÓN, José María. Potestades Administrativas y Garantías de las Empresas en el Derecho Español de la Competencia. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España S.A., 1996.

BORK, Robert H. Antitrust Paradox. A policy at war with itself. New York: Free Press, 1993.

CASES, Lluís. Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia. Madrid: Marcial Pons, 1995.

DARNACULLETA, María Mercé. La Autorregulación Regulada. Madrid: Marcial Pons, 2005.

ESAN. Simplificación del Acceso de las Empresas al Mercado. Informe Final. Lima: Proyecto de Análisis, Planeamiento y Ejecución de Políticas (PAPI), 1997.

ESTEVE PARDO, José. Autorregulación. Génesis y efectos. Navarra: Aranzadi, 2002.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán (Dir.). Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia. Madrid: Civitas. 2002.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Los Mercados de Interés General: Telecomunicaciones y Postales, Energéticos de Transportes, Privatización, Liberalización, Regulación Pública y Derecho de la Competencia. Granada: Comares. 2001.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. Derecho Administrativo Privado. Madrid: Montecorvo, 1996.

GORDILLO, Agustín. Tratado de Derecho Administrativo. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998-2000.

GOYDER, D.G. EC Competition Law. Fourth Edition. New York: Oxford University Press, 2003.

HANDLER, Milton y otros. Cases and Materials on Trade regulation. Third Edition. New York: The Foundation Press, 1990.

HOVENKAMP, Herbert. Federal Antitrust Policy. The Law of Competition and its Practice. 2nd Edition. Minnesota: West Group, 1999.

HYLTON, Keith. Antitrust Law. Economic Theory and Common Law Evolution. Cambridge: Cambridge University Press, 2003

IBÁÑEZ, Isaac. Defensa de la Competencia y Colegios Profesionales. Madrid: Dykinson, 1995.

ROSS, Stephen. Principles of Antitrust Law. New York: The Foundation Press, 1993.

RUBIO, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005.

SULLIVAN, Lawrence y Warren GRIMES. The Law of Antitrust: An Integrated Handbook. Minnesota: West Group, 2000.

SULLIVAN, Thomas y Hebert HOVENKAMP. Antitrust Law, Policy and Procedure. Cases, Materials, Problems. 4<sup>th</sup> Edition. Virginia: Lexis Law Publishing, 1999.

VÁSQUEZ, Daniel. Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones. Thomson Aranzadi, 2001.

VELASCO SAN PEDRO, LUIS. Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e Intervenciones Públicas. Lex Nova, 2005

VICIANO, Javier. Libre Competencia e Intervención Pública en la Economía (Acuerdos restrictivos de la competencia de origen legal). Valencia: Tirant to Blanch, 1995.

WHISH, Richard. Competition Law. 5th Edition. Londres: LexisNexis UK, 2003.

WINSLOW, Terry. Legislación y Política de Competencia en el Perú. A peer review. OECD, 2005.

## **ARTÍCULOS EN LIBROS COLECTIVOS**

ALCÁZAR, Lorena y Xu LIXIN. “El intento de privatización de las empresas de agua y desagüe de Lima-Perú”. En: FERNÁNDEZ BACA, Jorge (Ed.). Experiencias de Regulación en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico, 2004.

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús y Cándido PAZ-ARES. “Ensayo sobre la Libertad de Empresa”. En: VARIOS. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Diez-Picazo. Tomo IV. Cizur Menor: Thomson Civitas, 2003.

ÁLVAREZ CARREÑO, Santiago. “La inesperada funcionalidad de un derecho constitucional: el derecho de petición de la primera enmienda Estadounidense y la defensa de la libre competencia”. En: SOSA, Francisco (Coord.). El Derecho Administrativo en el umbral del Siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo. Tomo II. Valencia: Tirant to blanch, 2000.

ARRANZ LESMES, Eva y Rafael SANZ. “Colegios Profesionales”. En: ORTIZ BLANCO, Luis y S. COHEN (Coord.). Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación. Volumen I. Madrid: Dykinson, 1999.

BACIGALUPO, Mariano. “Artículo 17”. En: MASSAGUER, José y otros. (Dir.) Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

BUENDÍA, José Luis. “Las Empresas Públicas ante el Derecho de la Competencia: El artículo 90 del Tratado CE”. En: ORTIZ BLANCO, Luis y S. COHEN (Coord.). Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación. Volumen I. Madrid: Dykinson, 1999.

BULLARD, Alfredo y César HIGA. “Verdades y falacias sobre el control difuso de las normas por las autoridades administrativas a la luz de los nuevos pronunciamientos del Tribunal Constitucional”. En: CARPIO MARCOS, Edgar Y Pedro GRÁNDEZ (Coord.). La Defensa de la Constitución por los Tribunales Administrativos. Un debate a propósito de la jurisprudencia constitucional. Cuadernos de análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional 1. Palestra del Tribunal Constitucional. Lima: Palestra, 2007.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Reglamentaciones públicas anticompetitivas”. En: BEYNETO, José María y Jerónimo MAILLO (Coord.). Tratado de Derecho de la Competencia, Vol. II. Barcelona: Bosch, 2005.

CHUECA, José. “El costo del Estado en la economía: las barreras burocráticas”. En: INDECOPI. Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina, 2005.

FERNÁNDEZ BACA, Jorge. “La experiencia de privatización en el Perú”, 1991-2004. En: FERNÁNDEZ BACA, Jorge (Ed.). Experiencias de Regulación en el Perú. Lima: Universidad del Pacífico, 2004.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. “Evolución Histórica y Modelos de Control Constitucional”. En: GARCÍA BELAÚNDE, Domingo y Francisco FERNÁNDEZ SEGADO (Coordinadores). La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica. Madrid: Dykinson, 1997.

GAGLIUFFI, Ivo. Viaje a la Semilla: “¿Cómo era regulada la libre competencia en el Perú hasta antes del Decreto Legislativo 701?”, En: FACULTAD DE DERECHO (Varios Autores). XXV años de la Facultad de Derecho. Lima: Universidad de Lima, 2006.

GEDDES, Richard. “Case Studies of Anticompetitive SOE Behavior”. En: GEDDES, Richard (Ed.). Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises. Hoover Press, 2004.

FALLA, Alejandro. “Facilidades Esenciales y Negativa Injustificada a Negociar”. En: VARIOS AUTORES. La Evolución de la Libre Competencia en el Perú. Lima: Themis, 2004.

PAGE, William H. “The Ideological Origins and Evolution of U.S. Antitrust Law”. En: ABA SECTION OF ANTITRUST LAW. Issues in Competition Law and Policy, 2008.

REBOLLO PUIG, Manuel. “Reglamentos y actos administrativos ante el Tribunal de Defensa de la Competencia”. En: COSCULLUELA, Luis (Coord.). Estudios de

Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. Sebastián Martín Retortillo. Madrid: Civitas, 2003.

REY, Patrick y otros. Un Enfoque Económico del Artículo 82. En: MARTÍNEZ LAGE, Santiago y Amadeo PETITBÒ JUAN (Dir.). El Abuso de la Posición de Dominio. Barcelona: Marcial Pons, 2006.

SAPPINGTON, David y Gregory SIDAK. “Anticompetitive Behavior by State-Owned Enterprises: Incentives and Capabilities”. En: GEDDES, Richard (Ed.). Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises. Hoover Press, 2004.

#### **ARTÍCULOS EN REVISTAS O PUBLICACIONES PERIÓDICAS**

ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. “Competencia Desleal por Infracción de normas”, en: Revista de Derecho Mercantil N° 202, 1991.

ÁLVAREZ GARCÍA, Vicente. “El proceso de privatización de la calidad y de la seguridad industrial y sus implicaciones desde el punto de vista de la competencia empresarial”, en: Revista de Administración Pública N° 159. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, setiembre - diciembre 2002.

AREEDA, Philip. “Antitrust Laws and Public Utility Regulation”, en: The Bell Journal of Economics and Management Science. Vol. 3. N° 1. Spring, 1972.

ARIÑO, Gaspar. “Modelo de Estado y Sector Público Empresarial”, en: Revista del Círculo de Derecho Administrativo N° 3. Lima, 2007.

ARRUÑADA. Benito. “Gestión de la competencia en el sector público”, en: Anuario de la Competencia 1999. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ARRUÑADA, Benito. “Profesionales del monopolio”, en: Revista de Economía N° 14. 4° trimestre, 1992.

BERENGUER, Luis. “Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia”, en: Anuario de la Competencia 1997. Madrid: Marcial Pons, 1998.

BULLARD, Alfredo. “La nueva Ley de Competencia. ¿El regreso del Jedi?”, en: Enfoque Derecho N° 74. Lima, julio 2008.

BULLARD, Alfredo y Christian CHÁVEZ. “La carreta delante de los bueyes. El olvido de la competencia en los procesos de selección”, en: Themis N° 56, Lima, 2008.

BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. “Matrimonio con hijos: sobre el Proyecto de Ley de Competencia”, en: Revista de Economía y Derecho. Invierno. Lima, 2006.

BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. “El abogado del diablo. El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva”, en: Ius et Veritas N° 30. Lima, 2005.

CABRILLO, Francisco. “La Aplicación de las Normas de Defensa de la Competencia al Ejercicio de las Profesiones Colegiadas”, en: Anuario de la Competencia 1997. Madrid: Marcial Pons, 1998.

CACERES, Fernando. “¿Deberían los generadores continuar manejando el COES? Un problema de incentivos perversos”, en: Legal Express N° 37. Lima: Gaceta Jurídica, 2004.

CÁCERES, Fernando. “El abuso de procedimientos administrativos y judiciales ¿cuánto poder necesita el “Diablo”?”, en: Enfoque Derecho N° 76. Lima, 2008.

CÁCERES, Fernando. “El por qué de la política de libre competencia”, en: Derecho y Sociedad N° 19. Lima, 2002.

CALDERÓN, Andrés. “Cuando el Estado es el Enemigo: Panorama de la Defensa de la Competencia Frente a la Actividad Estatal Anticompetitiva”, en: Derecho y Sociedad N° 30. Lima, 2008

CALDERÓN, Andrés. “El acto de violación de normas: Cuando lo práctico supera a lo teórico”, en: Boletín Lente Jurídico. Ius et Veritas. Lima, 2008.

CALVO-CARAVACA, Alfonso-Luis y Luis FERNÁNDEZ DE LA GANDARA. “Política y Derecho de la competencia en la C.E.E.: una aproximación”, en: Revista General de Derecho N° 583, abril 1993.

CASTILLO DE LA TORRE, Fernando. “Conductas anticompetitivas impuestas o fomentadas por los Estados Miembros: Deberes de los órganos que aplican el Derecho de la Competencia y responsabilidad de las empresas (Comentario a la Sentencia Consorcio Industrie Fiammferi, de 9 de septiembre de 2003)”, en: Revista de Derecho Comunitario Europeo, Año 8, N° 17, enero-abril 2004.

CASTRO - POZO CHÁVEZ, Hildebrando. “La Libre Competencia en la Contratación Estatal”, en: Diálogo con la Jurisprudencia N° 81. Lima: Gaceta Jurídica, junio 2005.

COKER, Joseph. “Saving Otter Tail: The Essential Facilities Doctrine and Electric Power Post-Trinko”, en: 33 Florida State University Law Review 231. Fall, 2005.

CHUECA, José. “La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y su Contribución al Desarrollo Económico mediante la Eliminación de Barreras Burocráticas”, en: Derecho y Sociedad N° 24. Lima, 2005.



DE JUAN ASENJO, Oscar. “Principios rectores de la actuación de la empresa pública en la Constitución Española de 1978. Del principio de subsidiariedad al principio de compatibilidad”, en: Revista Española de Derecho Administrativo N° 25. Madrid: Thomson Civitas, abril-junio 1980.

DELACOURT, John y Todd ZYWICKI. “The FTC and State Action: Evolving Views on the Proper Role of Government”, en: 72 Antitrust Law Journal 1075, 2005.

DE LEMUS CHÁVARRI, Fernando. “El acto administrativo ante la legislación de Defensa de la Competencia”, en: Boletín Económico de ICE N° 2720, del 18 de febrero al 3 de marzo de 2002.

DIEZ CANSECO, Luis. “Función regulatoria, promoción de la competencia y legislación antimonopólica”, en: Themis N° 36. Lima, 1997.

DIEZ ESTELLA, Fernando. “Los objetivos del derecho antitrust”, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia N° 224, marzo/abril 2003.

ESPINOSA-SALDAÑA, Eloy. “El Proceso Contencioso-Administrativo: Un puntual acercamiento a lo previsto en el Perú y España al respecto”, en: Revista Peruana de Jurisprudencia. Compendio Especializado, Vol. N°1, julio 2006.

ELHAUGE, Einer. “Defining Better Monopolization Standards”, en: Stanford Law Review, November 2003.

ELHAUGE, Einer. “The Scope of Antitrust Process”, en: 104 Harvard Law Review 667, 1991.

ENGRA, José Carlos y Edurne NAVARRO. “Derecho de la Competencia y Colegios Profesionales,” en: Revista Española de Derecho Europeo N° 3, julio/septiembre 2002.

FALLA, Alejandro. “Zapatero a tus zapatos”, en: Perú Económico, Volumen XXVI, No. 3. Marzo. Lima, 2003.

FERNÁNDEZ - NOVOA, Carlos. “La progresiva aplicación del derecho norteamericano antitrust a las profesiones liberales”, en: Actas de Derecho Industrial 1979 - 1980. Vol. VI. Madrid: Montecorvo, 1981.

FIGARI, Héctor y John PINEDA. “Más vale maña que fuerza: el abuso de las normas de libre competencia”, en: Revista de Economía y Derecho. Primavera. Lima, 2009.

FISCHEL, D.R. “Antitrust Liability for Attempts to Influence Government Action: The Basis and Limits of the Noerr-Pennington Doctrine”, en: University of Chicago Law Review, 45, 1977.

FUERTE, Mercedes. “De la libertad para configurar empresas públicas”, en: Revista Española de Derecho Administrativo N° 138. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

GAGLIUFFI, Ivo. “¿Por qué el largo brazo de la ley de libre competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?”, en: Cuadernos Jurisprudenciales. Libre Competencia. Año 3. N° 32. Lima, febrero 2004.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. “El principio de la interpretación más favorable al derecho de los administrados al enjuiciamiento judicial de los actos administrativos”, en: Revista de Administración Pública N° 42. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1963.

GÓMEZ, Hugo. “Nuevos desafíos para la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del INDECOPI: Los Monopolios Legales sustentados en Contratos de

Concesión”, en: Revista de Derecho de la Competencia y Protección de la Industrial N° 8. Otoño. Lima, 2009.

GÓMEZ, Hugo. “El ámbito de aplicación objetivo de la reciente Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, en: Actualidad Jurídica N° 176. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

GÓMEZ, Hugo. “¿Puede una Municipalidad eludir el control de la Comisión de Acceso al Mercado?”, en: Revista de Derecho y Economía. Invierno. Lima, 2007.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. “La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias”. en: Revista de Derecho Mercantil N° 239, enero - marzo 2001.

GUERRA, Antonio. “Comentarios a la Sentencia del TJCE, de 9 de septiembre de 2003, en el asunto Consorcio Industrie Fiammferi (CIF) / Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato”, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia N° 228, noviembre/diciembre 2003.

HARO, José Juan. “Contra los Excesos de la Regulación Económica. Sobre Monopolios Naturales, Instalaciones Esenciales y otros Fantasmas”, en: Themis N° 50. Lima, 2005.

HURWITZ, J.D. “Abuse of Governmental Processes, the First Amendment, and the Boundaries of Noerr”, en: The Georgetown Law Journal. Vol. 74, 1985-1986.

INMAN, Robert y Daniel RUBINFELD. “Making Sense of the Antitrust State-Action Doctrine: Balancing Political Participation and Economic Efficiency in Regulatory Federalism”, en: 75 Texas Law Review 1023, 1997.

JIMÉNEZ-BLANCO, Antonio. “Servicio Público, interés general, monopolio: Recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993 - 1994)”, en: Revista Española de Derecho Administrativo N° 84. Madrid: Thomson Civitas, octubre - diciembre 1994.

KAHN, Jacob. “From Borden to Billing: Identifying a uniform approach to implied antitrust immunity from the Supreme Court's precedents”, en: 83 Chi.-Kent Law Review 1439, 2008.

KATZ, Mark y Charles TINGLEY. “The ‘Regulated Conduct Defence’ in Canada”, en: Competition Law, Volume XI, No. 2, 2006.

KELSEN, Hans. “La garantie jurisdictionlle de la Constitution”, en: Revue du Droit Public et de la Science Politique. Año XXXV, 1928.

KEPPNER, Shane. “Clear inarticulation --state action antitrust immunity and state agencies: Neo Gen Screening, Inc. v. New England”, en: Brigham Young University Law Review, 2000.

KERF, Michel y Damien GERADIN. “Controlling Market Power in Telecommunications: Antitrust vs. Sector-Specific Regulation. An Assessment of the United States, New Zealand and Australian Experiences”, en: 14 Berkeley Tech. Law Journal 919. Fall, 1999.

KRESALJA, Baldo y QUINTANA, Eduardo. “La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú”, en: Ius et Veritas N° 31. Lima, 2005.

KRESALJA, Baldo. “El Rol del Estado y la Gestión de los Servicios Públicos”, en: Themis N° 39. Lima, 1999.

LAO, Marina “Reforming the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine”, en: 55 Rutgers L. Rev. 965. Summer, 2003.

LIPSKY, Abbott B. Jr. y J. Gregory SIDA. “Facilidades esenciales”, en: Ius et Veritas. Año XIV, N° 27. Lima, 2003.

MARCOS, Francisco. “¿Hacia una reformulación del Derecho de Defensa de la Competencia por el Tribunal Supremo Norteamericano?”, en: Boletín Latinoamericano de Competencia N° 25, febrero 2009.

MEYER, D.L. “A Standard for Tailoring Noerr-Pennington Immunity More Closely to the First Amendment Mandate”, en: Yale Law Journal, 95m, 1986.

MOGUEL, Martín. “Las Reformas de junio de 2006 a la Ley Federal de Competencia Económica de México”, en: Boletín Latinoamericano de Competencia N° 23, 2007.

MORÓN, Juan Carlos. “El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal”, en: Ius et Veritas N° 30. Lima, 2005.

MURIS, Timothy. “Clarifying the State Action and Noerr Exemptions”, en: Harvard Journal of Law and Public Policy. Spring 2004; 27, 2.

MYERS, Gary. “Antitrust and First Amendment Implications of Professional Real Estate Investors”, en: 51 Wash & Lee L. Rev. 1199. Fall, 1994.

NAVARRO, María del Carmen. “La promulgación de la Sherman Act: factores históricos, económicos y legislativos”, en: Revista de Derecho Mercantil N° 253. Madrid, 2004.

PATRÓN, Carlos. “El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia”, en: Derecho y Sociedad N° 30. Lima, 2008.

PATRÓN, Carlos. “Acertos, divergencias y desatinos de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas”, en: Ius et Veritas N° 36. Lima, 2008.

PATRÓN, Carlos. “El perro del hortelano. Definiendo el Rol Empresarial del Estado en Latinoamérica”, en: Themis N° 52. Lima, 2006.

PERRINE, James. “Defining the ‘Sham Litigation’ Exception to the Noerr-Pennington Antitrust Immunity Doctrine: An Analysis of the Professional Real Estate Investors v. Columbia Pictures Industries Decision”, en: 46 Ala. L. Rev. 815. Spring, 1995.

PEDRAZ CALVO, Mercedes. “Los Colegios Profesionales y la Ley de Defensa de la Competencia”, en: Anuario de la Competencia 1998. Madrid: Marcial Pons, 1999.

QUINTANA, Eduardo y Lucía VILLARÁN. “Sobre la Prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin Necesidad de Probar Relación de Competencia”, en: Derecho y Sociedad N° 31. Lima, 2009.

QUINTANA, Eduardo. “Aplicación de las normas de defensa de la competencia en industrias reguladas: ¿Redirigiendo la brújula?”, en: Revista Derecho y Economía. Invierno. Lima, 2008.

QUINTANA, Eduardo. “Integración o Separación vertical en industrias de redes: ¿Regulación a través de la estructura de la industria?”, en: Revista de Derecho Administrativo N° 4. Lima, 2008.

QUINTANA, Eduardo. “Normas de Competencia en Industrias Reguladas”, en: Derecho y Economía. Invierno. Lima, 2008.

QUINTANA, Eduardo. “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”, en: *Ius Et Veritas* N° 27. Lima, 2003.

QUINTANA, Eduardo. “Prohibición de Negativas Injustificadas de Trato: ¿Equilibrando la Libertad de Contratar y la Libre Competencia?”, en: *Ius et Veritas* N° 25. Lima, 2002.

QUINTANA, Eduardo. “Adquisiciones públicas: ¿se requiere competencia en las compras del Estado?”, en: *Themis* N° 41. Lima, 2000.

QUIROGA, Aníbal. “El Control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOPI”, en: *Derecho PUCP* N° 51. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997.

RODRÍGUEZ, Gustavo. “Más sabe el diablo por viejo que por diablo. El tratamiento legal del abuso de procesos judiciales y procedimientos administrativos”, en: *Actualidad Jurídica* N° 197. Lima: Gaceta Jurídica, 2010.

RODRÍGUEZ-CAMPOS, Sonia. “Normalización Industrial y Derecho Comunitario de la Competencia”, en: *Revista de Administración Pública* N° 158. Mayo - agosto 2002. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

RUIZ, Gonzalo, MARTÍNEZ, Martha y Eduardo QUINTANA. “El Carácter Subsidiario de la Actividad Empresarial del Estado desde una perspectiva de Políticas de Competencia”, en: *Boletín Latinoamericano de Competencia* N° 22, noviembre 2006.

SEMERARO, Steven. “Demystifying Antitrust State Action Doctrine”, en: *Harvard Journal of Law and Public Policy*. Fall 2000; 24,1. ProQuest Legal.

SERRA, Eduardo. “La Empresa Pública en la Constitución”, en: Revista Española de Derecho Administrativo N° 22. Madrid: Thomson Civitas, julio-setiembre, 1979.

SHEPHARD, John. “A Capture Theory of Antitrust Federalism”, en: 99 Harvard Law Review 713, 1986.

SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo. “Administraciones Públicas y Defensa de la Competencia”, en: Anuario de la Competencia 2000. Madrid: Marcial Pons, 2001.

SUÑOL LUCEA, Aurea. “Aplicación de las normas sobre competencia a la actividad de los profesionales liberales. A propósito de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de marzo de 2001, asunto T-144/1999”, en: Actas de Derecho Industrial 2001, Vol. XXII, Madrid: Marcial Pons, 2002.

TÁVARA, José. “Regulación y Democracia: Balance de las Reformas y Agenda Pendiente”, en: Derecho y Sociedad N° 26. Lima, 2006.

VEGA, Ainhoa. “El ejercicio anticompetitivo del derecho a litigar”, en: Gaceta Jurídica de la unión europea y la competencia N° 10. Nueva Época, julio-agosto 2009.

VEGA-PENICHET, Luis. “Ejercicio abusivo de acciones judiciales. Un posible abuso de posición dominante”, en: Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia N° 202, agosto/septiembre 1999.

VINCENT CHULIA, Francisco. “Poderes públicos y derecho de la competencia”, en: Revista General de Derecho N° 583, abril 1993.

ZAMBRINI, Marco. “El Tribunal de Defensa de la Competencia ante el fenómeno regulador (Análisis de algunas de las últimas resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia)”, en: Revista General de Derecho N° 625 - 626, octubre - noviembre 1996.



## **INFORMES y DOCUMENTOS DE TRABAJO**

ALK, Donald. Antitrust and Refusals To Deal after Nynex v. Discon.

ALONSO, Significado y aplicación del artículo 90 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. Documento de Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid.

APEC y OECD. Integrated Checklist on Regulatory Reform, 2005.

BULLARD, Alfredo, FALLA, Alejandro y Carolina DE TRAZEGNIES. Matriz de Comentarios a la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, 2008.

CACERES, Fernando. Lessons from the introduction and implementation of competition policy in economies at different stages of development: the case of APEC Economies, Third Senior Official Meeting, APEC. Lima, Perú, 2008.

CÁCERES, Fernando; CALDERÓN, Andrés y Luis DIEZ CANSECO. Agencias de Competencia y Organismos Reguladores: Propuestas para una Interacción más Eficiente y Predecible. Programa de Investigación sobre la Competencia para el Desarrollo Económico International Development Research Centre, Canadá. Sociedad de Economía y Derecho. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2009. (inédito).

CARLTON, Dennis y Randal PICKER. Antitrust and Regulation. The University of Chicago Law School. John M. Olin Law & Economics Working Paper No. 312 (2d Series), October 2006.

COMPETITION BUREAU. Self-regulated professions. Balancing competition and regulation. 2007.

COMPETITION BUREAU. Technical Bulletin on “Regulated” Conduct. June 2006.

COMISIÓN NACIONAL DE COMPETENCIA. Competencia. Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales, 2008.

CUTS. Centre for Competition, Investment & Economic Regulation. Competition and Sectoral Regulation Interface. Briefing Paper No. 5/2003.

DEPARTMENT OF TRADE AND INDUSTRY AND HM TREASURY. Concurrent Competition Powers in Sectoral Regulation, 2006.

ESPINOZA, Jesús. ¿La normalización industrial está exenta de las normas de libre competencia? Concertación sobre estándares de calidad. (Trabajo inédito).

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. Ninth EU Competition Law and Policy Workshop.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report, 2006.

FEDERAL TRADE COMMISSION (Office of Policy Planning). Report of the State Action Task Force, setiembre, 2003.

GALLARDO, José. Privatización de los Monopolios Naturales en el Perú: Economía Política, Análisis Institucional y Desempeño. Documento de Trabajo N° 188. Pontificia Universidad Católica del Perú, octubre 2000.

HOVENKAMP, Herbert. Federalism and Antitrust Reform. University of Iowa Legal Studies Research Paper Number 05-24, October 2005.

ICN. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group Subgroup 1: Limits and constraints facing antitrust authorities intervening in regulated sectors. Report to the Third ICN Annual Conference Seoul, April 2004.

ICN. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group Subgroup 3: interrelations between antitrust and regulatory authorities. Report to the Third ICN Annual Conference Seoul, April 2004.

ICN. Antitrust Enforcement in Regulated Sectors Working Group Subgroup 3: interrelations between antitrust and regulatory authorities. Report to the Third ICN Annual Conference Seoul, April 2004.

INDECOPI. Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, 2008.

INDECOPI. Informe 024-2005-INDECOPI/ST-CLC del 30 de junio de 2005. Asunto: Competencia de la Comisión de Libre Competencia en los procesos de contratación de bienes y servicios por parte de Entidades del Estado, específicamente respecto del contenido de las Bases de los procesos de selección, 2005.

INDECOPI. Informe 007-2004/GEE: Proyecto de Ley 6554-2002-CR, "Proyecto de Ley que regula el procedimiento de protección frente a la competencia desleal del Estado, a cargo de Indecopi, derivado de la exoneración de Licitación Pública, Concurso Público o Adjudicación Directa, establecido en el artículo 19 del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobado por Decreto Supremo N° 012-2001-PCM, 2004.

INDECOPI. Informe 037-2003/GEE: Incentivo a la Competencia y Regulación de Monopolios, 2003.

INDECOPI. Compras Estatales y Competencia en el Mercado de Productos Farmacéuticos. Documento de Discusión N° 05-2002/GEE, 2002.

JENNY, Frédéric. Regulation, Competition and the Professions. European University Institute. Robert Schuman Centre for Advanced Studies. EU Competition Law and Policy Workshop/Proceedings, 2004.

MAILLO, Jerónimo. Servicios de Interés General y Artículo 86 del Tratado CE: Una Visión Evolutiva. Madrid: Instituto de Estudios Europeos. Centro de Política de la Competencia, 2005.

MARCOS, Francisco. La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Documento de Trabajo. Serie Política de la Competencia, Número 24/2007. Madrid: Ceu Ediciones, 2007.

MORGAN, LEWIS & BOCKIUS LLP. The Latest Word From the Supreme Court on When a Firm Must Deal With a Rival: Verizon Communications v. Trinko, May 2004.

MURIS, Timothy. State Intervention/State Action - A U.S. Perspective. George Mason Law & Economics Research Paper No. 04-18. Fordham Annual Conference on International Antitrust Law & Policy. New York, October 24, 2003.

OECD. Competition Law and Policy in Mexico. A peer review, 2004.

OECD. Competition in Professional Services. Roundtable on Competition Policy, 1999.

OECD. Relationship between Regulators and Competition Authorities. Policy Roundtable, 1998.

OFT. Concurrent Application to Regulated Industries, 2004.

OFT. Concurrent Application to Regulated Industries. Anexo B. Competition Law terms of Reference for the Concurrency Working Party, 2004.

OFT. Competition in Professional Services, 2001.

OSIPTEL. Comentarios al Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y Proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, 2008.

OSIPTEL. Informe 006-2001/GRE del 9 de octubre de 2001.

PATRÓN, Carlos. Comentarios a Proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, 2008.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ESPAÑA. Informe sobre el ejercicio de las profesiones, 1992.

TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑA. Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, 2005.

UNCTAD. Ley tipo de defensa de la competencia. New York y Ginebra: Naciones Unidas, 2007.

UNCTAD. Best Practices for defining respective competences and settling of cases, which involve joint action of competition authorities and regulatory bodies. 19 August 2004.

URBIZTONDO, Santiago. La Institucionalidad de los Organismos Reguladores y la Autoridad de Defensa de la Competencia en el Perú: diagnóstico y propuesta de reforma. Consultoría PE-L1012 (Sub-Componente II: Regulación y Organismos Reguladores), Perú. BID, junio 2005.

WEEDS, Helen. Concurrency between OFT and Regulators. Department of Economics, University of Essex. 9 October 2003.

## **TESIS**

PELLISÉ, Jaume. La explotación abusiva de una posición dominante. (Arts. 82 TCE y 6 LEDC). Tesis doctoral. Universitat de Barcelona, 2002.

## **JURISPRUDENCIA NACIONAL**

### **Indecopi**

#### Sala de Defensa de la Competencia 1 y Sala de Defensa de la Competencia

Resolución 1458-2009/SC1-INDECOPI del 9 de diciembre de 2009.

Resolución 0146-2009/SC1-INDECOPI del 14 de abril de 2009.

Resolución 0761-2009/SC1-INDECOPI del 23 de julio de 2009.

Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI del 22 de agosto de 2008.

Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI del 3 de enero de 2008.

Resolución 2047-2007/TDC-INDECOPI del 24 de octubre de 2007.

Resolución 1180-2007/TDC-INDECOPI del 11 de julio de 2007.

Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007.

Resolución 0454-2007/TDC-INDECOPI del 30 de marzo de 2007.

Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo de 2007.

Resolución 0214-2007/TDC-INDECOPI del 15 de febrero de 2007.

Resolución 1823-2006/TDC-INDECOPI del 15 de noviembre de 2006.

Resolución 0131-2006/TDC-INDECOPI del 1 de febrero de 2006.

Resolución 0752-2005/TDC-INDECOPI del 8 de julio de 2005.

Resolución 0732-2005/TDC-INDECOPI del 1 de julio de 2005.

Resolución 0473-2005/TDC-INDECOPI del 29 de octubre de 2003.

Resolución 0366-2003/TDC-INDECOPI del 5 de septiembre de 2003.

Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003.  
Resolución 237-1999/TDC-INDECOPI del 7 de julio de 1999.  
Resolución 229-97-TDC del 12 de setiembre de 1997.  
Resolución 182-97-TDC del 16 de julio de 1997.

Comisión de Defensa de la Libre Competencia y Comisión de Libre Competencia

Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI del 3 de mayo de 2010.  
Resolución 021-2007/CLC del 21 de marzo de 2007.  
Resolución 006-2007-INDECOPI/CLC del 31 de enero de 2007.  
Resolución 064-2006-INDECOPI/CLC del 4 de setiembre de 2006.  
Resolución 051-2006-INDECOPI/CLC del 10 de julio de 2006.  
Resolución 033-2006-INDECOPI-CLC del 5 de junio de 2006.  
Resolución 048-2005-INDECOPI/CLC del 27 de setiembre de 2005.  
Resolución 038-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.  
Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio de 2005.  
Resoluciones 005-2005-INDECOPI/CLC del 2 de febrero de 2005.  
Resolución 030-2004-INDECOPI/CLC del 19 de mayo de 2004.  
Resolución 052-2003-INDECOPI/CLC del 14 de noviembre de 2003.  
Resolución 048-2003-INDECOPI/CLC del 22 de octubre de 2003.  
Resolución 025-2002-INDECOPI/CLC del 11 de diciembre de 2002.  
Resolución 024-2002-INDECOPI/CLC del 11 de diciembre de 2002.  
Resolución 015-2002-CLC/INDECOPI del 28 de agosto de 2002.  
Resolución 007-2002-INDECOPI/CLC del 29 de mayo de 2002.  
Resolución 006-2002-CLC/INDECOPI del 13 de marzo del 2002.  
Resolución 012-98-INDECOPI-CLC del 9 de diciembre de 1998.  
Resolución 068-96-INDECOPI-CLC del 17 de setiembre de 1996.  
Resolución 067-96-INDECOPI-CLC del 29 de agosto de 1996.  
Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996.  
Resolución 016-95-CLC del 22 de mayo de 1995.  
Resolución 018-94-CLC del 15 de agosto de 1994.  
Resolución 016-94-INDECOPI/CLC del 27 de Julio de 1994.

Resolución 002-94-INDECOPI/CLC del 28 de enero de 1994.

Resolución 014-93-INDECOPI/CLC del 23 de diciembre de 1993.

Resolución 013-93-INDECOPI/CLC del 15 de diciembre de 1993.

#### Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y Comisión de Acceso al Mercado

Resolución 0171-2008/CEB-INDECOPI del 2 de octubre de 2008.

Resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI del 24 de enero de 2008.

Resolución 0070-2007/CAM-INDECOPI del 22 de marzo de 2007.

Resolución 0022-2007/CAM-INDECOPI del 31 de enero de 2007.

Resolución 0242-2006/CAM-INDECOPI del 21 de diciembre de 2006.

Resolución 0192-2005/CAM-INDECOPI del 10 de noviembre de 2005.

Resolución 0131-2005/CAM-INDECOPI del 16 de agosto de 2005.

Resolución 0020-2005/CAM-INDECOPI del 3 de febrero de 2005.

Resolución 04-CAM-INDECOPI/EXP-000016-2002 del 28 de noviembre de 2002.

#### **Osiptel**

##### Tribunal de Solución de Controversias de OSIPTEL

Resolución 008-2005-TSC/OSIPTEL del 5 de julio de 2005.

Resolución N° 006-2005-TSC/OSIPTEL del 21 de abril de 2005.

Resolución 019-2003-TSC/OSIPTEL del 30 de junio de 2003.

Resolución 014-2003-TSC/OSIPTEL del 11 de junio de 2003.

##### Cuerpo Colegiado de OSIPTEL

Resolución 001-2008-CCO/OSIPTEL del 10 de noviembre de 2008.

Resolución 008-2005-CCO/OSIPTEL del 11 de marzo de 2005.

Resolución 002-2004-CCO/OSIPTEL del 13 de agosto de 2004.

Resolución 039-2003-CCO/OSIPTEL del 20 de enero de 2003.

Resolución 038-2001-CCO/OSIPTEL del 6 de noviembre de 2001.

Resolución 032-2001-CCO/OSIPTEL del 24 de mayo de 2001



Resolución 019-97-CCOIII del 1 de julio de 1997.

Presidente del Consejo Directivo de OSIPTEL

Resolución 073-97-PD/OSIPTEL del 13 de noviembre de 1997.

### **Tribunal Constitucional**

Resolución del Tribunal Constitucional del 11 de mayo de 2009 (Exp. N.º 00014-2009-PI/TC).

Resolución Aclaratoria del 13 de octubre de 2006 (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC).

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 24 de abril de 2006 (Exp. 047-2004-AI/TC).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 14 de noviembre de 2005 (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC).

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 27 de setiembre de 2005 (Exp. 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC - Acumulados).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de julio de 2005 (Exp. 3330-2004-AA/TC).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 8 de julio de 2005 (Exp. 1417-2005-AA/TC).

Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del 3 de junio de 2005 (Expedientes acumulados 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 004-2005-AI/TC, 007-2005-AI/TC).

Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional del 15 de febrero de 2005 (Exp. 00034-2004-PI/TC).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004 (Exp. 018-2003-AI/TC).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003 (Exp. 0008-2003-AI/TC).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de agosto de 2003 (Exp. 010-2001-AI/TC).

Sentencia del Tribunal Constitucional del 16 de abril de 2003 (Exp. N.º 2050-2002-AA/TC).

## **JURISPRUDENCIA EXTRANJERA**

### **Canadá**

#### Corte Suprema

Mortimer v. Corporation of Land Surveyors of the Province of British Columbia (1989), 25 C.P.R. (3d) 233 (B.C.S.C.).

R. v. B.C. Fruit Growers Association et al. (1985), 11 C.P.R. (3d) 183 (B.C.S.C.).

Multiple Access Ltd. v. McCutcheon (1982) 2 S.C.R. 161 at 191.

Goodyear Tire & Rubber Co. of Canada v. T. Eaton Co., [1956] S.C.R. 610 at 614.

### **Estados Unidos**

#### Corte Suprema

Pacific Bell Telephone Co., Dba AT&T Cali-Fornia, Et Al. v. Linkline Communications, Inc., Et Al. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Ninth Circuit (2009).

Credit Suisse Securities (USA) LLC Fka Credit Suisse First Boston Llc, Et Al. v. Billing Et Al. No. 05-1157. Certiorari to the United States Court of Appeals for the Second Circuit (2007).

Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP. 540 U.S. 398 (2004).

Professional Real Estate Investors Inc. v. Columbia Pictures Industries Inc. 508 U.S. 49 (1993).

FTC v. Tigor Title Ins. Co., 504 U.S. 621 (1992).

City of Columbia & Columbia Outdoor Advertising v. Omni Outdoor Advertising 499 U.S. 365 (1991).

FTC v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 (1990).

Allied Tube & Conduit Corp. v. Indian Head, Inc. 486 U.S. 492 (1988).

Town of Hallie v. City of Eau Claire, 471 U.S. 34, 42 (1985).

NAACP v. Claiborne Hardware Co. 458 U.S. 914 (1982).

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

Cantor v. Detroit Edison Co. U.S. 579 (1976).

Gordon v. New York Stock Exchange, Inc., 422 U.S. 659 (1975).

United States v. National Association of Securities Dealers Inc., 422 U.S. 694 (1975).

Otter Tail Power Co. v. United States 410 U.S. 366 (1973).

California Motor Transport Co. v. Trucking Unlimited 404 U.S. 508 (1972).

United Mine Workers v. Pennington 381 U.S. 657 (1965).

Walker Process Equipment, Inc. v. Food Machinery & Chemical Corp., 382 U.S. 172 (1965).

Pan American World Airways v. United States, 371 U.S. 296 (1963).

Silver v. New York Stock Exchange 373 U.S. 341 (1963).

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

Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight Inc. 365 U.S. 127 (1961).

Georgia v. Pennsylvania Railroad Co., 324 U.S. 439 (1945).

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

United States v. Borden Co., 308 U.S. 188 (1939).

United States v. Colgate & Co. 250 U.S. 300 (1919).

### Cortes de Apelaciones

Primetime Joint Venture v. National Broadcasting Company 219 F.3d 92 (Segundo Circuito, 2000).

31 F3d 800 USS-Posco Industries Be&k v. Contra Costa County Building & Construction Trades Council (Noveno Circuito, 1994).

Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F. 2d 17, 25 (Primer Circuito, 1990).

Litton Systems v. American Telephone & Telegraph Co, 700 F.2d 785 (Segundo Circuito, 1983).

694 F.2d 466 Grip-Pak, Inc. v. Illinois Tool Works, Inc. (Sétimo Circuito, 1982).

## **España**

### Tribunal de Defensa de la Competencia

Resolución del TDC del 4 de setiembre de 2000, Asunto AENOR.

Resolución del TDC del 18 de enero de 2000. Asunto Abogacía Española.

Resolución del TDC del 4 de marzo de 1999. Asunto Colegios notariales.

Resolución del TDC del 20 de marzo de 1998. Asunto Cruz Roja de Fuengirola.

Resolución del TDC del 25 de noviembre de 1997, Asunto AENOR.

Resolución del TDC del 17 de junio de 1996, Asunto AENOR.

Resolución del TDC del 24 de abril de 1995. Asunto Distanco S.A. c. Delegación del Gobierno en el Monopolio de Tabacos.

Resolución del TDC del 16 de enero de 1995. Asunto Seguros a empresas transportistas.

Resolución del TDC del 30 de diciembre de 1993.

Resolución del TDC del 30 de octubre de 1993. Asunto Emorvisa.

Resolución del TDC del 11 de abril de 1978.

### Audiencia Nacional

Sentencia del 6 de octubre de 1997, de la Sexta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional.

## Unión Europea

### Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

Sentencia del TJCE del 11 de julio de 2006. Asunto FENIN / Comisión.

Sentencia del TJCE del 9 de setiembre de 2003. Asunto Consorcio Industrie Fiammferi (CIF).

Sentencia del TJCE del 19 de febrero de 2002. Asunto Arduino.

Sentencia del TJCE del 19 de febrero de 2002, Asunto Wouters.

Sentencia del TJCE del 12 de setiembre de 2000, Asunto Pavlov.

Sentencia del TJCE del 1 de octubre de 1998. Asunto Autotransporti Librandi.

Sentencia del TJCE del 18 de junio de 1998. Asunto Comisión / Italia.

Sentencia del TJCE del 18 de marzo de 1997. Asunto Cali.

Sentencia del TJCE del 14 de diciembre de 1995. Asunto Banchemo.

Sentencia del TJCE del 17 de octubre de 1995. Asunto DIP.

Sentencia del TJCE del 5 de octubre de 1995. Asunto Centro Servizi Spediporto.

Sentencia del TJCE del 9 de junio de 1994. Asunto Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft.

Sentencia del TJCE del 17 de noviembre de 1993, Asunto Meng.

Sentencia del TJCE del 17 de noviembre de 1993, Asunto Ohra.

Sentencia del TJCE del 17 de noviembre de 1993. Asunto Reiff.

Sentencia del TJCE del 19 de mayo de 1993. Asunto Corbeau.

Sentencia del TJCE del 23 de abril de 1993. Asunto Höfner y Elser.

Sentencia del TJCE del 11 de abril de 1989. Asunto Ahmed Saeed.

Sentencia del TJCE del 21 de setiembre de 1988. Asunto Van Eycke.

Sentencia del TJCE del 3 de diciembre de 1987. Asunto BNIC/Aubert.

Sentencia del TJCE del 1 de octubre de 1987. Asunto Blaamse Reisbureaus.

Sentencia del TJCE del 30 de abril de 1986. Asunto Asjes.

Sentencia del TJCE del 30 de abril de 1985. Asunto BNIC c. Clair.

Sentencia del TJCE del 30 de enero de 1985. Asunto BNIC/Clair.

Sentencia del TJCE del 29 de enero de 1985. Asunto Leclerc-carburantes (Cullet).

Sentencia del TJCE del 10 de enero de 1985. Asunto Leclerc-Au blé vert.

Sentencia del TJCE del 16 de noviembre de 1977. Asunto Inno-BM, 13/77.

Sentencia del TJCE de 13 de febrero de 1969. Asunto Walt Wilhelm et autres c. Bundeskartellamt.

#### Tribunal de Primera Instancia

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Cuarta ampliada) de 17 de julio de 1998. - ITT Promedia NV c. Comisión de las Comunidades Europeas. Asunto T-111/96.

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 19 de junio de 1997. Asunto Air Inter.

#### Comisión Europea

Decisión de la Comisión Europea del 15 de junio de 2005. Asunto COMP/A.37507/F3 - Astra Zeneca.

Decisión de la Comisión Europea, en la denuncia IV/35.268 presentada por ITT Promedia NV.

### **LEGISLACIÓN NACIONAL**

Constitución Política del Perú.

Decreto Legislativo 1059, Ley General de Sanidad Agraria.

Decreto Legislativo 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal.

Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Decreto Legislativo 1033, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Decreto Legislativo 1030, Ley de los Sistemas Nacionales de Normalización y Acreditación.

Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Legislativo 1014, que establece medidas para propiciar la inversión en materia de servicios públicos y obras públicas de infraestructura.

Decreto Legislativo 807, Facultades, normas y organización del INDECOPI.

Decreto Legislativo 776, Ley de Tributación Municipal.

Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

Decreto Legislativo 701, Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia.

Decreto Legislativo 668, Ley sobre Garantías de Comercio Interior y Exterior.

Decreto Legislativo 295, Código Civil.

Decreto Ley 26116, Ley de Reestructuración Empresarial.

Decreto Ley 25868, Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

Decreto Ley 25844, Ley de Concesiones Eléctricas.

Decreto Supremo 184-2008-EF, Reglamento del Decreto Legislativo 1017 - Ley de Contrataciones del Estado.

Decreto Supremo 013-2008-JUS, Texto Único Ordenado de la Ley 27584, Ley que Regula el Proceso Contencioso Administrativo.

Decreto Supremo 020-2007-MTC, Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones.

Decreto Supremo 044-2006-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público - OSITRAN.

Decreto Supremo 083-2004-PCM, Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Decreto Supremo 084-2004-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.

Decreto Supremo 054-2001-PCM, Reglamento General de Organismo Supervisor de la Inversión en Energía.

Decreto Supremo 008-2001-PCM, Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL.

Decreto Supremo 013-93-TCC, Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

Decreto Supremo 009-93-EM, Reglamento de la Ley de Concesiones Eléctricas.

Ley 29022, Ley para la expansión de infraestructura en Telecomunicaciones.

Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada.

Ley 28976, Ley Marco de Licencia de Funcionamiento.

Ley 28032, Ley de eliminación de barreras burocráticas en favor de la competitividad de los agentes económicos.

Ley 28295, Ley que regula el acceso y uso compartido de infraestructura de uso público para la prestación de servicios públicos de telecomunicaciones.

Ley 28036, Ley de Promoción y Desarrollo del Deporte.

Ley 27972, Ley Orgánica de Municipalidades.

Ley 27883, Ley de Bases de la Descentralización.

Ley 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales

Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL.

Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

Ley 25035, Ley de Simplificación Administrativa.

Ordenanza 1022-MML, Precisan alcances de la Ley N° 28996 sobre eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada.

Ordenanza 125-A-MDC, Precisan que la Ordenanza N° 1022 de la Municipalidad Metropolitana de Lima es de aplicación en la jurisdicción del distrito de Carabaylo.

Ordenanza 121-97-MML, Declaran que artículo del D.L. N° 25868, no tiene aplicación respecto de actos de administración pública del ámbito municipal en provincia de Lima.

Resolución Administrativa 104-CME-PJ del 31 de mayo de 1996.

Resolución de Consejo Directivo de OSINERG 312-2004-OS-CD, Reglamento de la Junta de Apelaciones de Reclamos de Usuarios - JARU.

Resolución de Consejo Directivo de OSINERG 028-2003-OS/CD, Tipificación de Infracciones y Escala de Multas y Sanciones de OSINERGMIN.

Resolución de Consejo Directivo de OSINERG 0826-2002/OS-CD, Reglamento de Osinerg para la Solución de Controversias.

Resolución de la Comisión de Normalización y de Fiscalización de Barreras Comerciales No Arancelarias N° 048-2008-CNB-INDECOPI, Reglamento de Elaboración y Aprobación de Normas Técnicas Peruanas.



## **Proyectos de Ley**

Anteproyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Proyecto de Ley 209/2006-CR, Proyecto de Ley que propugnaba la creación de un Organismo Supervisor de Servicios Municipales (OSSM), presentado el 14 de setiembre de 2006, a iniciativa de la Célula Parlamentaria Aprista.

Proyecto de Ley 125/2006-CR, Ley de eliminación de sobrecostos, trabas y restricciones a la inversión privada, presentado el 6 de setiembre de 2006, a iniciativa del congresista Luis Galarreta Velarde.

## **LEGISLACIÓN EXTRANJERA**

### **España**

Constitución española de 1978.

Ley 15/2007, de 3 de julio de 2007, Ley de de Defensa de la Competencia.

Ley 52/1999, que modifica la Ley 16/1989.

Ley 7/1997 de Liberalización de los Colegios Profesionales.

Real Decreto-Ley 7/1996, que modifica la Ley 16/1989.

Ley 16/1989, de 17 de julio de 1989, Ley de Defensa de la Competencia.

Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Ley 110/1963, Ley de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia.

### **Unión Europea**

Tratado de la Unión Europea.

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y Parlamento Europeo [COM (96) 359 final].

## **Estados Unidos**

U.S. CODE.

Telecommunications Act (1996).

Robinson-Pactman Act (1950).

Civil Aeronautics Act (1938).

Webb-Pomerene Act (1918).

Clayton Act (1914).

Federal Trade Commission Act (1914).

Sherman Act (1890)

## **PÁGINAS WEB**

American Bar Association (Sección de Derecho Antitrust)

<http://www.abanet.org/antitrust/>

Boletín Latinoamericano de Competencia

<http://ec.europa.eu/competition/publications/blc/>

Comisión Federal de Competencia de México

[www.cfc.gob.mx](http://www.cfc.gob.mx)

Comisión Nacional de Competencia de España

[www.cncompetencia.es/](http://www.cncompetencia.es/)

Competition Bureau de Canadá

[www.competitionbureau.gc.ca/](http://www.competitionbureau.gc.ca/)

Consumer Unity and Trust Society

<http://www.cuts-international.org/>

Departamento de Justicia (DOJ) de Estados Unidos (División Antitrust)

<http://www.justice.gov/atr/>

European University Institute

<http://www.eui.eu/Home.aspx>

Federal Trade Competition (Bureau of Competition)

<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>

Fiscalía Nacional Económica de Chile

[www.fne.cl/](http://www.fne.cl/)

Foro de Cooperación Económica Asia-Pacífico

<http://www.apec.org/>

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad  
Intelectual - INDECOPI

[www.indecopi.gob.pe/](http://www.indecopi.gob.pe/)

International Bar Association (Comité Antitrust)

[http://www.ibanet.org/LPD/Antitrust Trade Law Section/Antitrust/Default.aspx](http://www.ibanet.org/LPD/Antitrust_Trade_Law_Section/Antitrust/Default.aspx)

International Competition Network

[www.internationalcompetitionnetwork.org](http://www.internationalcompetitionnetwork.org)

Office of Fair Trading de Reino Unido

[www.offt.gov.uk/](http://www.offt.gov.uk/)

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Energía y Minería – OSINERGMIN

<http://www.osinerg.gob.pe>

Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público – OSITRAN

[www.ositran.gob.pe](http://www.ositran.gob.pe)

Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

<http://www.osiptel.gob.pe/>

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD)

<http://www.oecd.org/>

Pontificia Universidad Católica (Departamento de Economía)

[www.pucp.edu.pe/departamento/economia/](http://www.pucp.edu.pe/departamento/economia/)

Tribunal Constitucional (Jurisprudencia)

[www.tc.gob.pe/search/search.pl](http://www.tc.gob.pe/search/search.pl)

Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile

[www.tdlc.cl/](http://www.tdlc.cl/)

Unión Europea (Comisión Europea)

[http://ec.europa.eu/competition/index\\_es.html](http://ec.europa.eu/competition/index_es.html)

United Nations Conference on Trade and Development

<http://www.unctad.org/>

## OTROS

Demanda de inconstitucionalidad de la Defensoría del Pueblo del 19 de setiembre de 2008, disponible en: <http://www.defensoria.gob.pe/docum-defensoriales.php> (página web visitada el 30 de agosto de 2009).

