

EL NUEVO DISEÑO DEL CONTROL DE CONDUCTAS PARA LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA: APUNTES SOBRE EL DECRETO LEGISLATIVO 1034 – LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (LRCA)*

Pierino Stucchi López Raygada**

El actual posicionamiento del Perú en el mercado mundial y las dinámicas que este hecho supone empiezan a reflejarse en el Derecho Interno. Así, cada vez existen mayores requisitos que nuestros compromisos internacionales exigen. Entre ellos, recientemente ha destacado la protección de la libre competencia.

En el presente artículo, veremos la realidad de la institucionalidad de la defensa de la libre competencia, y nos aproximaremos a los medios empleados y los fines que se buscan.

* Este artículo tiene como base una contribución presentada por el autor para el Noveno Período de Sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, realizado en Ginebra del 16 al 18 de julio de 2008. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. Agradece especialmente a los señores Gianfranco Iparraguirre Romero, Martín Talavera Díaz y Carlos Rojas Klauer.

** Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. Profesor de los cursos Derecho Empresarial e Integración Económica en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor del curso Derecho Económico Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales y Comercio Internacional en el Instituto de Gobierno de la Universidad San Martín de Porres. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa en la UPC y de segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP.

I. INTRODUCCIÓN: LA LRCA Y EL ACUERDO DE PROMOCIÓN COMERCIAL CON EE.UU.

El Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y Estados Unidos (en adelante, "APC con EE.UU."), cuya finalidad es establecer un área de libre comercio entre estos Estados, es un instrumento internacional dirigido, entre otros, a asegurar la libre circulación de bienes y servicios, a proteger las inversiones colocadas en uno de estos Estados por un agente económico del otro Estado y a garantizar la protección de la propiedad intelectual como estímulo a la innovación en un mercado ampliado.

La suscripción de este tratado ha generado que nuestro país tenga la obligación de implementar, en vía normativa, diversos compromisos asumidos en el contexto de la conjunta y recíproca apertura de mercados y que, en general, tenga la necesidad de mejorar su marco regulatorio para aprovechar los beneficios derivados del libre comercio y del estímulo a las inversiones. Debe considerarse que el APC con EE.UU. nos permite institucionalizar un mercado ampliado con nuestro principal socio comercial y procurar reformas sobre la mejora del marco regulatorio de nuestro mercado. El objetivo es permitir el mejor aprovechamiento del libre comercio que instaura el APC con EE.UU. y los demás acuerdos comerciales que se vienen negociando y suscribiendo con otros Estados.

En este contexto, el Congreso de la República, mediante la Ley 29157, delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, entre otras materias, precisamente, sobre la mejora del marco regulatorio. Dicha delegación permitió al INDECOPI reactivar la reflexión acerca de la necesidad de lograr una reforma del sistema de defensa de la libre competencia conformado por: i) el Decreto Legislativo 701 –Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, y, ii) la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico. Esta reflexión, en la que participaron funcionarios de la institución especializados en la materia y que fue enriquecida por la contribución de diversos académicos nacionales y extranjeros, así como por privados con experiencia en estas materias, permitió que el INDECOPI sometiera a consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros un proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante, LRCA), cuyo contenido, salvo mínimas adiciones, definió la sustitución del Decreto Legislativo 701 - Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y res-

trictivas de la libre competencia (en adelante, la "ley antecesora").

La lógica de la LRCA, como nueva ley que controla las conductas contrarias a la libre competencia, se encuentra en sintonía con el Capítulo Trece del APC con EE.UU. sobre Política de Competencia que reconoce que cualquier conducta anticompetitiva "tiene el potencial de restringir el comercio e inversión bilateral" y que, en consecuencia, "proscribir dicha conducta, implementar políticas de competencia económicamente consistentes y cooperar (...) ayudarán a asegurar los beneficios de este Acuerdo" (artículo 13.1).

Esta sintonía afianza la conciencia acerca de que el libre comercio y el estímulo de las inversiones tienen por efecto intensificar el proceso competitivo en los mercados de los Estados que celebran un acuerdo comercial. A mayor flujo comercial, se produce mayor competencia por eficiencia, lo que, a su vez, aumenta el excedente de los consumidores, quienes pueden elegir entre bienes o servicios que pugnan por ofrecerles las mejores combinaciones de precio y calidad. Por ello, cualquier agente económico que restrinja, limite o impida la libre competencia, estará afectando el bienestar que el libre comercio es capaz de generar en beneficio de los consumidores y de la sociedad en general.

II. LA COMPETENCIA PERFECTA Y LA PROCURA DE LA MÁXIMA COMPETENCIA POSIBLE

La LRCA, como cualquier instrumento normativo cuyo objetivo es la defensa del proceso competitivo, procura que la realidad de este proceso se acerque lo máximo posible a la competencia perfecta. Para tal fin, prohíbe y sanciona toda conducta contraria al deber de no afectar el proceso competitivo y al deber de competir, que corresponden a todo agente económico que concurre en el mercado.

Debe recordarse que el modelo teórico de competencia perfecta asume que los agentes que participan en el mercado: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de información absoluta (transparente) sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes, y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí. Este modelo supone, en su definición teórica, que no

existen barreras de entrada o de salida para que un agente ingrese a cualquier actividad o se coloque en posición de oferente o demandante. Así, cualquier agente que procura realizar transacciones, intentando e insistiendo en alejarse de una posición de equilibrio, sea por distanciarse de los precios (al subirlos) o de la calidad (al disminuir el nivel) que exige el mercado, tiende a ser expulsado por la dinámica misma de la interacción entre la oferta y la demanda, siendo su posición cubierta inmediatamente¹.

La experiencia permite apreciar, con evidencia, que el modelo teórico de competencia perfecta no existe ni se materializa en la realidad. Lo propio es considerar que todo sector posee un grado de imperfección, mayor o menor, respecto a las premisas que el modelo teórico de competencia perfecta asume y que se han detallado previamente. Sin embargo, queda claro que, mientras mayor sea el acercamiento que la realidad tenga respecto a dicho modelo teórico, los agentes económicos competirán con otros por vender sus productos y/o por adquirir los insumos, las materias primas y los servicios necesarios para su actividad.

Así, mientras más se acerque la realidad al modelo teórico de competencia perfecta en determinado sector, los agentes económicos concurrentes en el mismo se verán obligados a procurar la mejora de los elementos de su oferta –sea aumentando la calidad o disminuyendo los precios– para lograr la preferencia de los demandantes de bienes y servicios; y/o, a procurar la mejora de las condiciones de su demanda –por el aumento de los precios que están dispuestos a pagar– para lograr la adquisición de determinados insumos, materias primas y servicios necesarios para su actividad y que no gozan de una condición de abundancia en determinado mercado.

Desde una economía social de mercado, el proceso competitivo real se desarrolla bajo reglas de

eficiencia, siempre a cierta distancia –lejos o cerca– del modelo teórico de competencia perfecta. En este proceso, el éxito es logrado por el agente económico que ofrece o demanda bienes o servicios con mejores combinaciones de precio y calidad que otros concurrentes que sean sus competidores. Desde el ángulo del consumo, esta circunstancia genera que los demandantes (consumidores intermedios o finales) se vean beneficiados, tanto individualmente como en conjunto, pues logran mayores niveles de bienestar a menor costo, aumentando su excedente.

En consecuencia, conociendo la distancia entre la competencia perfecta como modelo teórico y la realidad de los mercados, el objetivo de la actividad pública en una economía social de mercado es lograr que en el proceso competitivo exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*)², en beneficio del interés general. Uno de los instrumentos que persigue dicha finalidad son las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas, como es el caso de la LRCA bajo comentario.

III. LA ACTIVIDAD DE POLICÍA Y EL ORDEN DEL MERCADO

En nuestro país, como en la generalidad de las actuales sociedades democráticas, la actuación de los agentes privados tiene como referente el principio básico de libertad en el actuar. Ello significa que ninguna persona se encuentra obligada a hacer lo que la ley no manda ni impedida de hacer lo que la ley no prohíbe³.

En nuestro sistema jurídico, esta libertad general de actuar es el fundamento del ejercicio de la libre iniciativa privada que garantiza nuestra Constitución Política de 1993 en el escenario de una economía social de mercado⁴. En este escenario, los agentes económicos tienen derecho a la libre producción de bienes y a la libre prestación de

¹ Desde otro ángulo, respecto al modelo de competencia perfecta, Robert H. Frank considera que “son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado. (...) 2. Las empresas son precio aceptantes. (...) 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. (...) 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta”. Cita textual tomada de: FRANK, Robert H. *Microeconomía y Conducta*. Madrid: McGraw-Hill/Interamerica de España. 1992. pp. 378 y 379.

² VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “El Derecho Europeo de la competencia”. En: “Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas”. Valladolid: Lex Nova. 2005. pp. 42 y 43. (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...).”.
³ La Constitución Política del Perú indica textualmente:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...).”.

⁴ La Constitución Política del Perú indica textualmente: “Artículo 58. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...).”.

servicios, así como, consecuentemente, a la libre contratación⁵ y al libre comercio interno y externo, lo cual también es garantizado constitucionalmente⁶.

En este contexto, la actividad pública, desde la función administrativa, procura evitar que se presenten distorsiones en el proceso competitivo que generen un alejamiento de la máxima competencia posible. Esta actividad aplicada a la defensa de la libre competencia consiste en la limitación del ejercicio de derechos privados con el objetivo de asegurar el orden público económico en el mercado. Al respecto, la doctrina reconoce, en lo que respecta a la labor de ordenamiento del mercado, que la actividad de policía del Estado “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos”⁷.

Desde la perspectiva del orden del mercado, la actividad administrativa de policía se dirige a evitar que la libre iniciativa privada de los agentes económicos desborde el eficaz funcionamiento de un mercado, alejándolo del modelo teórico de competencia perfecta. Asimismo, en la labor de ordenamiento del mercado se reconoce que, sobre la actividad de los privados, a la administración “le ha correspondido asumir (...) un papel de control e inspección (...) sancionando administrativamente a estos sujetos cuando se apartan de la ley, de la regulación, o desconocen las reglas y principios del mercado, a través de actos de

competencia desleal o abusando de la posición dentro del mismo”⁸.

Se reconoce, en consecuencia, como dimensión de la actividad de policía del Estado la vigilancia sobre la actuación privada y su evaluación, a efectos de detectar posibles incumplimientos sobre los límites que se imponen a la libertad, con el objetivo de asegurar que el proceso competitivo se acerque lo máximo posible al modelo teórico de competencia perfecta. Ésta es la técnica de supervisión que es la esencia de un sistema de control de conductas anticompetitivas. Indudablemente, la técnica de punición, cuyas expresiones son el castigo o la sanción⁹. la coerción y la coacción, es necesaria en la actividad de policía del Estado, haciéndose concreta sobre sujetos de derecho que desarrollan conductas que restringen, limitan o dificultan el proceso competitivo.

IV. EL CONTROL DE ESTRUCTURAS Y EL CONTROL DE CONDUCTAS EN EL PERÚ

La defensa de la libre competencia, tradicionalmente, se viabiliza a través de dos ejes: i) el control de conductas, en el que se despliegan sanciones y medidas correctivas, *ex post*, contra el abuso de posición de dominio o las prácticas monopólicas –dependiendo de la tradición jurídica de que se trate–¹⁰ y contra las colusiones anticompetitivas, y, ii) el control de estructuras, *ex ante*, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del

⁵ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado: “En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras (...). En el caso peruano, (...) las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58 de la Constitución). (...) En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los organismos reguladores y el INDECOPI juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios” (Expediente 1963-2006-PA/TC, iniciado por recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferretería Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra la Resolución de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura).

⁶ La Constitución Política del Perú indica textualmente: “Artículo 63. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres (...)”.

⁷ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. “Principios de Derecho Público Económico”. Lima: Ara. 2004. pp. 332, 336 y 337.

⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Julio Orlando. “Tratado de Derecho Administrativo – Introducción”. Tomo I. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2003. p. 43. Coincidiendo con el profesor Santofimio, consideramos que dentro de la actividad de policía “se recogen el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general”, explicándose por ello que se identifiquen “como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, (...) justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad”. *Ibid.* pp. 40 y 41.

⁹ “Por sanción entendemos un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de multa (...)”. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y Tomás Ramón FERNÁNDEZ. “Curso de Derecho de Administrativo”. Tomo II. Cuarta edición. Madrid: Civitas. 1993. p. 163.

¹⁰ CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo. “Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia”. Segunda edición. Volumen 1. Buenos Aires: Heliasta. 2005. pp. 177-178.

mercado relevante o de referencia, pudieran afectar el proceso competitivo¹¹.

En el Perú, la Ley 26876 –Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico– establece el diseño del control de estructuras que nuestro país tiene, para realizar un control *ex ante*, únicamente en el indicado sector. La finalidad de esta ley es, como esta misma indica, someter a un procedimiento de autorización previa a “[l]as concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica (...), con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados” (artículo 1). Esta clara finalidad, en el objetivo de acercar el proceso competitivo a la máxima competencia posible, de modo tal que se aumente el bienestar social e individual, bien podría ser extendida a todos los demás sectores de la economía, por lo que debemos considerar que aún queda como tarea pendiente establecer un sistema general de control de estructuras en el país¹².

Por su parte, la LRCA es el instrumento que diseña el nuevo esquema de control de conductas anticompetitivas para la defensa la libre competencia en el país y que será objeto de análisis en los siguientes puntos de esta entrega.

V. EL NUEVO DISEÑO DEL CONTROL DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA

A. Finalidad

La LRCA tiene por finalidad dotar a los órganos competentes del INDECOPI de las facultades necesarias para que, desde la actividad de policía, aseguren el proceso competitivo, reprimiendo conductas de los agentes del mercado que sean capaces de evitar que se produzca la máxima competencia posible. Debe considerarse que el

término “represión” alude a un “[a]cto, o conjunto de actos, ordinariamente desde el poder, para contener, detener o castigar (...) actuaciones políticas o sociales”¹³; en consecuencia, la LRCA se dirige a enfatizar la labor de contención, disuasión y/o castigo sobre conductas cuyo impacto en el mercado es contrario al proceso competitivo.

En la LRCA queda más claro que en la ley antecesora que la finalidad de la represión de conductas anticompetitivas es asegurar que el proceso competitivo por eficiencia no se vea afectado, restringido o limitado en el mercado. Ello, en el pleno entendimiento de que la contienda de las empresas por la preferencia del consumidor, en términos de eficiencia, genera que éstas tiendan a ofrecerle las mejores combinaciones de precio y calidad para que satisfaga sus necesidades, lo que, a su vez, progresivamente proyecta un aumento en su excedente, permitiéndole comprar más a un menor precio, o, por el mismo precio, obtener una mayor calidad, lo que aumenta su bienestar individual y, consecuentemente, el bienestar social.

La LRCA indica expresamente que “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” (artículo 1), por lo que es evidente que esta ley se encuentra en plena sintonía con el APC con EE.UU., en cuanto éste establece como compromiso que “[c]ada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor” (artículo 13.2).

Desde otro ángulo de ampliación de mercados e integración, debe recordarse que Perú es miembro pleno de la Comunidad Andina junto con Bolivia, Colombia y Ecuador, por lo que es parte del Sistema Comunitario Andino de Defensa de la Libre Competencia instaurado por la Decisión 608 –Normas para la protección y promoción de la

¹¹ En el mismo sentido, reconoce la doctrina que “[e]xisten dos modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia (...) [l]a política de comportamiento es la forma más tradicional, y consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas (...) [l]a política estructural, en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste en (...) procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de empresas que buscan influir en la concentración de los mercados (...)”. COLOMA, Germán. “Defensa de la Competencia – Análisis económico comparado”. Buenos Aires: Ciudad Argentina. 2003. p. 14.

¹² Debe recordarse que, en el año 2005, el INDECOPI propuso un diseño de control de estructuras como parte de un proyecto de ley. Si bien este proyecto no prosperó, podría ser la base de una futura reflexión.

¹³ Real Academia Española. “Vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española”. En: www.rae.es.

libre competencia en la Comunidad Andina. Al respecto, esta decisión establece como su finalidad “la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores” (artículo 2), lo que también guarda plena consonancia con la finalidad de la LRCA. Veremos más adelante cómo dicha decisión puede ser aplicada sobre conductas anticompetitivas con efecto en nuestro país.

B. Ámbito de aplicación

La LRCA se aplica sobre las conductas contrarias a la libre competencia, desde un enfoque de primacía de la realidad, exigiendo, para su evaluación, la atención sobre los efectos económicos que éstas produzcan y no sobre la forma o denominación de los actos que las provocan o sustentan (artículo 5).

1. Alcance territorial: teoría de los efectos y cooperación con otros Estados

Las conductas anticompetitivas bajo el ámbito de prohibición y sanción de la LRCA son conductas que generan efectos contrarios a la competencia en el territorio nacional, sin necesidad de que se originen en nuestro territorio (artículo 4). Esta determinación permite apreciar que la LRCA adhiere a la *teoría de los efectos* como principio habilitante para que la autoridad actúe sobre las conductas que afectan el proceso competitivo, lo cual constituye también un avance significativo frente a la ley antecesora. Ello permite al INDECOPI, por ejemplo, sancionar y contrarrestar cárteles de exportación, tal como ocurriría en el caso de una fijación concertada de precios por parte de exportadores extranjeros que tuviera efectos en el Perú, lo cual es perfectamente posible en un contexto de ampliación de mercados e integración económica. De otro lado, considerando dicho contexto, la LRCA determina como posible que, en ejecución de un acuerdo comercial o de cualquier otra índole, la autoridad nacional de competencia proceda a investigar una conducta desarrollada en nuestro país pero con efectos fuera del territorio nacional, lo que deberá producirse con el alcance y consecuencias que especifique el acuerdo correspondiente y siempre en

reflejo de prácticas recíprocas (Disposición Complementaria Final Tercera).

2. Distribución de competencias entre autoridades nacionales y comunitarias andinas

Si bien, conforme al numeral anterior, queda claro que el INDECOPI es la autoridad nacional competente para conocer conductas cuyo efecto sea capaz de afectar el proceso competitivo en nuestro país, debe recordarse que, como hemos anticipado, en algunos casos, la Secretaría General de la Comunidad Andina podrá ser competente para conocer una conducta con efectos en nuestro país. Ello, conforme lo dispone la Decisión 608 – Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

Esta decisión, cuyo contenido es de aplicación inmediata y efecto directo sobre nuestro país, así como preeminente respecto de la legislación nacional¹⁴, indica que la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para conocer una conducta estimada como anticompetitiva cuando dicha conducta se desarrolla en: i) “[e]l territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país”, y, ii) “[e]l territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros” (artículo 5). De otro lado, esta decisión indica expresamente que conductas distintas a las anteriores se remiten a lo dispuesto por la legislación nacional de cada Estado miembro y, en consecuencia, a la competencia de sus autoridades.

Lo anterior significa, en síntesis, que una conducta anticompetitiva con efectos en nuestro país será investigada, analizada y, eventualmente, sancionada bajo la competencia administrativa del INDECOPI siempre que dicha conducta no produzca también efectos concurrentes en otro País Miembro de la Comunidad Andina y siempre que no se desarrolle desde otro País Miembro, pues en estos casos será competente la Secretaría General comunitaria. Si bien estas consideraciones no se desprenden del propio texto de la LRCA,

¹⁴ STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. “La integración económica en la Comunidad Andina y su Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia: Aspectos institucionales y procesales”. En: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual 2. 2006, y STUCCHI, LÓPEZ RAYGADA, Pierino y GONZALEZ DELGADO, Gabriel. “Una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia – La Decisión 608 en el mercado ampliado andino”. En: Themis – Revista de Derecho 51. 2005.

fluyen de una interpretación sistemática de ésta y de la Decisión 608, considerando la irrevocable preeminencia de esta última al ser Perú miembro de la Comunidad Andina.

3. Sujetos bajo el ámbito de aplicación

En principio, corresponde a todo sujeto de derecho cumplir las prohibiciones establecidas por la LRCA, en cuanto se configure como agente económico o sea parte de uno, por ser oferente o demandante de bienes o servicios en el mercado.

Al respecto, la LRCA mejora la definición de la ley antecesora en esta materia, indicando expresamente que “se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad” (artículo 2). Debe considerarse que la imputación de una conducta sobre un sujeto de derecho, distinto a una persona natural, que incumpla una de las prohibiciones de la LRCA puede sustentarse en la actuación de personas que tengan o no la calidad de representantes para vincular civilmente a dicho sujeto de derecho, siempre que actúen en nombre de tal sujeto y por su encargo.

De modo complementario, las prohibiciones y sanciones que establece la LRCA, con el objetivo de aumentar su poder disuasivo, podrían aplicarse no solamente sobre los sujetos de derecho que desarrollen conductas contrarias al proceso competitivo como agentes económicos, sino sobre cualquiera que ejerza la dirección, el gerenciamiento o la representación de dichos sujetos, siempre que haya participado en el “planeamiento, realización o ejecución” de dicha conducta (artículo 2).

4. Conductas exceptuadas

Debe tenerse en cuenta que la LRCA exceptúa de reproche y sanción a una conducta que, siendo contraria al proceso competitivo, es consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley. Una conducta como ésta no podrá ser sancionada ni detenida por la LRCA. Sin embargo, sí podrá ser objeto de análisis por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, la Comisión) para determinar sus efectos contra el proceso competitivo y/o el bienestar de los consumidores. En casos como estos, la Comisión podrá emitir informes que presenten una evaluación al respecto, desarrollando propiamente

lo que se entiende por abogacía o promoción de la competencia, los que podrían incluir la emisión de recomendaciones que sugieran la derogación de la norma legal de que se trate si afectara el proceso competitivo (artículo 3).

En todo caso, si una norma legal pudiera ser considerada contraria a la Constitución Política por generar conductas contrarias al proceso competitivo si fuera el caso, podrá presentarse una demanda ante el Tribunal Constitucional con la finalidad de lograr su eliminación y, consecuentemente, que la conducta que dicha norma generaba pierda la condición de exceptuada (artículo 3).

C. Diseño de prohibiciones y sanciones

Las conductas contrarias al proceso competitivo son proscritas por la LRCA en dos niveles de prohibición. Uno que corresponde a prohibiciones absolutas y otro que corresponde a prohibiciones relativas.

1. Prohibiciones absolutas

Este nivel de prohibición proscribía determinadas conductas sin excepción alguna. La LRCA indica expresamente que “[e]n los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta” (artículo 8). Una vez que se acredita la conducta, se considera acreditada la infracción.

Estas prohibiciones se encuentran reservadas para las conductas que se considera que siempre acarrearán efectos nocivos contra el proceso competitivo y, en consecuencia, adversas al bienestar de los consumidores. La LRCA aplica estas prohibiciones sobre las conductas consideradas como inherentemente contrarias a la competencia o *hard core cartels* y que son las colusiones horizontales más graves y evidentes en sus efectos anticompetitivos, por ser colusiones entre competidores directos, que tienen por efecto no cumplir con su deber de competir entre sí, y cuyo único contenido, al ser acuerdos desnudos (*naked cartels*) es: i) la fijación concertada de precios o de cualquier otra condición comercial o de servicio; ii) la limitación de producción o ventas, en especial mediante cuotas; iii) el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas, y, iv) la concertación o coordinación de ofertas, posturas o propuestas o la abstención de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en

subastas públicas y remates (artículo 11, ver cuadro 1).

La prohibición absoluta que recae sobre las conductas antes referidas procura ser una regla clara y cerrada que permita al agente económico conocer indubitablemente qué conducta merecerá el reproche y la sanción del Estado en ejecución de la actividad de policía que le corresponde.

2. Prohibiciones relativas

Este segundo nivel de prohibición proscribire una conducta en tanto sea capaz de generar o genere efectos perjudiciales sobre el proceso competitivo y, en consecuencia, sobre el bienestar de los consumidores. Dice expresamente la LRCA que “[e]n 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” (artículo 9).

Las prohibiciones relativas que la LRCA determina recaen sobre todas las demás conductas, distintas a las referidas en el literal precedente, que puedan ser sancionadas bajo su ámbito de aplicación. Es decir, se aplican sobre las colusiones horizontales que no se encuentran bajo prohibición absoluta, las conductas que configuran un abuso de posición de dominio y las colusiones verticales, conforme se apreciará más adelante en cuadros de síntesis.

Debe resaltarse que la regla que se aplica a conductas sobre las que recae una prohibición relativa es flexible y menos cerrada, colocando en manos del agente económico el análisis profundo acerca de si su propia conducta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores y, en consecuencia, si merecerá o no el reproche y la sanción del Estado en ejecución de la actividad de policía que le corresponde.

Resulta oportuno precisar que la sanción que se aplica sobre una conducta bajo una prohibición

relativa se dirige tanto contra ilícitos de peligro como contra ilícitos de resultado, conforme a la formulación de la prohibición relativa en la LRCA. Ello, debido a que se marca en esta ley tanto la posibilidad de sancionar conductas con efectos reales como conductas con efectos potenciales, contrarios al proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

En todo caso, debe considerarse que la LRCA exige una conjunción de efectos reales o potenciales contrarios al proceso competitivo y al excedente de los consumidores, por lo que no bastará acreditar uno u otro, sino ambos efectos a la vez, pues la consideración de efectos indicada es conjuntiva y no disyuntiva.

3. ¿Se materializan la regla *per se* y la regla de la razón?

Aun cuando se pudiera desear una asimilación de las prohibiciones absolutas con la regla *per se* y de las prohibiciones relativas con la regla de la razón, consideramos que no debe caerse en la tentación de establecer una imprecisa correspondencia de los dos niveles de prohibición que presenta la LRCA con la regla *per se* y con la regla de la razón, pues éstas no solamente provienen de una tradición jurídica distinta a la nuestra en la que se privilegian las consideraciones jurisprudenciales, sino que derivan en una aplicación diferente. Debe recordarse, como indicó el Tribunal del INDECOPI, en su oportunidad, que “la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. (...) en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción”¹⁵.

No debe olvidarse que la utilización de las referidas reglas tiene una naturaleza y finalidad distinta que las prohibiciones establecidas en la LRCA. Así, las prohibiciones que esta ley establece definen la determinación de una conducta anticompetitiva infractora, diferenciando en qué casos es necesario

¹⁵ Cita textual tomada de la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente 004-2002-CLC en el que se investigó la conducta de Asociación Peruana de Empresas de Seguros, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Rímac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América Compañía de Seguros S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros, que establece además un precedente de observancia obligatoria sobre la materia.

probar, además de la conducta misma, sus efectos, reales o potenciales, contra el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. De otro lado, según la experiencia jurisprudencial en EE.UU., se considera que determinadas conductas prohibidas son siempre perjudiciales para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, no siendo posible probar efectos positivos que permitan una exoneración de la sanción que les corresponde, por lo que se les aplica la regla *per se*. La regla de la razón, desde esta experiencia jurisprudencial, permite considerar que determinadas conductas sí producen efectos de beneficio agregado, principalmente para los consumidores, lo que podría permitir una exoneración de la sanción.

Dicho lo anterior, las prohibiciones absolutas que establece la LRCA que podrían pretenderse, imperfectamente, asimilar a una regla *per se*, tienen la virtud de acabar con un intenso debate nacional acerca de si se podía o no aplicar válidamente esta regla a una fijación concertada de precios. La materia de debate era determinar la interpretación correcta de la ley antecesora, teniendo en consideración que su texto establecía una prohibición general sobre “los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional” (artículo 3, subrayado añadido).

Hoy, con la vigencia de la LRCA este debate no tiene mayor utilidad. Sin embargo, es necesario indicar que, con independencia de la preferencia que se posea acerca de si la fijación concertada de precios debe tener o no una prohibición absoluta sobre sí, quedaba claro, desde la perspectiva del principio de legalidad administrativo –de cumplimiento indispensable en un esquema sancionador– que la ley antecesora presentaba una prohibición relativa general. Por tanto, en nuestra opinión, toda conducta que se pretendiera considerar anticompetitiva –incluidas la más graves– debía estar sujeta no solamente a la verificación de la conducta misma, sino, además, a la verificación de un efecto lesivo sobre el bienestar

general, lo que impedía considerar una fórmula de prohibición absoluta o una forma de regla *per se*, incluso en los casos en los que la probabilidad de perjuicio para el interés económico general fuera altísima, tal como ocurre en los casos de fijación concertada de precios entre competidores. Actualmente, la LRCA ha zanjado este debate.

D. Categorías necesarias para el análisis de las conductas prohibidas

Existen dos categorías necesarias y complementarias entre sí para el análisis de las conductas anticompetitivas prohibidas por la LRCA. Estas son el mercado relevante o mercado de referencia y la posición de dominio. De hecho, si bien la LRCA directamente indica su utilización al analizar las conductas de abuso de posición de dominio y las conductas de colusión vertical, son categorías de especial referencia, a nuestro juicio, para evaluar también los efectos de las conductas de colusión horizontal que se encuentran bajo una prohibición relativa, como referiremos más adelante.

1. Mercado relevante o mercado de referencia

La LRCA indica que el mercado relevante “está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico”, siendo el primero “el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos”, mientras que el segundo “es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante” (artículo 6).

Debe tenerse en cuenta que la definición del mercado relevante dependerá de las condiciones de cada realidad y de cada mercado, desde una perspectiva dinámica que se construye mediante una síntesis de la definición del bien o servicio materia de análisis y de aquéllos que pueden ser una alternativa real para el adquirente de los mismos; así como del ámbito geográfico en el que la oferta y la demanda bajo análisis interactúan¹⁶.

Es innegable que las categorías que la LRCA presenta en esta materia combinan la experiencia europea y la experiencia en EE.UU. en definición y

¹⁶ Cabe considerar que en el proceso de integración europeo, el mercado relevante o de referencia “se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”. Comisión de las Comunidades Europeas. “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03)”. 1997.

análisis del mercado relevante o de referencia. Desde la perspectiva europea, se ha decantado la consideración de que el mercado relevante o de referencia sobre el producto se configura por “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos”¹⁷. Por su parte, los lineamientos de EE.UU. en esta materia construyen el mercado de producto bajo un modelo de suposición –que podría admitir algunos niveles de constatación empírica– imaginando cómo se comportaría el mercado si un monopolista, *maximizador* de beneficios, fuera el único oferente de los productos que se proponen como base del análisis y éste aumenta “mínima pero significativamente” –y no transitoriamente– el precio de dichos productos. Si con dicho aumento hipotético, digamos en un cinco por ciento, los demandantes de dicho producto no migran al consumo de otros productos, se cierra la determinación del mercado de producto, pero si migraran al consumo de otros productos, estos se incorporan en el mercado relevante del producto y se repite nuevamente el ejercicio hasta que no se produzca migración de consumo alguna¹⁸.

De otro lado, es importante indicar, como complemento de lo anterior, que en el proceso de integración europeo se considera como mercado geográfico relevante o de referencia “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, debido a que las condiciones de competencia en ella prevalentes son sensiblemente distintas a aquéllas”¹⁹.

La LRCA, recogiendo la destacada experiencia en otras latitudes, indica que, para definir y evaluar el mercado de producto, se deberá analizar “entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución”; mientras que para determinar las alternativas de aprovisionamiento que condicionan el alcance del mercado geográfico, se deberá analizar “entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes” (artículo 6).

2. Posición de dominio o posición dominante

La posición de dominio o posición dominante de un agente económico siempre se vincula a determinado mercado relevante o de referencia. No es posible afirmar la existencia de una posición de dominio que no se encuentre predicada sobre determinado mercado claramente definido.

Un agente económico ostenta una posición de dominio en un mercado relevante cuando, en los hechos, no sufre una competencia efectiva por parte de otros agentes económicos. Por dicha razón, quien ostenta una posición dominante puede alejarse del equilibrio que sugiere el mercado, pues podría subir el precio de su producto o disminuir la calidad sin ser “contestado” inmediatamente. Es decir, sin que otro agente económico pueda tomar su lugar con una oferta de menor precio o de mayor calidad, o sin que sus proveedores, clientes o consumidores puedan abandonarlo en el corto plazo. En otras palabras, quien ostenta una posición de dominio en determinado mercado, de alguna manera, no ve afectada ni condicionada su conducta por la

¹⁷ Comisión de las Comunidades Europeas. Op. Cit.

¹⁸ Así, en el Horizontal Merger Guidelines, se señalan como lineamientos para determinar el mercado de producto, cuando el oferente no diferencia precio entre los demandantes del producto, los siguientes: “Absent price discrimination, the Agency will delineate the product market to be a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products (“monopolist”) likely would impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price. That is, assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would prove to be too narrow.” U.S Department of Justice and The Federal Trade Commission. “Horizontal Merger Guidelines”. 1997. Sin embargo, cuando para el oferente es eficiente diferenciar los precios a sus demandantes y puede hacerlo: “The analysis of product market definition to this point has assumed that price discrimination – charging different buyers different prices for the same product, for example– would not be profitable for a hypothetical monopolist. A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist.(...)The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price.” U.S Department of Justice and The Federal Trade Commission. Op. Cit.

¹⁹ Comisión de las Comunidades Europeas. Op. Cit.

interacción con otros agentes económicos en el proceso competitivo. La existencia de un agente económico que ostenta una posición de dominio implica un cierto alejamiento, en mayor o menor grado, del modelo teórico de competencia perfecta en el que ningún agente económico puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros en el mercado.

Al respecto, la LRCA establece que un agente en el mercado ostenta una posición de dominio en determinado mercado relevante o de referencia “cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o la demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad” (artículo 7).

Así, quien ostenta posición de dominio no tiene que bajar necesariamente sus precios si sus competidores lo hacen²⁰ y tampoco tiene necesariamente que pagar más por los insumos que adquiere aún cuando sus competidores decidieran pagar mayores precios por dichos insumos. En realidad, ocurre que la conducta de un agente económico que ostenta una posición de dominio en determinado mercado no es disciplinada por el resto de agentes económicos, pues éste no es impactado completamente por la dinámica que genera la interacción entre la oferta y la demanda, a las cuales puede influenciar, de algún modo, unilateralmente. Como veremos en puntos siguientes, cuando un agente económico ostenta una posición de dominio, su comportamiento tiene algunas restricciones adicionales a las que corresponde a todo agente económico, para evitar que pueda afectar, dificultar o restringir el proceso competitivo.

¿Qué circunstancias permiten que un agente posea una posición de dominio en el mercado? La LRCA es especialmente clara al indicar que dicha posición puede deberse, entre otros: i) a factores propios de la dinámica del mercado relevante, tal como sería una participación significativa en el mismo por parte de dicho agente, las características de la oferta y la demanda –incluido el

desarrollo tecnológico– o el poder de negociación de otros agentes económicos que interactúan en dicho mercado, tales como competidores, proveedores y/o clientes, o, ii) a factores que condicionan o dificultan el acceso al mercado relevante a otros agentes competidores, tal como sería alguna dificultad en el acceso de estos al financiamiento, al suministro de insumos, a materias primas o a servicios necesarios, o como son las barreras de entrada o de salida, de cualquier índole (artículo 7).

Debemos enfatizar que no era necesario indicar, como lo hace expresamente la LRCA, que el hecho de gozar de una posición de dominio en el mercado es una infracción. Queda claro que ostentar una posición dominante, incluso si se tratase de un monopolio, no es una conducta en sí misma sino, tan sólo, una situación. Lo prohibido y, en consecuencia, sancionado es abusar de dicha posición mediante una conducta que afecte el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

E. El abuso de posición de dominio

Cabe precisar que la posición de dominio se puede lograr y mantener por diversos medios, tales como: i) la concentración empresarial, horizontal o vertical²¹; ii) la elevación de los costos de los competidores, existentes o potenciales, pagando altos precios por los insumos, las materias primas y los servicios escasos y necesarios para su actividad; iii) el aumento cualitativo y cuantitativo de la eficiencia en la producción, y/o, iv) la aplicación de estrategias de mercadotecnia, tales como la diferenciación de productos utilizando marcas y/o comunicaciones que establezcan posicionamientos singulares, así como desarrollando promociones de beneficio hacia los demandantes de los bienes o servicios que conformen el mercado relevante de producto²².

Debe considerarse que el mantenimiento o el incremento de la posición de dominio, por causas distintas a la eficiencia económica, pueden configurar un abuso de dicha posición si ésta excluye del mercado a concurrentes en otros

²⁰ De hecho, la doctrina reconoce que “el poder de mercado puede también expresarse como la diferencia entre el precio que una empresa percibe en un mercado y el precio que existiría en tal mercado en condiciones de competencia perfecta (...)”. Cabanellas de las Cuevas, Guillermo. Op. Cit. p. 165.

²¹ La integración horizontal redundaría en una mayor participación del mercado, mientras que la integración vertical podría: a) mejorar el acceso a los insumos en una integración con quien los produce si la integración es hacia atrás, o, b) mejorar el acceso a los clientes o consumidores en una integración con quien administra canales de distribución si la integración es hacia adelante.

²² FERNÁNDEZ - BACA, Jorge. “Organización Industrial”. Lima: Universidad del Pacífico. 2006. pp. 151 y 152.

niveles de la cadena productiva, o, excluye a competidores, actuales o potenciales, o dificulta su permanencia o acceso al mercado. Asimismo, el abuso de una posición de dominio puede explotar o reducir el excedente de quienes transen con quien ostenta dicha posición, al aceptar condiciones que no se podrían exigir bajo un escenario competitivo. Estos son los conocidos efectos *exclusorios* y *explotativos* que puede generar un abuso de posición de dominio.

Pese a que el agente económico que ostenta una posición de dominio en determinado mercado relevante puede actuar con prescindencia de sus competidores, la prohibición de abusar de dicha posición exige implícitamente a dicho agente que se comporte como si estuviera bajo la influencia de la dinámica del proceso competitivo, exigién-

dole actuar como lo haría si tuviera competidores que amenazaran su posición de concurrencia.

Al prohibir el abuso de posición de dominio, la LRCA no valora como justificación la causa de dicha posición, pues el abuso será sancionado “inclusive cuando la posición de dominio derive de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo” (artículo 10). Aún cuando un acto público genere una posición de dominio, el abuso desde tal posición, en ningún caso, se encuentra permitido.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que ejemplifica como prohibidas bajo la tipificación general del abuso de posición de dominio.

Cuadro 1
Expresión legislativa de la prohibición de abusar de una posición de dominio

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general	“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio.- 10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto <i>exclusorio</i> tales como:	Relativa: en los casos no ejemplificados.
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de negarse a transar.	(a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	(b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;	Relativa: en todos los casos.

Prohibición de aplicar contratación atada.	(c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de aplicar barreras de acceso contra competidores.	(d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de limitar la distribución o venta.	(e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de indebido ataque procesal.	(f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de boicot.	(g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,	Relativa: en todos los casos.
Disposición de cierre del listado enunciativo que complementa la prohibición general (cláusula general).	(h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.	Relativa: en los casos no ejemplificados.

Elaboración: propia.

Fuente: Artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034.

Queda claro que la LRCA procura proyectar como prohibido y sancionado el abuso de posición de dominio a condición de que tenga un efecto *exclusorio*. Ello se hace evidente cuando ésta indica que “el abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto *exclusorio*” tales como las ejemplificadas que se han mostrado en el cuadro precedente, indicándose además que “[n]o constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales” (artículo 10.2 y 10.5).

Debe considerarse que el abuso de la posición de dominio es una conducta que se encuentra sujeta a prohibición relativa, en todos los casos. Por ello, además de la conducta misma se deberá acreditar “que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (artículo 9). Esta exigencia que marca la prohibición relativa en la LRCA parece exigir la acreditación conjunta de efectos, reales o potenciales, contra la competencia, es decir de índole *exclusorio*, y de efectos contra el bienestar del consumidor, es decir de índole *explotativo*.

Esta exigencia conjunta nos puede llevar a suponer que las conductas que afectan el proceso competitivo siempre tienen un impacto, mayor o menor, sobre el bienestar del consumidor. Este sería, por ejemplo, el caso de la prohibición de aplicar contrataciones atadas. Así, si una empresa que tiene posición de dominio en la comercialización de equipos de cómputo, ata la venta de dichos equipos a la venta de materiales de oficina y no vende tales equipos a quien no le compra dichos materiales, estará afectando a los competidores que concurren ofreciendo materiales de oficina, pues estará limitando sus posibilidades de competir en términos de eficiencia. Asimismo, se encontrará explotando el excedente del consumidor de útiles de oficina pues éste perderá la posibilidad de elegir la oferta que le presente una mayor satisfacción de necesidades en términos de su combinación de precio y calidad, pues no puede evitar comprarle ambos productos al dominante. En otros casos menos claros, podemos suponer lógicamente que toda restricción afecta, en mayor o menor medida, el excedente del consumidor. Quedará a la aplicación jurisprudencial desarrollar su enfoque al respecto.

Asimismo, debe considerarse que cuando la LRCA se refiere a “competidores” en la determinación de conductas que configuran un abuso de posición de dominio, puede referirse, dependiendo del caso, a competidores de quien ostenta dicha posición como en el caso de la aplicación de barreras de acceso por obstaculizar a otros agentes del mercado, de manera injustificada, la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación, o a concurrentes en otros puntos de la cadena, como en el caso de las negativas a transar, pues aquí la afectación se produce sobre quienes contratan o desean contratar con el dominante y no sobre quienes compiten con éste. En este último caso, podríamos estar frente a una conducta *exclusoria – explotativa*, pues los concurrentes en otro punto de la cadena de producción o comercialización pueden ser clientes del dominante y/o sus consumidores intermedios o finales. Quedará también en la aplicación jurisprudencial el desarrollo de estas consideraciones.

F. La colusión horizontal

La prohibición de conductas de este tipo determina que la relación entre los concurrentes en el mercado debe mantener una tensión competitiva, en cuanto éstos deben luchar por la preferencia de los demandantes –con otros concurrentes que ofrecen bienes o servicios similares o sustitutos– ofreciéndoles mejores condiciones de calidad y precio para satisfacer sus necesidades, y/o por lograr transacciones con quienes les ofrecen los insumos, las materias primas y los servicios que requiere su actividad económica.

Los agentes económicos no solamente tienen derecho a competir, sino que, esencialmente, tienen el deber de hacerlo y de no restringir o eliminar la competencia entre sí. A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que ejemplifica como prohibidas bajo la tipificación general de la colusión horizontal.

Cuadro 2
Expresión legislativa de la prohibición de colusiones horizontales anticompetitivas

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general ²³	“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:	Relativa: en los casos no ejemplificados.
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de concertar precios u otras condiciones.	(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;	Absoluta: siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Prohibición de limitar o controlar la oferta.	(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;	Absoluta: en el caso de limitación de producción o ventas; en particular mediante cuotas, siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.

²³ Como indica la exposición de motivos que acompañó a la LRCA, “[e]n el numeral 11.1 (...) se define qué se entiende por prácticas colusorias horizontales. Dichas conductas pueden ser de distintos tipos, a saber, acuerdos (convenios demostrados mediante pruebas directas), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directivas con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas (convenios demostrados mediante indicios y presunciones)”.

Prohibición de dividirse el mercado.	(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;	Absoluta: siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Prohibición de concertar niveles de calidad.	(d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	(e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar contratación atada.	(f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar negativas a transar.	(g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar barreras de acceso contra competidores.	(h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de limitar la distribución o venta.	(i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar posiciones en procesos públicos de adquisición ²⁴ .	(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,	Absoluta: siempre que sea producto de un acuerdo horizontal inter marca que no sea complementario o accesorio a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Disposición de cierre del listado enunciativo que complementa la prohibición general (cláusula general).	(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica”.	Relativa: en los casos no ejemplificados.

Elaboración: propia.

Fuente: Artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas –Decreto Legislativo 1034.

²⁴ Respecto de este supuesto ejemplificado por la LRCA, debe considerarse que ésta establece expresamente una previsión por si se produce una conducta anticompetitiva bajo esta modalidad u otra en el escenario de la contratación del Estado. Indica la LRCA, en su disposición complementaria final segunda que “[d]e conformidad con lo dispuesto en el Artículo 11° del Decreto Legislativo 1017, Ley de Contrataciones del Estado, cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado identifique alguna conducta que pudiera constituir una práctica anticompetitiva (...) comunicará tal hecho al INDECOPI para que éste, a través de sus órganos competentes, y de ser el caso, inicie el procedimiento sancionador correspondiente y determine la responsabilidad que pudiere existir”.

Sostener, de modo general, que las reglas de defensa de la libre competencia únicamente sancionan conductas que tengan efecto *exclusorio* no es preciso, pues el contra ejemplo de dicho señalamiento se encuentra en la prohibición absoluta que se aplica a determinadas colusiones horizontales cuyos efectos son esencialmente perjudiciales contra el consumidor intermedio –que bien puede ser concurrente en otro punto de la cadena– o contra el consumidor final que adquiere productos a precios concertados entre competidores que no pugnan entre sí, lo que configura un efecto indudablemente *explotativo*. Ocurre lo propio cuando determinados competidores forman monopolios artificiales al dividirse geográficamente determinados mercados o cuando acuerdan indebidamente estandarizar niveles de calidad.

En todo caso, debemos dejar sentado que, desde nuestra perspectiva, aún cuando la LRCA no lo exige ni indica, en todas las colusiones horizontales que se encuentran bajo una prohibición relativa debe analizarse de algún modo la posición de dominio conjunta que puedan lograr quienes desarrollan una colusión de este tipo en un mercado relevante o de referencia. Ello debido a que, si no logran una posición de dominio conjunta, será sumamente difícil acreditar un perjuicio para los consumidores puesto que ante una elevación de precio o una disminución de calidad concertadas entre competidores, si estos no ostentan posición de dominio conjunta, el consumidor podrá acudir sin dificultad a elegir otras ofertas disponibles en el mercado. Si bien dicha práctica podría tener efectos negativos para la

competencia, podría no acreditarse efecto perjudicial alguno sobre el bienestar de los consumidores, por lo que, bajo una prohibición relativa, no existiría infracción alguna.

De hecho, un análisis como el indicado en el párrafo precedente sería deseable también sobre las colusiones horizontales bajo prohibición absoluta, aún cuando la sola acreditación de la conducta baste para determinar la infracción. En todo caso, dicho análisis podría ser utilizado para efectos de determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción aplicable.

G. La colusión vertical

La figura de la colusión vertical definida expresamente por la LRCA es una novedad en nuestro sistema de defensa de la libre competencia. Esta ley exige, como es razonable, que al menos uno de los agentes económicos que desarrollan la colusión vertical ostente una posición de dominio. Caso contrario, dicha conducta no tendría, de modo verosímil, efecto negativo alguno sobre la competencia o el bienestar de los consumidores, al tener estos últimos otras alternativas para escoger en el mercado.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que determina como prohibidas bajo la tipificación general de la colusión vertical, en remisión a las conductas ejemplificadas como abuso de posición de dominio o colusión vertical en lo que corresponda.

Cuadro 3
Expresión legislativa de la prohibición de colusiones verticales anticompetitivas

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general ²⁵	“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales.- 12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en (...)	Relativa: en los casos no ejemplificados. Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos involucrados debe contar, con anterioridad al desarrollo de la conducta, con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate.

²⁵ Al respecto de la aplicación de esta cláusula general, debe considerarse lo indicado en la exposición de motivos que acompañó a la LRCA: “Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquélla. Si, por el contrario, la restricción vertical es producto de una imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio”.

Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Disposición de remisión a los listados enunciativos previos, a efectos de complementar la prohibición general (cláusula general).	(...) los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10 y 11.1 del Artículo 11 de la presente Ley, según corresponda”.	Relativa: en todos los casos. Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos involucrados debe contar, con anterioridad al desarrollo de la conducta, con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate.

Elaboración: propia.

Fuente: Artículo 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034.

Esta definición de las conductas verticales termina por zanjar una discusión teórica que se había producido respecto de cómo debía sancionarse una colusión vertical bajo la aplicación de la ley antecesora: si por abuso de posición de dominio o por práctica colusoria. La dificultad teórica consistía en que una colusión vertical requiere, para tener un efecto contrario al proceso competitivo, que alguno de los coludidos tenga posición de dominio. El problema que se generaba con la ley antecesora era que bajo la figura del abuso de la posición de dominio no se podía sancionar al coludido que no la tuviera; mientras que bajo la figura de las colusiones anticompetitivas –debido a que su descripción era genérica– no se refería la necesidad de verificar una posición de dominio en uno de los coludidos para determinar como anticompetitiva a la colusión vertical, por lo que bajo esta tipificación no se podía sancionar al dominante. La definición clara de las características de las colusiones verticales prohibidas que establece la LRCA elimina este problema.

H. Apuntes sobre el procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo que define la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento sancionador de un diseño más garantista que el contemplado por la ley antecesora. El procedimiento administrativo actual presenta una mejora significativa en la distribución de funciones instructoras y resolutorias a diferentes órganos, correspondiendo las primeras a la Secretaría Técnica y las segundas a la Comisión que se encuentra conformada por cuatro miembros.

Esta separación de funciones permite que el órgano instructor a quien corresponde imputar

los cargos de oficio –sea por propia iniciativa o por denuncia de parte–, investigar y actuar medios probatorios, no sea el mismo órgano que decide el caso. Esta separación asegura que la Comisión no se vea involucrada ni condicionada por las actuaciones, presunciones o constataciones que propone la Secretaría Técnica, asegurando los niveles máximos de imparcialidad que garantiza un esquema acusatorio y no inquisitivo. Este esquema ve afianzada la garantía que ofrece a los administrados al contemplar la posibilidad de apelar las decisiones más importantes de la primera instancia ante el Tribunal del INDECOPI como segunda instancia revisora. Este Tribunal, en sintonía con el principio de verdad material, cuenta con la facultad de actuar medios probatorios dirigidos a esclarecer los hechos acusados como infracción, de estimarlo necesario.

La LRCA define a este procedimiento como un procedimiento esencialmente sancionador, reconociéndose que los procedimientos iniciados por pedido de parte poseen naturaleza trilateral, lo que no afecta que la titularidad de imputación se mantenga a cargo de la Secretaría Técnica (artículo 18), manteniendo quien presenta la denuncia su habilitación para ofrecer medios probatorios y argumentar en procura de lograr la determinación de la infracción.

Debe destacarse que las reglas de este procedimiento y autoridades no se aplican ni corresponden, respectivamente, a los casos vinculados al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Dichos casos se tramitarán bajo las reglas que conforman el marco normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones –OSIPTTEL–, actualmente definido por la Ley 27336 – Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTTEL (artículo

17), siendo competentes las autoridades que definan dicho marco.

El procedimiento administrativo diseñado por la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento detallado que rescata y mejora las instituciones diseñadas por el procedimiento especial de la ley antecesora y por el procedimiento único del Decreto Legislativo 807 – Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.

No siendo posible en esta entrega presentar todas las reglas que conforman el procedimiento sancionador que la LRCA establece, deseamos hacer énfasis en las de mayor importancia.

1. El compromiso de cese

La LRCA permite a los agentes económicos procesados por una posible infracción colaborar con la autoridad para lograr que la conducta anticompetitiva que se viene desarrollando sea detenida voluntariamente, permitiendo dichos procesados que ofrezcan el compromiso de detener tal conducta antes de que transcurran cuarenta y cinco días hábiles desde iniciado el procedimiento sancionador. Éste es un plazo razonable para que los imputados decidan la necesidad de presentar dicho compromiso y puedan formularlo, lo que no ocurría con la ley predecesora que establecía un plazo mínimo.

En estos casos, la autoridad no se encuentra obligada a aceptar dicho compromiso y antes de hacerlo, debe evaluar que: i) los agentes económicos reconozcan algunos o todos los cargos imputados, lo cuáles deben concordar con las pruebas aportadas en el procedimiento; ii) la conducta anticompetitiva materia de reconocimiento no haya generado grave daño al bienestar de los consumidores, y, iii) las medidas propuestas para detener dicha conducta sean eficaces. Luego de dicha evaluación, que es realizada por la Secretaría Técnica, ésta puede proponer a la Comisión que suspenda el proceso. La decisión de aceptar o no dicha propuesta es discrecional y no puede ser impugnada, por ser el resultado de una negociación entre los imputados y la autoridad titular del interés general. Sin embargo, corresponderá a la autoridad supervisar que, efectivamente, se haya cumplido con el cese de la conducta anticompetitiva reconocida. En caso de verificarse que dicho cese no se ha realizado o que la conducta se desarrolla nuevamente, se configura una infracción grave, con las consecuencias punitivas que se detallarán más adelante (artículo 25). Debe

indicarse, asimismo, que de no aceptarse el compromiso de cese, las pruebas que se hayan acompañado a dicha solicitud no podrán ser utilizadas contra los agentes económicos que ofrecieron dicho compromiso ni contra otros procesados (artículo 25).

Finalmente, debe indicarse que la responsabilidad civil por una conducta anticompetitiva que ha sido materia de un compromiso de cese no desaparece, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de tal conducta (artículo 25).

2. La solicitud de exoneración de sanción

La solicitud de exoneración de la sanción es lo que podríamos entender como una solicitud de colaboración eficaz que, de ser aceptada, permite al agente económico procesado que colabora en la aportación de pruebas para acreditar la existencia de conductas anticompetitivas, exceptuarse de la sanción que le corresponde por su responsabilidad en los hechos infractores.

El diseño de los efectos de esta colaboración ha tenido muy en cuenta el esquema que la teoría de juegos le da al denominado *dilema del prisionero*. Así, la LRCA contempla expresamente que “[s]on varios los agentes económicos que solicitan la exoneración de sanción, sólo el primero que haya aportado pruebas de la existencia de la conducta anticompetitiva y de la identidad de los infractores, será beneficiado con la exoneración”, mientras que los demás “podrán ser beneficiados con la reducción de la multa, si dicha información es distinta a la que posee la autoridad de competencia, ya sea por propias investigaciones o por la solicitud de exoneración presentada con anterioridad” (artículo 26). De esta manera, se establecen incentivos para que cada agente económico procesado procure ser el primero en confesar y para que procure entregar la mayor cantidad de evidencias posibles sobre la conducta anticompetitiva investigada.

En este caso, también la evaluación de la solicitud es realizada por la Secretaría Técnica. Como en el caso del compromiso de cese, ésta puede proponer a la Comisión que se exonere al solicitante que prestó una colaboración eficaz de la sanción que le correspondería al finalizar el trámite del procedimiento. En este caso, la responsabilidad civil por una conducta anticompetitiva que ha sido materia de un compromiso de cese tampoco se ve eliminada, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de ésta (artículo 26).

3. Medidas cautelares y medidas correctivas

Ambas medidas, dictadas por la autoridad, tienen por finalidad evitar que continúe el daño sobre el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores que se deriva de una conducta anticompetitiva.

En el caso de las medidas cautelares, la regulación de la LRCA es significativamente mejor que la regulación de la ley antecesora. Pueden dictarse antes de que se inicie el procedimiento administrativo –caducando a los quince días si éste no llegara a iniciarse– tanto a solicitud de la Secretaría Técnica como instructor, como por el pedido de la parte denunciante o de un tercero legitimado y apersonado al procedimiento. Queda expresamente señalado que la finalidad de una medida cautelar es asegurar el pronunciamiento final, en particular, en lo concerniente a las medidas correctivas que se pudieran dictar (artículo 23).

Mejorando la técnica de la ley antecesora, la LRCA atribuye a la Comisión, expresa y detalladamente, la facultad de dictar medidas cautelares, señalando expresamente que se podrá ordenar la “medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere”, siempre que, como corresponde, exista verosimilitud acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva y peligro en la espera que involucre la emisión de la decisión final, además de otros requisitos de forma. La LRCA mejora la dimensión garantista a favor del administrado cuando indica que la medida cautelar de que se trate deberá “ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar” (artículo 23).

Por su parte, las medidas correctivas proyectan un enfoque de avanzada en cuanto se afirma que, en con objetivo de evitar que continúe produciéndose

la conducta anticompetitiva y sus efectos nocivos para el proceso competitivo y el bienestar del consumidor, éstas podrán consistir no solamente en el orden de cese de determinadas conductas, sino además, dependiendo del caso, en una orden que consista en una “obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones” o en la “inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos”, lo cual es plenamente necesario y consistente si se detecta y sanciona una conducta anticompetitiva materializada en una negativa a transar o contratar o si se materializa en una contratación atada, respectivamente. Una de las mejoras más significativas de la LRCA respecto a la ley antecesora es la referencia expresa acerca de las facultades que posee la autoridad para determinar medidas correctivas, superando el silencio del pasado que fue remediado por el Tribunal Constitucional²⁶.

4. Sanciones

Al declararse la existencia de una conducta anticompetitiva conforme lo establecido por la LRCA, las sanciones que se aplican a los agentes económicos infractores tienen dos ejes para su determinación. El primero son los topes de multa indicados expresamente en Unidades Impositivas Tributarias (en adelante, UIT) según la gravedad de la conducta. El segundo son los reguladores individuales de multa indicados como topes sobre las ventas o ingresos brutos del infractor, los que tienen la finalidad de evitar que una multa resulte desproporcionada o de una magnitud tal que sea capaz de eliminar a los agentes económicos del mercado.

Las sanciones sobre conductas anticompetitivas se mantienen fundamentalmente en los niveles establecidos por la ley antecesora. Sin embargo, se ajusta el tope para infracciones leves con una multa de hasta quinientas UIT y se mantiene el tope para infracciones graves con una multa de hasta mil UIT, así como la posibilidad de ordenar multas por encima de dicho tope en el caso de infracciones muy graves. Por su parte, los reguladores individuales de multa se escalonan, a diferencia del esquema de la ley antecesora que impedía colocar una multa que superara el diez por ciento de las ventas o ingresos brutos del agente infractor en el ejercicio anual previo a

²⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el proceso tramitado bajo Expediente 1963-2006-PA/TC, iniciado por recurso de agravio constitucional interpuesto por Ferreteria Salvador S.R.L. y Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. contra la Resolución de la Primera Sala Especializada Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura.

la decisión de la autoridad. Con la LRCA los reguladores individuales de multa se establecen en ocho, diez y doce por ciento en el caso de infracciones leves, graves y muy graves, respectivamente (artículo 43).

Como se indicó en un punto previo, las sanciones que establece la LRCA, con el objetivo de aumentar su poder disuasivo, podrían aplicarse no solamente sobre los sujetos de derecho que desarrollan conductas contrarias al proceso competitivo como agentes económicos, sino sobre cualquiera que ejerza la dirección, el gerenciamiento o la representación de dichos sujetos, siempre que hayan provocado o ejecutado dicha conducta, pudiendo recibir una sanción de hasta cien UIT.

Como criterios para determinar la gravedad de una conducta anticompetitiva y, en consecuencia, graduar la multa, la LRCA ha establecido consideraciones acerca del impacto de la conducta en el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Dichos criterios son: "i) "[e]l beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción"; ii) "[l]a probabilidad de detección de la infracción"; iii) "[l]a modalidad y el alcance de la restricción de la competencia"; iv) "[l]a dimensión del mercado afectado"; v) "[l]a cuota de mercado del infractor"; vi) "[e]l efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores"; vii) "[l]a duración de la restricción de la competencia"; viii) "[l]a reincidencia de las conductas prohibidas", y, ix) "[l]a actuación procesal de la parte" (artículo 43). Queda claro que a una conducta que posee un mayor beneficio esperado y una menor posibilidad de detección, deberá recibir una multa mayor que otra conducta de similar naturaleza que posee un menor beneficio esperado y una mayor posibilidad de detección, conforme lo sugiere la disciplina del análisis económico del derecho, a efectos de que la sanción cumpla con su finalidad disuasiva. El objetivo de las sanciones en un sistema competitivo no es propiamente aplicarlas, sino que marquen un efecto disuasivo sobre los agentes económicos que proyectan desarrollar una conducta contra el proceso competitivo.

5. Multas coercitivas

En el caso de las multas que no tienen finalidad sancionadora, es decir multas coercitivas, la LRCA presenta un esquema novedoso y también de efecto disuasivo que no solamente incorpora esta técnica en el control de conductas anticom-

petitivas, sino que además clarifica que su función no es castigar sino impulsar al administrado a cumplir con un mandato de la autoridad de competencia, diferenciando la aplicación de multas coercitivas por incumplimiento de medidas cautelares de la aplicación de multas coercitivas por el incumplimiento de medidas correctivas ordenadas. Por tanto, una multa coercitiva no impide, adelanta, ni restringe la aplicación de una multa como sanción de la infracción que sea declarada.

En el primer caso, la LRCA indica que la primera multa que se aplica por no cumplir un mandato de medida cautelar tiene un piso de veinticinco UIT y un tope inicial de ciento veinticinco UIT, luego de lo cual, de persistir el incumplimiento, dicha multa se duplicará cada vez, sin exceder mil UIT.

En el segundo caso, ante el incumplimiento de una medida correctiva que se dictó como parte de la decisión final de la autoridad junto con la multa como sanción, se toma como base ésta para aplicar la multa coercitiva en un orden de su veinticinco por ciento, luego de lo cual, de persistir el no cumplimiento, dicha multa se duplicará respetando cada vez, sin exceder dieciséis veces el monto de la multa coercitiva colocada por primera vez. Por ejemplo, si la multa por la infracción es de doscientas UIT, la primera multa coercitiva será de cincuenta UIT, por lo que de persistir el incumplimiento y producirse una duplicación sucesiva de dicha multa coercitiva, ésta no podrá superar las ochocientas UIT.

J. ¿Tuvo un espacio la promoción de la competencia en la LRCA?

Sí y significativo, pues la LRCA además de la facultad que le atribuye a la Comisión de informar sobre las normas con rango de ley que generan conductas exceptuadas del ámbito de aplicación de la ley, ésta establece expresamente que es función de la Comisión tanto "[e]xpeditar Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley", como "[s]ugerir a la Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI, emitir opinión, exhortar o recomendar a las autoridades legislativas, políticas o administrativas sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada, la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible" (artículo 14).

Debe considerarse que, en materia de orden del mercado, la promoción de la competencia se viabiliza a través de la actividad de fomento del Estado y ésta se desarrolla bajo técnicas de información, formación y estímulo a los agentes económicos para que contribuyan con su actuación en el eficaz funcionamiento del proceso competitivo. En este estímulo, se encuentra la *abogacía de la competencia* que desarrolla la autoridad al sugerir modificaciones legales o institucionales que, desde el Estado, permitan una mayor dinámica a la competencia por eficiencia, y se encuentra la labor de formación y difusión de cultura de mercado que corresponde a la Secretaría Técnica, conforme indica la LRCA.

Debe recordarse que un proceso legislativo bajo facultades delegadas es dinámico, en el que intervienen diversos actores desde el Poder Ejecutivo. En este contexto, el proyecto de LRCA que, en su momento, fue presentado a consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros fue objeto de intenso análisis antes de convertirse en ley en el seno del Consejo de Ministros. Debe recordarse que el texto de la LRCA conforma un todo único que debe interpretarse siempre en sintonía con la finalidad de la ley y en clave constitucional, desde la aplicación de leyes en un sistema de economía social de mercado, promoviendo la competencia.

Desde esta perspectiva, por ejemplo, cuando la LRCA señala que “[e]l Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”, debemos entender que ésta es una habilitación a las autoridades competentes, definidas por ley, para que, fundamental y esencialmente, emprendan tareas de promoción de la competencia, tales como normalización y estandarización de los bienes y servicios originados en nuestro país para acometer mercados externos, el estímulo para una mayor transparencia en la información disponible para el consumidor y la disminución de costos de transacción en el mercado, en procura de afianzar e intensificar el proceso competitivo y, de ningún modo, como una habilitación para desarrollar intervenciones en el mercado que pudieran afectar o distorsionar la libre interacción entre oferta y demanda.

VI. IDEAS FINALES Y MATERIAS PENDIENTES

Como indicamos al inicio de la presente entrega, nuestro sistema de defensa de la libre competencia solamente posee un control de estructuras

para el sector eléctrico. Consideramos necesario iniciar un proceso dirigido a definir, en el corto plazo, cuáles deberían ser las características de un mecanismo de control de estructuras para nuestro país. Al respecto, debe considerarse como motivador de esta necesidad que nuestro sistema de defensa de la libre competencia no está completo. Piénsese, por ejemplo, en dos empresas competidoras que desearan fijar precios o repartirse el mercado. Para eludir la prohibición absoluta que la LRCA ha definido sobre esta conducta, únicamente requerirían concentrarse y, por fusión, proyectarse como una sola persona jurídica. Otro motivador es la constatación del dinámico proceso de ampliación de mercados que el Perú ha emprendido, materializado en la celebración progresiva de tratados de libre comercio y acuerdos de promoción comercial, que exige que los beneficios que permite el libre comercio no se vean menoscabados por la concentración de poder de mercado, pues ello es capaz de amenguar el proceso competitivo.

Desde otro ángulo, no debe olvidarse la actual y plena vigencia de la Decisión 608, pues ésta permite que, a una colusión horizontal para fijar precios u otras condiciones de comercialización con efecto en el Perú, no siempre se le aplique la prohibición absoluta que marca la LRCA, puesto que si esta conducta, por ejemplo, afecta también al mercado de otro País Miembro de la Comunidad Andina, se aplicará una modalidad de prohibición relativa a dicha colusión horizontal. Debe considerarse que la concertación de precios, bajo esta decisión, se presume como restrictiva de la competencia (artículo 7), lo que admite prueba en contrario. En consecuencia, en el escenario comunitario andino se deberá acreditar el efecto restrictivo sobre la competencia que exige la Decisión 608 para determinar la existencia de una infracción.

Otro tema de especial importancia que la LRCA introduce es el pleno carácter administrativo del sistema de defensa de la libre competencia. Ello, por cuanto el control de las conductas anticompetitivas se encuentra bajo la definición de competencia primaria, es decir “[n]o podrá recurrirse al Poder Judicial sin antes haber agotado las instancias administrativas” correspondientes (disposición complementaria final primera). Por lo que agotada la vía administrativa, quien considere que ha recibido un daño por causa de la conducta anticompetitiva declarada podrá demandar indemnización por daños y perjuicios ante el Poder Judicial (artículo 49). Esta definición absoluta de esquema administrativo para el sistema de defensa de la libre competencia provocó la derogación de

los tipos penales definidos en el Código Penal como abuso de poder económico, acaparamiento y fraude colusorio en remates, licitaciones y concursos públicos (artículos 232, 233 y 241, numeral 3), que habían sido de nula aplicación y que se mantenían como un peligro en el trámite de los procedimientos administrativos en estas materias bajo la ley antecesora, pues su actuación ante el Poder Judicial podía suspender los procedimientos

administrativos y permitir al imputado lograr una pena mínima o suspendida en sede judicial.

Finalmente, queda pendiente esperar que, en el futuro, toda disposición de la LRCA sea interpretada en sede administrativa y judicial, así como observada por toda entidad del Estado, bajo la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.