

Cuando el Estado es el Enemigo: Panorama de la Defensa de la Competencia Frente a la Actividad Estatal Anticompetitiva

Andrés Calderón López* **

“Mediante el presente artículo, el autor expone detalladamente las modalidades mediante las cuales el Estado restringe la competencia tanto por su actuación como agente en el mercado como en el ejercicio del ius imperium. Asimismo, analiza los principales remedios establecido en el ordenamiento jurídico peruano para evitar la realización de estas conductas por parte del Estado, así como la efectividad de dichos remedios”.

I. Introducción al Problema: Cuando es el Estado el que Afecta la Competencia.

La elaboración y publicación del presente trabajo nos genera una sensación muy grata. En primer lugar, porque constituye una parte esencial de un proyecto de investigación más grande que, Dios mediante, culminará pronto en una tesis. En segundo y más importante lugar, porque nos permite participar en una edición especial de la Revista Derecho y Sociedad. Hace algunos años, teníamos la oportunidad de revisar otra revista estudiantil, en donde los autores le dedicaban emotivas palabras de homenaje. En esta oportunidad, tenemos el honor de hacer lo propio y a través de unas líneas agradecer lo que esta asociación nos brindó. Una de las principales características que destacan a la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú es el creciente número de asociaciones estudiantiles dedicadas a la difusión del Derecho. Son varios los alumnos que compatibilizan horas dedicadas al estudio, a las prácticas preprofesionales y a las relaciones familiares y amicales con las, tal vez, más numerosas horas dedicadas a organizar un evento jurídico, “perseguir” a profesores de Derecho para que escriban un artículo, conseguir auspicios publicitarios y editar una revista jurídica. En el camino de estos proyectos, y muchas alegrías y también discusiones de por medio, estos estudiantes van forjando su personalidad y

llenándola de tenacidad, compromiso y compañerismo. Estas virtudes que destacan en un alumno “revistero” son las que queremos agradecer y homenajear, en particular, a aquellos inagotables muchachos que integran actualmente Derecho y Sociedad y a todos aquellos que aún seguimos usando esa “camiseta invisible”.

Es un hecho comúnmente aceptado en países que basan su economía en las reglas del mercado, que la competencia es un medio para garantizar la mayor satisfacción del interés general. De hecho, la competencia resulta ser el pilar de este tipo de economías, pues se deposita la confianza en el mercado, toda vez que se estima que será la competencia la que permitirá generar la mayor cantidad de beneficios para todos aquellos sujetos que interactúan en el mercado, sea como oferentes o como consumidores.

Competencia significa la existencia de una pugna y como en toda pugna – siempre que se respeten las reglas de juego – triunfará el mejor. Así, los proveedores de bienes o servicios se encuentran en pugna por captar la atención de los consumidores, quienes “premiarán” con su elección al mejor concursante, es decir, a aquel cuya oferta satisfaga de mejor forma la demanda del consumidor. Si ello funciona, tanto oferentes como demandantes verán satisfechos sus intereses, y de manera agregada, el interés económico general.

* Bachiller por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asistente Legal Senior de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de INDECOPI. Adjunto de Docencia de las Cátedras de Derecho de la Libre Competencia, Represión de la Competencia Desleal y Derecho de la Publicidad en las Escuelas de Pregrado y Postgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.

** Agradecemos las valiosas reflexiones e ideas aportadas por los profesores José Juan Haro y Francisco Marcos Fernández en España. Sin embargo, las opiniones aquí vertidas son de exclusiva responsabilidad del autor y no representan la postura de las instituciones en las que se desempeña.

Existen, sin embargo, ciertos elementos que dificultan y, en algún grado, imposibilitan la consecución de estos fines. Algunos de estos elementos son inherentes a determinados mercados, y son conocidos como fallas del mercado, esto es, obstáculos que dificultan la competencia (por ejemplo, asimetría informativa, barreras naturales de acceso al mercado, externalidades, etcétera)¹.

“Competencia significa la existencia de una pugna y como en toda pugna – siempre que se respeten las reglas de juego – triunfará el mejor.”

De otro lado, existen elementos que no son inherentes al mercado, pero que también tienen un efecto negativo sobre la competencia, y su origen se encuentra en los propios agentes que intervienen en él. Se tratan de actuaciones realizadas por los agentes del mercado, destinadas a afectar la competencia y motivadas por la búsqueda del logro de mayores beneficios individuales.

La competencia trae beneficios a los consumidores quienes accederán a un mayor y mejor número de productos y servicios en el mercado. Sin embargo, la competencia también genera un daño a las empresas que se verán afectados por esta pugna, es lo que se conoce como un daño concurrencial lícito². Con el propósito de evitar este daño concurrencial, los particulares desarrollan prácticas unilaterales o concertadas que tienen por objeto o efecto el limitar la competencia.

Al constatare la aparición de estas conductas, surge la necesidad de encontrar herramientas que permitan controlarlas y reprimirlas. Estos mecanismos son los tradicionalmente conocidos como normas de defensa de la competencia, normas antimonopólicas o simplemente, legislación antitrust. Y en lo que respecta al control de conductas, tradicionalmente reprimen y sancionan dos tipos de conductas: el abuso de posición de dominio, y las prácticas colusorias o restrictivas de la competencia.

Con el decurso del tiempo, se llega a constatar que las afectaciones al proceso competitivo provienen no sólo de los particulares sino también – y de manera paradójica – del propio Estado, que debería ser el primer llamado a tutelarlos. El Estado altera la competencia interviniendo

en unos casos en ejercicio de su *ius imperium*, limitando con sus actos particulares y normas de alcance general, las libertades de los agentes económicos; en otros, el Estado interviene como un competidor más y puede llegar a realizar prácticas anticompetitivas al igual que los particulares.

Frente a ello, surge la preocupación de crear nuevos mecanismos o adaptar los existentes para reprimir estas afectaciones a la competencia de origen estatal. Esta preocupación motiva el presente trabajo, que busca revisar el conjunto de mecanismos o remedios que se han utilizado en el Perú para reprimir las restricciones a la competencia derivadas de la intervención del aparato estatal.

En los siguientes capítulos, analizaremos los mecanismos legales previstos en nuestro ordenamiento para hacer frente a la actuación estatal que vulnera la competencia. Así, revisaremos en primer lugar la evolución jurisprudencial que ha tenido el INDECOPI en la aplicación del Decreto Legislativo 701, Ley de Defensa de la Competencia, a las actuaciones de origen estatal. Asimismo, podremos analizar el especial rol que cumple la Comisión de Acceso al Mercado – órgano también integrante de la estructura del INDECOPI – en la defensa de la competencia. En tercer lugar, estudiaremos la posibilidad de la protección de la competencia desde los mecanismos de control de legalidad y constitucionalidad de normas y actos previstos en nuestro Ordenamiento Jurídico. Luego de esta breve revisión, en el último capítulo esbozaremos algunas conclusiones críticas sobre estas herramientas de defensa de la competencia y propondremos algunas ideas que nos permitan construir un sistema coherente y eficaz para el control de la actividad estatal anticompetitiva.

II. El Decreto Legislativo 701: Ley de Defensa de la Competencia

El mecanismo tradicional para hacer frente a las conductas que afectan la competencia es el de la legislación de defensa de la competencia, también denominada legislación antimonopólica o legislación antitrust. La legislación de defensa de la competencia tiene por finalidad prohibir y sancionar aquellas conductas que tengan por finalidad o efecto restringir la competencia en un determinado mercado³. De este modo, se sancionan las actividades realizadas por agentes económicos que afecten la competencia, sea porque tienen una posición de dominio que les permite excluir la competencia o porque lo realizan de manera concertada mediante acuerdos colusorios, también denominados prácticas restrictivas de la competencia.

1 COOTER, Robert y Thomas ULEN. Derecho y economía. México: Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 61.

2 MENÉNDEZ, Aurelio. La Competencia Desleal. Madrid: Civitas, 1988.

3 Las leyes de defensa de la competencia suelen también incorporar un sistema de control de concentraciones empresariales, por el cual, el Estado limita las posibilidades de que dos o más empresas se concentren en una sola, limitando la competencia en el mercado. A diferencia del control de conductas, éste es un control de estructuras del mercado y se trata de un sistema preventivo *ex ante*, que se basa en la obligatoriedad de los particulares de solicitar una autorización de la concentración empresarial. En el Perú sólo existe un sistema de control de concentraciones en el sector eléctrico, previsto en la Ley 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico.

En el Perú, el sistema de defensa de la competencia recae esencialmente sobre el Decreto Legislativo 701, una norma que tipifica como conductas anticompetitivas el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas de la competencia. El cumplimiento de esta norma es supervisado por la Comisión de Libre Competencia y por la Sala de Defensa de la Competencia, órganos administrativos de primera y segunda instancia, respectivamente, que en el marco de un procedimiento sancionador, aplican el Decreto Legislativo 701 y sancionan su incumplimiento.

Como veremos en las siguientes líneas, el Decreto Legislativo 701 ha sido la herramienta normativa más utilizada para hacer frente a la actividad estatal competitiva.

Comprobaremos a partir de la revisión de su práctica jurisprudencial que el INDECOPI ha tenido oportunidad de aplicar el Decreto Legislativo 701 en dos tipos de escenarios: el primero, cuando ha considerado que el Estado, a través de una entidad o de un funcionario público, ha infringido el Decreto Legislativo 701, esto es, ha sido el sujeto activo de una infracción administrativa; el segundo, cuando se ha estimado que la afectación a la libre competencia se ha producido gracias a la actuación estatal, esto es, la actividad estatal ha permitido que un agente económico realice una práctica anticompetitiva, tipificada en el Decreto Legislativo 701.

II.1 El Estado como Sujeto Infractor del Decreto Legislativo 701

Inicialmente, la afectación de la competencia provenía de los agentes económicos privados que se desenvolvían en el mercado. Empero, con el tiempo fueron apareciendo actores económicos de origen estatal, que intervenían en los mercados como verdaderos agentes privados, como consecuencia de la actividad empresarial estatal. Tales empresas, a su vez, podían generar el efecto restrictivo de la competencia.

Ciertamente, las empresas públicas podían afectar el proceso competitivo haciendo uso de su poder de mercado o creándolo artificialmente mediante un acuerdo con otras empresas competidoras. Frente a ello, el mecanismo que más apropiado para enfrentar estas limitaciones a la competencia era el de la legislación de defensa de la competencia, dado que en última instancia, sin importar el origen privado o público, se trataban de actividades empresariales que tenían el efecto de limitar o eliminar la competencia en el mercado.

Así, en el Perú se ha aplicado el Decreto Legislativo 701 a aquellas conductas realizadas por empresas estatales que restringían la competencia. Sin perjuicio de ello, también se ha utilizado esta norma para hacer frente a aquellas actividades realizadas por autoridades públicas o por agentes privados dotados de cierta potestad pública, que afectaban la competencia a través de sus actos o disposiciones de carácter general.

A continuación haremos una reseña y evaluación del tratamiento jurisprudencial que se ha dado frente a distintos tipos de conducta de origen estatal, considerándolas como infracciones al Decreto Legislativo 701.

II.1.1 La Actividad Empresarial Estatal

En lo que respecta a la actividad empresarial del Estado, tanto la Comisión como la Sala han sido consistentes en admitir que las empresas públicas se encuentran dentro del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 701.

En efecto, el artículo 2° del Decreto Legislativo 701, dispone expresamente lo siguiente:

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

Tanto la Comisión como la Sala han entendido correctamente que la norma citada no hace distinción entre personas naturales o jurídicas de derecho público o privado, requiriendo únicamente que realicen actividad económica, para resultarles aplicable la ley de defensa de la competencia.

En su mayoría, las denuncias han estado referidas a alguna modalidad de Abuso de Posición de Dominio, dado que en muchos supuestos las empresas públicas ostentan un monopolio. Antes del cambio del régimen económico hacia uno basado en la economía de mercado, el Estado intervenía directamente como empresario en el mercado detentando en muchos casos un monopolio garantizado por la ley. Esta situación se vería revertida con la entrada en vigencia de la Constitución de 1993 y con la promulgación del Decreto Legislativo N° 668, prohibiéndose los monopolios legales y admitiendo la actividad empresarial estatal sólo de manera subsidiaria. Pese a ello, en algunos mercados estos monopolios subsistieron debido a las estrictas barreras legales de acceso al mercado o a las propias condiciones naturales del mercado.

Dada la subsistencia de la actividad empresarial estatal, el INDECOPI ha verificado en diversas ocasiones que empresas públicas han llevado a cabo prácticas anticompetitivas sancionándolas por infringir el Decreto Legislativo 701. Entre los casos más saltantes encontramos la denuncia interpuesta contra la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU) por abuso de posición de dominio en la modalidad de cláusulas de atadura. Dicha empresa estatal, encargada de la administración del Terminal Marítimo del Callao imponía la contratación de los servicios de remolque que prestaba como requisito

para acceder a los servicios del Terminal Marítimo, siendo sancionada por la Comisión de Libre Competencia por dicha conducta⁴.

Asimismo, en la jurisprudencia de INDECOPI hallamos también el caso del procedimiento seguido contra la Empresa Nacional de la Coca (ENACO) por abuso de posición de dominio debido a una negativa injustificada para satisfacer las demandas de compra de la denunciante, Comercial Holguín, lo que motivó la imposición de una sanción por parte de la Comisión, que también ordenó el cese de dicha conducta.⁵

El problema de la actividad empresarial estatal no se agota con la posibilidad de su enjuiciamiento bajo las leyes de defensa de la competencia, que como hemos visto no genera mayor controversia en la actualidad. Siempre desde la perspectiva de protección de la competencia, existen dos tipos de cuestionamientos vinculados a la actividad empresarial estatal: (i) el cuestionamiento a la actividad empresarial en sí misma; y, (ii) el cuestionamiento a la actividad empresarial estatal dotada de potestades públicas que puedan restringir la competencia.

En el primer caso, el cuestionamiento no surge de la realización de algún tipo de práctica por parte de una empresa estatal que restrinja la competencia, sino del sólo hecho de que el Estado realice una actividad económica. Se estima por un lado que el Estado siempre tendrá una mejor posición para competir en el mercado y se valdrá de beneficios inexistentes para el común de agentes privados⁶, como es el caso de beneficios o exoneraciones tributarias, subsidios, ausencia de un control efectivo por parte de sus accionistas, ausencia de riesgo de compra o quiebra, entre otros. Por otra parte, se critica la actividad empresarial estatal que incumple los requisitos previstos en el artículo 60 de la Constitución, es decir, sin amparo legal y sin realizar un verdadero rol subsidiario.

Así, se ha llegado a argumentar que cuando el Estado actúa en una actividad empresarial, sin respeto a las reglas constitucionales sobre la subsidiariedad, estaría compitiendo deslealmente en el mercado.⁷ Recientemente, el INDECOPI ha publicado en su portal electrónico un Proyecto de Ley que supliría la vigente Ley de Represión de Competencia Desleal y las Normas de Publicidad en Defensa del Consumidor. En el artículo 14.4 de dicho Proyecto se incorpora como un supuesto de violación de normas, la actividad empresarial estatal que infringe el artículo 60 de la Constitución en los siguientes términos:

Artículo 14º.- Actos de violación de normas:

(...)

14.4.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal que no observe lo dispuesto por el artículo 60º de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas cuando se desarrolle sin autorización por ley expresa o cuando no sea subsidiaria. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja competitiva significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.

Sobre el particular, consideramos que la actividad empresarial estatal en sí misma puede afectar la libre competencia, al encontrarse en una situación privilegiada frente a los agentes privados, distorsionando el normal desarrollo del mercado. No obstante, ha sido el propio constituyente el que ha determinado su procedencia siempre que exista una ley expresa autoritativa y se realice de manera subsidiaria, aun cuando se altere el regular proceso competitivo.

“En tal medida, la incorporación de un mecanismo que asegure el cumplimiento de los límites constitucionales de la actividad empresarial estatal resulta necesaria para evitar, indirectamente, la distorsión del proceso competitivo.”

Por otra parte, si consideramos que el artículo 60 de la Constitución permite la actividad empresarial estatal sólo en tanto sea subsidiaria, no resultaría posible que ésta afecte la competencia de manera directa, ya que cuando exista ésta, esto es, cuando haya agentes privados en el mercado, la actividad empresarial estatal debería cesar.

En tal medida, la incorporación de un mecanismo que asegure el cumplimiento de los límites constitucionales de la actividad empresarial estatal resulta necesaria para evitar, indirectamente, la distorsión del proceso competitivo.

El segundo tipo de cuestionamientos a la actividad empresarial estatal se produce en aquellos casos donde

4 Resolución N° 014-93-INDECOPI/CLC, en el procedimiento seguido por Servicios Técnicos Marítimos S.A contra la Empresa Nacional de Puertos.

5 Resolución N° 016-94-INDECOPI/CLC, de fecha 27 de Julio de 1994, en el procedimiento seguido por Industrial Comercial Holguin e Hijos S.A, contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca.

6 Un interesante estudio sobre los efectos anticompetitivas de la actividad empresarial estatal puede encontrarse en: GEDDES, Richard (Ed.). *Competing with the Government: Anti-Competitive Behavior and Public Enterprises*. Hooverpress, 2004. Sobre el particular, véase también: BRENNAN, Timothy. *Should the flamingo fly? Using competition law to limit the scope of postal monopolies*. *Antitrust Bulletin*; Spring 2005, p. 197 – 221.

7 Este tema ha llevado incluso a la emisión del Informe N° 007-2004/GEE. Proyecto de Ley que regula el procedimiento de protección frente a la competencia desleal del Estado. Informe de la Gerencia de Estudios Económicos del Indecopi. Enero 2004. En este informe se señalan los mecanismos actuales y posibles propuestas de control del cumplimiento del requisito de subsidiariedad para la actividad empresarial estatal, contemplado a nivel constitucional.

las empresas estatales tienen también potestades de regulación en el mercado, lo que puede generar incentivos para favorecer su propia actividad empresarial.

Ante la Comisión de Libre Competencia se ventiló un caso donde la entidad denunciada era una empresa estatal, y que precisamente ejemplifica cómo una empresa pública puede afectar la competencia al hacer ejercicio de funciones de regulación. Se trataba de la denuncia de una empresa administradora de prácticos marítimos, Practimar Ilo, que prestaba sus servicios en el Terminal Portuario de Ilo. Dicha empresa había optado por contratar a Opermarpo, para realizar labores de amarre y desamarre de las embarcaciones, en lugar de ENAPU, que también prestaba dichos servicios.

Practimar Ilo denunció a ENAPU por negativa de acceso a Opermarpo para prestar los servicios de amarre y desamarre en el Terminal Portuario. Esta denuncia fue declarada improcedente, pues a criterio de la Comisión, se trataba de una actividad económica regulada y los reclamos por denegatoria de acceso podrían ser presentados ante el Organismo Supervisor de Inversiones en Infraestructura de Transporte (OSITRAN).⁸ En el caso citado se admitió, sin embargo, que ENAPU, siendo un agente competidor en el mercado, tenía también la potestad de atender la solicitud de acceso a una infraestructura de acceso público, el Terminal Portuario, sobre la base de lo dispuesto en el Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Uso Público⁹ que, a su vez, el propio Reglamento contemplaba la posibilidad de regular el acceso por lineamientos propios de la entidad prestadora¹⁰ – en este caso, ENAPU –, previa aprobación del OSITRAN.

Este caso pone en evidencia que al dotar a una empresa estatal de ciertas potestades públicas que tienen incidencia en el ejercicio de su actividad económica, puede afectar la competencia en dicho mercado, retrasando o prohibiendo el ingreso de nuevos competidores.¹¹ Aún más problemático se torna el escenario cuando las empresas públicas desarrollan actividades consideradas como servicios públicos o de interés general, puesto que las empresas estatales podrían justificar la afectación a la competencia en la tutela de intereses distintos como garantizar la calidad y la seguridad en la prestación de los servicios.¹²

II.1.2 La Función Pública

Este es uno de los puntos de mayor controversia sobre el ámbito de control de la legislación de defensa de la competencia, el de dilucidar si una persona natural o jurídica en ejercicio de funciones públicas debe ser considerada dentro del ámbito de aplicación de las legislaciones antimonopólicas.¹³

Para argumentar que no están comprendidas en dicho ámbito de control, se puede señalar que si bien la función pública puede tener incidencia económica, no es una actividad económica en realidad. Es decir, los fines perseguidos mediante la función pública son distintos de aquellos que persigue un competidor en el mercado. De este modo, la actuación pública que afecta la competencia puede deberse a la promoción de otros valores o bienes jurídicos relevantes.

De manera adicional, se menciona que el control de tales actividades se realiza mediante las vías recursivas administrativas y, en última instancia, la jurisdicción ordinaria, particularmente, la jurisdicción contencioso administrativa, dado que su manifestación se produce regularmente mediante actos administrativos.

En nuestro país, esta discusión no ha tenido mayor difusión a nivel doctrinario. Sin embargo, sí se ha presentado a nivel jurisprudencial, cuya evolución no ha sido uniforme al respecto, como sí ha sucedido con el caso de las empresas públicas. A continuación, clasificamos con fines ilustrativos los tipos de conductas cuya sujeción a la legislación de defensa de la competencia se ha discutido en la jurisprudencia nacional:

A) Autorregulación

Este es el ámbito de actuación pública más cercana a la actividad privada. Por autorregulación nos referimos en sentido lato a aquellos casos donde agentes privados norman su propia actividad.

Debido a la proliferación de la actividad privada en distintos ámbitos de la economía y, en muchos casos, a su complejidad, el Estado ha optado por otorgarles ciertas potestades públicas de ordenación, frente a la insuficiencia de recursos o capacidad técnica para asumir dichas funciones. En tal sentido, existen algunas

8 Resolución N° 015-2002-CLC/INDECOPI, de fecha 28 de agosto de 2002, en el procedimiento seguido por Practimar Ilo E.I.R.L. contra de la Empresa Nacional de Puertos S.A.

9 Aprobado por Resolución de Consejo Directivo N° 037-2001-CD/OSITRAN.

10 Artículo 7 del Reglamento.

11 Al respecto, en el Derecho Europeo puede verse BUENDÍA SIERRA, José Luis. Las Empresas Públicas ante el Derecho de la Competencia: El artículo 90 del Tratado CE. En: ORTIZ BLANCO, Luis y COHEN Simn (Ed.), Derecho de la Competencia Europeo y Español. Curso de Iniciación. Madrid: Dykinson. 1999, p. 215 - 249. En el derecho antitrust norteamericano también se ha tocado el tema; puede verse sobre el particular: BRENNAN, Timothy. Should the flamingo fly? Using competition law to limit the scope of postal monopolies. Antitrust Bulletin; Spring 2005, p. 197 - 221

12 Sobre el particular, puede verse GARCÍA DE COCA, José Antonio. Régimen Jurídicos de las Empresas encargadas de la Gestión de Servicios de Interés Económico General. En: VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio (Coord.) Derecho Europeo de la Competencia (Antitrust e Intervenciones Públicas). Valladolid: Ex Nova. 2005, p. 625-660.

13 Discutido entre otros por: SOLANA GONZÁLEZ, Gonzalo. Administraciones Públicas y Defensa de la Competencia, en: Anuario de la Competencia 2000. Madrid: Marcial Pons, p. 39 - 52. CHULÍA, Francisco Vincent. Poderes públicos y derecho de la competencia, en: Revista General de Derecho N° 583. Abril 1993, p. 3313 - 3378. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago. La aplicación del Derecho de la Competencia a los poderes públicos. Últimas tendencias, en: Revista de Derecho Mercantil N° 239. 2001, p. 249 - 267.

entidades compuestas por agentes económicos privados que realizan ciertas funciones de ordenación pública, a la que deben someterse dichos agentes.

En ejercicio de tales potestades públicas o incluso excediéndolas, estas entidades o asociaciones pueden resultar determinantes en la actividad económica de los agentes privados. Así, aun cuando la actividad de autorregulación puede restringir la competencia en el mercado, se discute si ésta se encuentra sujeta al cumplimiento de la legislación antitrust.

El caso más emblemático de autorregulación que puede afectar la competencia es el de los Colegios Profesionales. En el caso peruano, a diferencia de la experiencia comparada¹⁴, existe jurisprudencia uniforme en el sentido de considerar a los Colegios Profesionales dentro del ámbito de aplicación de la legislación de competencia.

El antecedente más remoto es el de la denuncia del señor Carlos León Madalengoitia contra la Doctora Vargas y los Colegios Químico Farmacéutico Regional del Norte y el Colegio Químico Farmacéutico del Perú (CQFP). La denuncia se sustentaba en la imposición por parte del CQFP de un sueldo mínimo profesional que debían cobrar sus asociados, monto cuyo pago reclamaba la Dra. Vargas al denunciante. Esta conducta fue sancionada por la Comisión¹⁵ y la Sala¹⁶ como una práctica restrictiva de la competencia, toda vez que la decisión del CQFP incidía en la actividad económica de sus afiliados y la competencia en el mercado de servicios profesionales. En el referido caso, la Sala aprobó el siguiente Precedente de Observancia Obligatoria:

“Siendo que los Colegios Profesionales realizan actividades económicas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 701, se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de dicha ley. En tal sentido, serán pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualesquiera de sus actividades

produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley mencionada”¹⁷

De acuerdo con el Precedente citado, cuando se adopten decisiones o recomendaciones como las realizadas por el CQFP, que tienen por efecto limitar la competencia de sus asociados, los Colegios Profesionales serán sancionados contravenir el artículo 6° del Decreto Legislativo 701, que prohíbe las prácticas restrictivas de la competencia¹⁸. En este caso, aunque propiamente el Colegio Profesional no restringe su propia actividad económica, sí influye directamente en la actividad económica de sus asociados, lo que motiva su inclusión como posible infractor del Decreto Legislativo 701.

Por otra parte, los Colegios Profesionales no sólo están en la posibilidad de restringir la competencia entre sus asociados, sino que pueden ser considerados propiamente como empresas y, de ser el caso, afectar la competencia “respecto de la actividad económica que realice por sí misma”¹⁹.

Este segundo supuesto fue el que se produjo en un caso donde se denunció al Colegio de Abogados de Loreto por Abuso de Posición de Dominio, en la modalidad de cláusulas de atadura. En este caso, el Colegio requería a los particulares una “Papeleta de Habilitación” – cuyo pago se realizaba al propio Colegio – como requisito previo e indispensable para la tramitación de demandas judiciales en la ciudad de Iquitos. Tanto la Comisión²⁰ como la Sala²¹ concluyeron que el Colegio tenía Posición de Dominio en ese entonces en los servicios de colegiación y habilitación para el ejercicio de la profesión²². Así, aprovechándose de dicha posición, “ataron” tal servicio a la prestación suplementaria de adquirir la Papeleta de Habilitación, motivo por el cual se sancionó dicha conducta.

Un tercer caso de asociaciones profesionales fue el del procedimiento seguido contra el Colegio de

14 En otros ordenamientos, se ha pasado de un estadio de excluir a los Colegios Profesionales del ámbito de aplicación de la legislación de defensa de la competencia, a incluirlos en ella. Un claro ejemplo de ello es el español donde el Tribunal de Defensa de la Competencia Español fue variando su doctrina jurisprudencia para considerar a los Colegios Profesionales dentro del ámbito de aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia. Dicho proceso se realizó paulatinamente y de manera paralela a dos hechos saltantes: (i) El Informe del TDC sobre las profesiones de 1992; y (ii) La Ley 7/1997 de Liberalización de los Colegios Profesionales. Al respecto, puede verse entre otros: IBÁÑEZ, Isaac. *Defensa de la Competencia y Colegios Profesionales*. Madrid: Dykinson. 1995. FERNÁNDEZ, Germán y otros. *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*. Madrid: Civitas. 2002. VÁSQUEZ, Daniel. *Derecho de la Competencia y Ejercicio de las Profesiones*. Thomson Aranzadi. 2001.

15 Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC, de fecha 17 de setiembre de 1996, en el procedimiento seguido por el señor Carlos León Madalengoitia contra la Dra. Química Farmacéutica Estela Vargas L., el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro (Exp. N° 016-96).

16 Resolución N° 229-97-TDC, de fecha 12 de setiembre de 1997, en el procedimiento seguido por el señor Carlos León Madalengoitia contra la Dra. Química Farmacéutica Estela Vargas L., el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte y otro (Exp. N° 016-96).

17 Ibid.

18 **Decreto Legislativo 701.**

“Artículo 6°.- **Prácticas restrictivas de la libre competencia.** Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.

(...)”

19 Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC., Ob. Cit., p. 3.

20 Resolución N° 012-98-INDECOPI-CLC, de fecha 09 de diciembre de 1998, en el procedimiento seguido por la AFP Integra S.A. en contra del Colegio de Abogados de Loreto (Exp. 008-98-CLC).

21 Resolución N° 237-1999/TDC-INDECOPI, de fecha 07 de julio de 1999, en el procedimiento seguido por la AFP Integra S.A. en contra del Colegio de Abogados de Loreto (Exp. 008-98-CLC).

22 En el momento de la denuncia, los abogados sólo podían ejercer su profesión de manera permanente en tanto contaran con la correspondiente habilitación del Colegio Profesional de la respectiva jurisdicción; en base a la Resolución Administrativa N° 104-CME-PJ del 31 de mayo de 1996.

Notarios de Lima. Dicha asociación fue sancionada por cometer una práctica restrictiva de la competencia en la modalidad de fijación concertada de precios. Ello en base a la celebración de un «Convenio de Cooperación Interinstitucional» con el Registro Predial Urbano, por el que los propietarios y compradores de bienes inmuebles inscritos en el Registro pudieran acceder a la inscripción de los actos jurídicos que celebraran con respecto a dichos bienes, a un costo único, cobrado por los Notarios que se inscribieran al convenio.²³ Esta disposición impedía que los notarios pudieran competir entre sí por el precio de los servicios que prestaban.

Los casos de los Colegios Profesionales no son los únicos supuestos de autorregulación analizados por la jurisprudencia nacional. Probablemente el caso donde se ha producido hasta el momento la mayor controversia sobre el ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 701 es el de la denuncia interpuesta por Termoselva contra el Comité de Operación Económica del Sistema Interconectado Nacional – COES – SINAC y empresas integrantes del mismo (Caso del “COES”).

La conducta denunciada consistía en la presunta concertación de precios y actos de boicot horizontal para perjudicar a Termoselva en el mercado de generación eléctrica. En primera instancia, la Comisión consideró que la conducta del COES representaba el ejercicio de una función pública, por lo que declaró improcedente la denuncia y remitió lo actuado a la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI²⁴, órgano encargado de controlar aquellas barreras burocráticas, esto es, de origen estatal que afecten la entrada o permanencia de los agentes económicos en el mercado, para que evalúe si la conducta del COES podría ser considerada como una barrera burocrática ilegal o irracional. Sin embargo, la Sala anuló la decisión de la Comisión pues consideró que la conducta del COES sí podría ser considerada como actividad económica y consecuentemente sujeta al Decreto Legislativo 701. La Sala adoptó el criterio de la “primacía de la realidad”, por el que se debía atender a la naturaleza de las cosas, y no a la formalidad de la presunta conducta anticompetitiva. Así, la Sala consideró que al estar conformado el COES por agentes privados que participaban en distintos niveles de la actividad eléctrica, incluyendo la generación, su conducta podría tener fines anticompetitivos aun cuando fuera llevada a cabo en el ejercicio de una potestad administrativa.²⁵ En tal sentido, la Sala dispuso que la Comisión de Libre Competencia admita a trámite la denuncia de

Termoselva, sin embargo, este procedimiento concluyó finalmente por una transacción fuera del procedimiento entre las partes involucradas.

El pronunciamiento de la Sala en el caso del “COES” reflejaba un interesante enfoque funcional de la autoridad de defensa de la competencia. Así, se reconoce que un órgano con potestades públicas puede tener un interés anticompetitivo propio de cualquier agente privado, debido a que está compuesta por los propios competidores del mercado. Atendiendo a este posible interés, aun cuando la actuación sea formalmente pública, esto es, se ponga de manifiesto a través de un acto administrativo o una norma, podrá ser objeto de enjuiciamiento mediante las normas antitrust.

No obstante, este enfoque funcional no se ha mantenido vigente. Un año después del pronunciamiento de la Sala en el caso del “COES”, la empresa Eseful denunció a la Federación Peruana de Fútbol por emitir una resolución que establecía que sólo podrían participar en torneos oficiales de fútbol los directores técnicos que contaran con un título validado por la Federación (Caso de la “Federación Peruana de Fútbol”). Como se sabe, la Federación no sólo organiza torneos oficiales de fútbol sino que también cuenta con una escuela de entrenadores, por lo que Eseful consideraba que la cuestionada resolución tenía por objeto excluir a otras escuelas de entrenadores que representaban competencia para la Federación.

La Comisión consideró que esta resolución había sido dictada por la Federación en ejercicio de sus funciones públicas por lo que declaró improcedente la denuncia y la remitió ante la Comisión de Acceso al Mercado²⁶. Finalmente, la Comisión de Acceso al Mercado consideró que la cuestionada resolución de la Federación constituía una barrera burocrática ilegal, pronunciamiento que fue confirmado por la Sala²⁷, pese a que la Federación reconocía que su actividad era esencialmente privada y no desarrollaba funciones públicas.

A nuestro criterio, el pronunciamiento del INDECOPI en este último caso desconoce la posible finalidad anticompetitiva que pudo tener la Federación en la emisión de la referida resolución al tratarse de un verdadero competidor en el mercado de prestación de servicios de formación y capacitación de entrenadores de fútbol, y que hubiera ameritado su enjuiciamiento bajo las normas de defensa de la competencia. En tal medida, este criterio se aleja de aquel enfoque funcional desarrollado en el caso del “COES”.

23 Resolución N° 0366-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 05 de septiembre de 2003, en el procedimiento seguido por el señor Julio Antonio Del Pozo Valdez contra el Colegio de Notarios de Lima (Exp. N° 003-2002/CLC).

24 Resolución N° 030-2004-INDECOPI/CLC, de fecha 19 de mayo de 2004, en el procedimiento seguido por Termoselva S.R.L. contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros (Exp. N° 012-2002/CLC).

25 Resolución N° 0752-2005/TDC-INDECOPI, de fecha 08 de julio de 2005, en el procedimiento seguido por Termoselva S.R.L. contra el Comité de Operaciones Económicas del Sistema Interconectado Nacional y otros (Exp. N° 012-2002/CLC).

26 Resolución N° 033-2006-INDECOPI-CLC, de fecha 05 de junio de 2006, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful S.A.C. contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. N° 004-2005/CLC).

27 Resolución N° 0242-2006/CAM-INDECOPI, de fecha 21 de diciembre de 2006; y, Resolución N° 1180-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 11 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por el Instituto de Educación Superior Particular Eseful S.A.C. contra la Federación Peruana de Fútbol (Exp. N° 000065-2006/CAM).

B) Actuación de Hecho

Dentro de este acápite agrupamos los casos en los que se ha denunciado a un funcionario público o una entidad pública por restringir la competencia. A diferencia de los casos que veremos en el próximo apartado, esta actuación no se pone de manifiesto mediante un pronunciamiento formal del funcionario o la entidad pública, es decir, no se habría emitido un acto administrativo o una disposición normativa que restrinja la competencia. Los actos investigados responden a actuaciones materiales.²⁸

En estos casos también se discute si la actuación se encuentra sometida al ámbito de las legislaciones de defensa de la competencia. De un lado se sostiene que dichas conductas restringen la competencia y en ocasiones, actúan fuera de las potestades otorgadas, por lo que deberían ser enjuiciadas por las normas antitrust. De otro lado, se argumenta que las actuaciones de hecho responden a una finalidad pública o política y no a intereses económicos como es el caso de los agentes económicos comprendidos en el alcance de la norma.

Así, por ejemplo tenemos la denuncia de la Asociación de Ganaderos Comisionistas de Ganado Vacuno y Ovino de la Provincia de Huaura contra el Alcalde de la respectiva Municipalidad Provincial. En este caso, el Alcalde habría restringido el acceso de los ganaderos al camal municipal, "atando" este acceso a la condición de vender menudencias al gremio de comercialización de menudencias, mediante un acta de concertación que había celebrado el Alcalde con los ganaderos. Esta denuncia fue declarada fundada por abuso de posición de dominio en la modalidad de imposición de "cláusulas de atadura".²⁹

Asimismo, encontramos el caso de la denuncia interpuesta contra el Alcalde y un regidor de la Municipalidad de San Antonio, por la celebración de un convenio con ciertos distribuidores de cervezas de la localidad. Mediante este convenio, los distribuidores se comprometían a realizar obras a favor del Municipio, a cambio de obtener la exclusividad en la comercialización de sus productos en los módulos de venta concesionados en el balneario de León Dormido. En este caso se sancionó tanto a las autoridades como a los distribuidores en base al artículo 6° del Decreto Legislativo 701 por concertación de las condiciones de comercialización de cerveza y gaseosa.³⁰

La Comisión también sancionó al Alcalde de la Municipalidad Provincial de Lambayeque por haber realizado conductas tendientes a que los transportistas de dicha localidad concertaran y redujeran sus precios.³¹

Existen algunos otros pronunciamientos de la Comisión en el mismo sentido de sancionar a las autoridades o funcionarios públicos por las actuaciones de hecho realizadas que afectan la libre competencia. Sin embargo, en ninguno de estos la agencia de competencia analizó si esta actuación podría calificar como actividad económica, conforme lo requiere el artículo 2° del Decreto Legislativo 701.

Al respecto, debemos recordar que el artículo 6° del Decreto Legislativo 701 hace referencia a la concertación entre los agentes económicos, esto es, quienes regularmente deberían competir en el mercado dejan de hacerlo en algunos aspectos de su actividad. Bajo esta premisa, las autoridades públicas aún cuando afecten la competencia, no son verdaderos competidores. Por otra parte, el artículo 5° del Decreto Legislativo 701 dispone expresamente que para que se configure un abuso de posición de dominio debe concurrir una afectación a los competidores y un beneficio para quien realiza la conducta³². Este beneficio podría ser el de mantener su posición de dominio en el mercado o extenderla hacia un mercado conexo, por ejemplo, cuando se tiene a un agente vinculado en dicho mercado. Sin embargo, en las resoluciones comentadas no se analiza cuál sería el beneficio anticompetitivo que obtendrían los funcionarios públicos al restringir la competencia mediante sus actuaciones de hecho.

Luego de varios años de experiencia del INDECOPI en la aplicación del Decreto Legislativo 701, se ha reparado en la necesidad de delimitar con mayor claridad el ámbito de aplicación subjetivo del referido cuerpo normativo. Así, en la actualidad, la posición de la agencia de competencia resulta más precisa al eximir a la actuación pública de hecho de los alcances de la ley de defensa de la competencia.

En el 2002, la Comisión inició un procedimiento de oficio seguido contra diversas empresas aseguradoras por una supuesta concertación de los precios de las primas de las pólizas correspondientes al Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT). En este caso, las aseguradoras señalaron que el Ministerio de Transportes y Comunicaciones había presionado constantemente

28 Sobre el particular, tenemos a GARCÍA MENÉNDEZ, Sebastián. Sujeción del Poder Ejecutivo y la Administración Pública al Derecho de la Competencia. La Vía de Hecho. En este mismo, sentido también tenemos a GAGLIUFFI, Ivo. ¿Por qué el largo brazo de la Ley de Libre Competencia no alcanza a los políticos y funcionarios públicos?, en: Cuadernos Jurisprudenciales N° 32, febrero 2004. Lima: Gaceta Jurídica. 2004, p. 3 – 14.

29 Resolución N° 002-94-INDECOPI/CLC, de fecha 28 de enero de 1993, en el procedimiento seguido por la Asociación de Ganaderos y Comisionistas de ganado vacuno y ovino de la provincia de Huaura Huacho contra el Alcalde del Concejo Provincial de Huaura Huacho.

30 Resolución N° 018-94-CLC, de fecha 15 de agosto de 1994, en el procedimiento iniciado contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio y otros.

31 Resolución N° 016-95-CLC, de fecha 22 de mayo de 1995, en el procedimiento seguido por el Alcalde de Lambayeque contra un grupo de Transportistas de dicha ciudad.

32 **Decreto Legislativo 701.**

"Artículo 5°.- **Abuso de posición de dominio en el mercado.** Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (...)"

a fin de lograr la reducción de sus primas de seguro. Al respecto, la Comisión estimó que la Ley no se aplicaba a las entidades ni funcionarios públicos en ejercicio de su oficio como autoridad, sino únicamente en la medida que desarrollen actividades económicas³³, por lo que el Ministerio no sería enjuiciado por infracción al Decreto Legislativo 701.

En un segundo caso, la Comisión profundiza en el mismo sentido, excluyendo de la investigación de oficio al Alcalde del Municipio Provincial de Maynas, quien habría participado en un acuerdo con diversas empresas de transporte urbano de pasajeros en dicha localidad, para reducir concertadamente el precio del pasaje.³⁴

Finalmente, esta posición se mantiene en el caso de la denuncia interpuesta por la Cámara de Comercio de Lima contra diversos gremios de empresas de transporte y funcionarios públicos, entre ellos, el presidente del Consejo de Ministros y el Ministro de Transportes y Comunicaciones por presunto establecimiento concertado de una banda mínima de precios en el transporte de pasajeros y carga.³⁵

C) Actuación pública formal

Al igual que la actuación de hecho, también se ha discutido si la actuación de entidades públicas, puestas de manifiesto a través de actos administrativo o disposiciones normativas –generalmente reglamentarias – se encuentra dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la legislación de defensa de la competencia.

Este es tal vez el ámbito donde encontramos mayor cantidad de intereses en conflicto. Si bien la actividad pública de ordenación es en muchos casos, el origen de las restricciones a la competencia, la actividad estatal puede también perseguir objetivos distintos a la libre competencia, lo que justificaría su restricción. En tal sentido, la actuación pública no podría ser enjuiciada como si fuera una actividad económica motivada únicamente por intereses privados.

De manera similar a lo que ocurrió con la actuación de hecho, la jurisprudencia del INDECOPI ha evolucionado en su precisión respecto del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701. Aun cuando en un primer momento se enjuició la actuación pública bajo la ley de defensa de la competencia, en la actualidad

parece ser uniforme el criterio bajo el cual la función pública escapa del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701.

Uno de los casos más antiguos sobre esta materia corresponde a la denuncia interpuesta contra la Alcaldesa del Concejo Distrital de Carmen de la Legua, quien mediante decretos de alcaldía dispuso que los servicios de fumigación en su jurisdicción fueran prestados por los Municipios en condición de monopolio. La Comisión sancionó la conducta de la Alcaldesa por considerar que no había norma legal que autorice a los Concejos Distritales a irrogarse el monopolio de actividades que no constituyen servicios públicos.³⁶

Otro caso de actividad pública formal denunciada por infracción al Decreto Legislativo 701 fue el del procedimiento seguido contra el Subprefecto de la provincia de Arequipa y el Comité de Distribuidores de Kerosene por presunta fijación de precios y reparto de mercado, presuntamente materializado mediante la zonificación de los lugares donde los proveedores podían prestar sus servicios. Si bien es cierto, la Comisión declaró infundada la denuncia por no existir pruebas del presunto acuerdo entre la autoridad y el Comité de Distribuidores, la autoridad de competencia señaló adicionalmente que “en este caso no está demostrado, o una decisión por parte de un ente que realice actividad económica, percibiendo algún beneficio directo o indirecto por su actuación.”³⁷

Este pronunciamiento de la Comisión resulta interesante si tomamos en cuenta que en dicha época, el INDECOPI no había analizado a profundidad aún el ámbito de aplicación subjetiva del Decreto Legislativo 701, como hemos podido constatar en los casos donde la conducta denunciada se trataba de actuación pública de hecho.

En la actualidad, la postura del INDECOPI ha evolucionado hacia excluir a las actuaciones públicas formales del ámbito de aplicación del Decreto Legislativo 701. Así, la Comisión declaró improcedente la denuncia presentada por un laboratorio farmacéutico contra Essalud por haber dispuesto la exoneración de realizar un procedimiento de selección para la compra de un determinado medicamento, considerándolo como insustituible, razón por la cual lo estandarizó³⁸. La Comisión en este caso, señaló que Essalud al comprar los medicamentos actúa en ejercicio de una función pública y no como una

33 Resolución N° 025-2002-INDECOPI/CLC, de fecha 11 de diciembre de 2002, en el procedimiento seguido de oficio contra nueve compañías de seguros y el gremio que las agrupa (Exp. 004-2002-CLC).

34 Resolución N° 048-2003-INDECOPI/CLC.

35 Resolución N° 052-2003-INDECOPI/CLC.

36 Resolución N° 013-93-INDECOPI/CLC, en el procedimiento seguido por Crist S.A. y otros contra la Alcaldesa del Concejo Distrital de Carmen de la Legua - Reynoso y la Municipalidad del mismo distrito.

37 Resolución N° 011-93-INDECOPI/CLC, en el procedimiento seguido de oficio contra la Federación de Panificadores del Perú.

38 **Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado**

“ANEXO I

ANEXO DE DEFINICIONES

(...)

24. Estandarización: El proceso de racionalización consistente en ajustar a un determinado tipo o modelo los bienes o servicios a adquirir o contratar, en atención a los equipamientos preexistentes.”

empresa que tuviera interés en restringir la competencia.³⁹ Sin perjuicio de ello, se ha dejado abierta la posibilidad de controlar la afectación a la libre competencia en determinados casos, donde sí podría existir un interés anticompetitivo de la entidad convocante, como en los casos en que la entidad convocante sea una empresa del Estado⁴⁰, o cuando la entidad convocante se encuentre vinculada a otra entidad que realice actividad económica⁴¹.

Este principio resulta concordante con el razonamiento expuesto en los casos del "COES" y la "Federación Peruana de Fútbol", en los que la Comisión y la Sala han reconocido que el ejercicio de funciones públicas, en principio, no se encuentra sometido al escrutinio de las leyes antitrust.

"En el Perú, no han existido casos donde se haya exonerado a los agentes particulares de la aplicación del Decreto Legislativo 701 en virtud de la actuación pública (...)"

II.2 El Estado como Fuente de las Infracciones al Decreto Legislativo 701

A lo largo del Subcapítulo II.1 analizamos todos los casos donde la actuación estatal ha sido enjuiciada bajo los alcances de la ley de defensa de la competencia, es decir, cuando el Estado ha sido denunciado como sujeto activo de una infracción al Decreto Legislativo 701.

Existen, sin embargo, otro tipo de casos donde la actividad estatal es determinante para la comisión de prácticas anticompetitivas. Ello sucede cuando el Estado impone o facilita la realización de conductas privadas contrarias a la libre competencia.

Estos supuestos resultan de vital importancia pues, pese a que la actividad estatal en sí misma no será enjuiciada, ella determina la comisión de una infracción al Decreto Legislativo 701, restando su utilidad en la defensa de la competencia en beneficio de los consumidores.

Frente a este tipo de intervenciones públicas, caben dos alternativas, la de validar sus efectos exonerando de responsabilidad a los agentes privados que actuando bajo el amparo estatal, infringen las normas antitrust o la de prohibir, o cuando menos, limitar sus efectos,

enjuiciando y sancionando a las empresas que violen la libre competencia en dichos supuestos.

Una vez más, tomando como base la práctica jurisprudencial en nuestro país y la experiencia comparada, abordaremos dos tipos de actuaciones estatales que pueden servir como medios para la realización de prácticas anticompetitivas: (a) las normas o actos que amparan las prácticas anticompetitivas; y, (b) el uso de procedimientos y procesos para restringir la competencia.

II.2.1 Las Restricciones a la Competencia de Origen Estatal

En la búsqueda de objetivos distintos a los de la defensa de la competencia, las entidades públicas pueden emitir actos o dictar normas generales que no sólo afecten la competencia, sino que impongan o permitan la realización de prácticas anticompetitivas, tipificadas y sancionadas por las normas antitrust. En dicho escenario, los agentes privados se encontrarían en la disyuntiva de obedecer las actuaciones públicas que permiten las prácticas anticompetitivas o cumplir con el mandato de las normas de defensa de la competencia.

En el Perú no han existido casos donde se haya exonerado a los agentes particulares de la aplicación del Decreto Legislativo 701 en virtud de la actuación pública, pese a que como hemos visto, en muchos casos son los propios funcionarios o entidades públicas quienes promueven las conductas anticompetitivas.

Un caso de especial importancia es el ya citado caso del SOAT, donde la Comisión y la Sala sancionaron a diversas empresas aseguradoras por haber concertado el monto de las primas de seguro. En dicho caso, si bien la Sala consideró que el Ministerio de Transporte y Comunicaciones activamente invocó a dichas empresas a bajar el precio de sus primas, no existían pruebas que acreditaran que dicha entidad haya intervenido para recomendar o favorecer la fijación concertada de un monto común. Asimismo, aun cuando la intervención del Ministerio fue considerado como un factor atenuante a efectos de graduar la sanción a las empresas aseguradoras, se consideró que esta actuación estatal no eximía de responsabilidad a los agentes privados por el incumplimiento de la ley de defensa de la competencia⁴².

Otro caso interesante donde la actuación estatal pudo exonerar de responsabilidad a un agente económico fue el del procedimiento seguido contra la empresa Ferrocarril Transandino, encargada de la administración del Ferrocarril Sur-Oriente obtenida mediante un

39 Resolución N° 048-2005-INDECOPI/CLC, de fecha 27 de setiembre de 2005, emitida en el Expediente N° 007-2005-CLC, en el procedimiento seguido por Medifarma S.A. contra ESSALUD y el señor Chirinos.

40 Ibid., p. 20.

41 Informe N° 024-2005-INDECOPI/ST-CLC de fecha 30 de junio de 2005, p. 20

42 Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, de fecha 16 de junio de 2003, en el procedimiento seguido de oficio contra nueve compañías de seguros y el gremio que las agrupa (Exp. 004-2002-CLC).

Contrato de Concesión. En virtud de dicho contrato, la referida empresa obtuvo también el derecho para explotar el material tractivo y rodante entregado en concesión, por lo que lo arrendó de manera exclusiva a su empresa vinculada, Perurail, oponiendo esta exclusividad a la empresa competidora Fersimsac que le solicitó el alquiler de parte de este material. En este caso, la Comisión declaró infundada la denuncia interpuesta contra Ferrocarril Transandino pues entendió que su negativa constituía el ejercicio regular de un derecho amparado en el Contrato de Concesión⁴³. La Sala, en cambio, interpretó que si bien el Contrato de Concesión no le otorgaba a dicha empresa la exclusividad en el uso del material y que por lo tanto, su negativa basada exclusivamente en lo dispuesto en el Contrato resultaba injustificada⁴⁴.

Considerando que en este caso, la justificación de la negativa de la empresa denunciada recaía únicamente en lo dispuesto en el Contrato de Concesión, tanto para la Comisión como para la Sala había que atender a lo previsto en dicho contrato para dilucidar si la conducta de Ferrocarril Transandino infringía o no lo previsto en el Decreto Legislativo 701. Siguiendo este razonamiento, si un Contrato de Concesión ampara la adopción de una práctica anticompetitiva ésta sería lícita.

A nuestro criterio, cuando exista un conflicto entre actuaciones o disposiciones estatales, deben acudir a las reglas generales del Derecho como los principios de jerarquía normativa, especialidad y temporalidad. Así, considerando que la protección de la defensa de la competencia y la represión de las prácticas anticompetitivas son objetivos previstos en una norma con rango de ley, sólo un dispositivo del mismo rango podría limitar su ámbito de aplicación y exonerar a los agentes privados de su responsabilidad por la comisión de prácticas anticompetitivas. Esta es la posición adoptada por la legislación española de defensa de la competencia que precisa en su artículo 4 que "las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley"⁴⁵.

En el marco de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha desarrollado la doctrina del "efecto útil" de las normas de defensa de la competencia, en

virtud de la cual los Estados Miembros tienen la obligación de abstenerse de adoptar disposiciones que falseen estas normas eliminando o restringiendo su efecto útil, esto es, permitiendo, facilitando o imponiendo la realización de prácticas anticompetitivas⁴⁶. Si bien el enjuiciamiento no recae sobre los agentes económicos sino sobre las disposiciones estatales, resulta interesante constatar cómo en la Unión Europea el objetivo de defensa de la competencia prima por encima de los intereses nacionales distintos a los de la protección de este principio.

II.2.2 El Abuso de Procedimiento y Procesos para Restringir la Competencia

En la jurisprudencia nacional como extranjera, se puede apreciar otra forma de utilizar el aparato estatal para restringir la competencia, consistente en el abuso de procedimientos gubernamentales y/o procesos judiciales para afectar la competencia⁴⁷.

Se trata de una estrategia adoptada por un agente económico, en la que se usan los procesos administrativos y procesos judiciales para limitar o prohibir el ingreso de competidores en el mercado o lograr su exclusión definitiva.

El primer caso de la jurisprudencia peruana se produjo en el año 1996, con el pronunciamiento de la Comisión por el que sancionó a la empresa Asesoría Comercial y a la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicios del Perú, quienes presentaron una serie de recursos ante las Municipalidades de Lima y la Victoria y la Dirección General de Hidrocarburos con la finalidad de evitar la construcción del grifo de una nueva empresa en el mercado, Lebar. Si bien ese caso no se acreditó la existencia de un acuerdo entre Asesoría Empresarial y la Asociación para obstruir la actividad empresarial de Lebar, la Comisión señaló expresamente que "(...) el abuso de procedimientos gubernamentales (administrativos o judiciales) puede ser considerado como una práctica prohibida susceptible de ser comprendida dentro de la legislación que sanciona las prácticas restrictivas de la libre competencia - Decreto Legislativo 701"⁴⁸.

Un segundo caso de abuso de procesos judiciales se produjo en el año 2005, cuando Pilot, empresa que agrupaba a la mayoría de prácticos marítimos que operaban en el

43 Resolución N° 064-2006-INDECOPI/CLC, de fecha 4 de setiembre de 2006, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ositrán contra Ferrocarril Transandino S.A. (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC – Acumulados).

44 Resolución N° 1122-2007/TDC-INDECOPI, de fecha 2 de julio de 2007, en el procedimiento seguido por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., la Comisión de Libre Competencia y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ositrán contra Ferrocarril Transandino S.A. (Exp. 010-2004/CLC y 012-2004/CLC – Acumulados).

45 Para un interesante estudio sobre la exención legal a las restricciones de la competencia, desde una perspectiva crítica de la ley española, ver: MARCOS, Francisco. La reforma del sistema español de defensa de la competencia. El tratamiento de las restricciones públicas a la competencia. La exención legal en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Serie Política de la Competencia de Documentos de Trabajo del Instituto Universitario de Estudios Europeos. Madrid: CEU Ediciones, 2007.

46 Si bien la creación jurisprudencial de esta doctrina se remonta a los pronunciamientos del TJCE del año 1985 en los asuntos *Au blé vert* y *Leclerc*, es recién en la sentencia del TJCE del 21 de setiembre de 1988 en el asunto *Van Eycke donde logra su consagración*.

47 Sobre esta figura, ver: BULLARD, Alfredo y Alejandro FALLA. "El abogado del diablo". El abuso de procesos legales o gubernamentales como práctica anticompetitiva, en: *Ius et Veritas* N° 30, 2005, p. 40 - 51.

48 Resolución 057-96-INDECOPI/CLC del 8 de abril de 1996, en el procedimiento seguido por Lebar S.A. contra Asesoría Comercial S.A. – ACOSA y la Asociación de Grifos y Estaciones de Servicio del Perú – AGESP.

Terminal del Callao, inició una serie de acciones legales contra algunos prácticos marítimos que habían decidido dejar Pilot para formar sus propias empresas. En este caso, la Comisión y la Sala consideraron que la actitud de Pilot tenía como propósito dificultar la actividad empresarial competitiva de estos prácticos, por lo que declararon fundada la denuncia interpuesta contra Pilot.

La posibilidad de considerar el abuso de procedimientos o procesos legales como una práctica anticompetitiva tiene su origen en la sham exception de la doctrina Noerr Pennington desarrollada en la jurisprudencia norteamericana. La doctrina Noerr Pennington exonera a los ciudadanos de posibles infracciones a las leyes antitrust cuando ejercitan su libertad de expresión y derecho de petición ante el gobierno, al amparo de la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América⁴⁹. Sin embargo, la jurisprudencia norteamericana ha establecido que en algunos casos (sham exception) no se brindará esta protección si el uso de los procedimientos legales es sólo una farsa para cubrir un intento de interferir directamente en las relaciones empresariales de un competidor.

III. El Control de Barreras Burocráticas de Acceso al Mercado

Un caso particular en nuestro Ordenamiento es el del control de barreras burocráticas de acceso al mercado. Dentro del proceso de reformas a favor de la desregulación y liberalización de la economía, se dispuso la creación de la Comisión de Simplificación del Acceso y Salida del Mercado, dentro del INDECOPI.⁵⁰ Posteriormente, la estructura de esta Comisión fue modificada y mediante Decreto Legislativo N° 807 se creó la Comisión de Acceso al Mercado (CAM), tal como es conocida actualmente⁵¹.

La función de esta Comisión es la de identificar las barreras de origen estatal que restrinjan, de manera ilegal o irracional, el normal desarrollo de actividades económicas, es decir, las barreras que dificulten el acceso o el mantenimiento de actividades económicas.

Este análisis de la legalidad y racionalidad presenta la siguiente secuencia lógica⁵²:

1. Análisis de la competencia de la entidad que ha impuesto la barrera burocrática para dictarla.

2. Respeto del procedimiento para la imposición de la barrera.

3. Relación entre la barrera burocrática y el interés público tutelado por la entidad.

4. Razonabilidad de la barrera burocrática respecto a la finalidad pretendida.

5. Análisis de proporcionalidad de la barrera, para dilucidar si constituye una de las opciones menos gravosas para los agentes económicos en relación a los fines perseguidos.⁵³

La función atribuida a la CAM supone el cumplimiento de un rol promotor en un primer momento, y luego asegurador, del objetivo de desregulación y promoción de la inversión privada y desarrollo económico, por el que opta el Estado peruano a partir de la década del 90'. Al momento de su creación, se busca que la CAM garantice el libre acceso al mercado por parte de agentes económicos, y ello se pone de manifiesto al encargarle el cumplimiento de diversas disposiciones normativas vinculadas, como son: Decreto Legislativo N° 668, Ley sobre Garantías de Comercio Interior y Exterior; el Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada; el artículo 61° del Decreto Legislativo N° 776, Ley de Tributación Municipal; y, la Ley N° 25035, Ley de Simplificación Administrativa.⁵⁴

La competencia de la CAM, sin embargo, para procurar el control y eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales ha variado con el tiempo y en función al dispositivo normativo en el que se encontraba la barrera burocrática identificada.

En un inicio, la Comisión de Acceso al Mercado tenía competencia para "eliminar" las barreras burocráticas a través de su pronunciamiento, el cual determinaba la ilegalidad o irracionalidad de la barrera, sin perjuicio de las sanciones y multas que se impusieran a los funcionarios que la originaran.

Esta competencia inicial fue reducida por el Decreto Legislativo 807, que establecía que en caso la barrera haya sido establecida en un Decreto Supremo o Resolución Ministerial, la Comisión no ordenaría su derogatoria o inaplicación ni podría imponer sanciones a los funcionarios públicos responsables. En estos casos,

49 La doctrina surge con las sentencias de la Corte Suprema de Justicia norteamericana en los casos: *E. R.R. Presidents' Conference v. Noerr Motor Freight, Inc.*, 365 U.S. 127 (1961) y *United Mine Workers of America v. Pennington*, 381 U.S. 657 (1965). Para una resumida evolución de la doctrina Noerr Pennington, ver: FEDERAL TRADE COMMISSION. Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine. An FTC Staff Report. 2006, disponible en: <http://www.ftc.gov>.

50 Sobre los orígenes de la Comisión de Acceso al Mercado en el Perú, véase: ESAN. Simplificación del Acceso de las Empresas al Mercado. Informe Final. Lima: Proyecto de Análisis, Planeamiento y Ejecución de Políticas (PAPI), 1997.

51 Se modificó el Decreto Ley N° 25868, *Ley de Creación del INDECOPI*, agregándose un párrafo adicional al Artículo 26, incorporándose el Artículo 26 BIS, donde se detallan las funciones de la CAM.

52 Tomado de: CHUECA, José. La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi y su Contribución al Desarrollo Económico mediante la Eliminación de Barreras Burocráticas, en: *Derecho & Sociedad* N° 24, 2005, p. 172.

53 El desarrollo exacto del procedimiento se encuentra contemplado en el Precedente de Observancia Obligatoria, emitido por la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución N° 182-97-TDC, de fecha 16 de julio de 1997, en el procedimiento seguido por Inversiones La Merced S.A. contra el Alcalde Provincial de Trujillo y la Municipalidad Provincial (Exp. N° 036-96-CAM)

54 Actualmente, las disposiciones sobre Ley de Simplificación Administrativa y la parte pertinente del Decreto Legislativo N° 757 han sido sustituidas por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

el pronunciamiento de la Comisión se realizaría través de un informe elevado a la Presidencia del Consejo de Ministros para ser puesto en conocimiento del Consejo de Ministros a fin de que éste adopte las medidas que correspondan. Adicionalmente, mediante Ley N° 28032 se restringió, una vez más, la competencia de la Comisión respecto de los casos en que la barrera burocrática se encuentre establecida en una Ordenanza Municipal o una norma regional de carácter general. En estos casos, la Comisión también presentaría un informe al Concejo Municipal o al Consejo Regional, según corresponda, para que resuelva si mantener o modificar la barrera impuesta en un plazo de 30 (treinta) días.

Luego de unos años, mediante Ley N° 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada, el Congreso otorgó nuevamente a la CAM la posibilidad de inaplicar las barreras burocráticas en un caso concreto aun cuando estas hayan sido establecidas por un decreto supremo, una resolución ministerial o una norma municipal o regional de carácter general. Asimismo, se facultó a la CAM para interponer una demanda de acción popular contra las barreras burocráticas contenidas en decretos supremos, declaradas ilegales o irracionales en un procedimiento iniciado de oficio, con el propósito de lograr su modificación o derogación. Con el mismo objetivo, se facultó a la CAM para acudir a la Defensoría del Pueblo para que interponga la demanda de inconstitucionalidad contra barreras burocráticas contenidas en normas municipales y regionales de carácter general, que tengan rango de ley.

El contexto normativo histórico de las potestades de la CAM nos permite comprender bien la naturaleza de su función y las dificultades que presenta. La actuación de la CAM consiste en controlar la actuación de las entidades de la Administración Pública que pueda tener incidencia sobre el acceso y mantenimiento de los competidores en el mercado, y este control puede generar el cuestionamiento e incluso la oposición de las entidades y funcionarios controlados. En efecto, se trata de un órgano resolutorio dentro de un Organismo Público Descentralizado, adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, que puede controlar a diversos organismos de la Administración Pública del más alto nivel como los Ministerios, a la propia Presidencia del Consejo de Ministros e incluso los Concejos Municipales y Regionales, y que podría convertirse en una instancia adicional de revisión de los diversos órganos de la Administración Pública.

Adicionalmente, desde el origen de la CAM, ha surgido la preocupación por su competencia de inaplicar las barreras burocráticas, lo que implicaba una suerte de control difuso por parte de un órgano de la Administración Pública⁵⁵. Actualmente, a la luz de un

precedente constitucional del Tribunal Constitucional, el debate parecería zanjado, toda vez que el máximo intérprete de la Constitución ha admitido la posibilidad del control difuso de constitucionalidad y legalidad de normas por parte de tribunales y órganos colegiados de la Administración Pública.⁵⁶

Si bien esta objeción ha sido disipada, aún subsiste el debate sobre la naturaleza de la función que realiza la CAM, al constituir una suerte de control normativo. Más aún, si se toma en cuenta que la Administración Pública puede, en general, ejercer un control difuso de constitucionalidad y legalidad, se podría argumentar que la función de la CAM podría estar incluso subsumida en cada tribunal administrativo que resuelva aplicar o inaplicar un dispositivo normativo que vulnere el principio de libre competencia – que abarca el de acceso al mercado – contemplado en la Constitución.

Por otra parte, la Ley N° 28996 no termina por clarificar el panorama de los efectos de los pronunciamientos de la CAM. Como regla general, la CAM podría inaplicar la barrera burocrática al caso concreto, incluyendo aquellos supuestos donde la barrera burocrática surja de un decreto supremo, resolución ministerial o norma municipal o regional de carácter general. Si se trata de un procedimiento de oficio, podrá iniciar una acción popular o requerir a la Defensoría del Pueblo la interposición de una demanda de inconstitucionalidad, según corresponda.

Respecto de las barreras burocráticas previstas en normas distintas de las citadas en el párrafo anterior, no es claro el alcance de los efectos del pronunciamiento de la CAM. En efecto, la Ley N° 28996 no precisa si el pronunciamiento de la CAM por el que se “elimina” una barrera burocrática puede tener un efecto general, esto es, expulsar la barrera burocrática del Ordenamiento, o si éste se limita únicamente al caso concreto. Admitir que el pronunciamiento de la CAM tenga efectos generales permitiría una mayor efectividad de su labor y predictibilidad para los administrados; sin embargo, su constitucionalidad podría ser objetable, puesto que la Constitución únicamente prevé dos mecanismos para expulsar (aún de manera parcial) una norma del Ordenamiento, los procesos de inconstitucionalidad y de acción popular.

Volviendo al procedimiento de análisis de legalidad y racionalidad que efectúa la Comisión, podemos advertir que el razonamiento propuesto es bastante similar a aquél que realiza regularmente el Tribunal Constitucional cuando evalúa la razonabilidad de ciertas afectaciones a derechos constitucionales.⁵⁷

55 QUIROGA, Anibal. El Control constitucional de las barreras burocráticas y las facultades del INDECOP, en: Derecho PUCP N° 51. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997, p. 323 - 352.

56 Nos referimos a la Sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el Exp. N.° 3741-2004-AA/TC, que en una de las reglas sustanciales establecidas como precedente señala: “Todo tribunal u órgano colegiado de la administración pública tiene la facultad y el deber de preferir la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera manifiestamente, bien por la forma, bien por el fondo, de conformidad con los artículos 38.º, 51.º y 138.º de la Constitución. Para ello, se deben observar los siguientes presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro de un proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución”.

57 Sobre los principios de proporcionalidad y razonabilidad utilizados por el Tribunal Constitucional, puede verse: RUBIO, Marcial. La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2005, p. 239 – 259.

En este sentido, podemos argumentar que la labor que realiza la CAM es similar al control de constitucionalidad que puede efectuar el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial de disposiciones normativas y actos, con la salvedad de que el control que realiza la CAM se encuentra restringido a la afectación del derecho de acceso al mercado que, como hemos advertido, podría ser considerado como una expresión de la libertad de iniciativa privada y la libertad de competencia.

Superando las discusiones sobre los efectos de su pronunciamiento y los problemas de índole político que podría generar su función de control, es necesario destacar la importante labor que realiza este órgano sui generis, en defensa de la libre competencia frente a la actuación estatal que la restringe. Esto ha sido resaltado en un informe realizado por la OECD, donde se revisa la legislación y política de competencia en el Perú, resaltando que las decisiones de la CAM“(…) fueron una parte importante de la misión de competencia principal del Indecopi, tanto en forma directa (al aumentar la eficiencia) como indirecta (al mostrar a la comunidad empresarial que la política de competencia puede ser buena para los negocios).”⁵⁸

IV. El Control de Legalidad y Constitucionalidad de Actos y Normas

Habíamos adelantado en el apartado precedente la similitud de las funciones que realiza la CAM con aquellas atribuidas al Poder Judicial y al Tribunal Constitucional en tutela de la supremacía constitucional y jerarquía normativa.

La Constitución Política del Perú atribuye al Tribunal Constitucional la facultad exclusiva de conocer de las acciones de inconstitucionalidad en única instancia (control concentrado)⁵⁹, y al Poder Judicial la potestad de inaplicar aquellas normas de rango legal o inferiores que entren en conflicto con la Constitución (control difuso)⁶⁰. Como consecuencia también del principio de supremacía constitucional y su jerarquía normativa, al Poder Judicial también se le otorga la función de conocer las acciones populares, que cuestionan aquellas normas infralegales que entren en conflicto con los dispositivos de rango legal⁶¹.

Como hemos visto a lo largo del presente trabajo, el Estado puede afectar la competencia en el mercado mediante el dictado de dispositivos normativos. En este sentido, nada obsta a considerar a las normas de rango legal e infralegal como formas de vulneración de la competencia. En este caso, el parámetro de control será, en primer orden, la norma suprema del ordenamiento, la Constitución, que contempla expresamente a la libre competencia como uno de los principios rectores del régimen económico nacional.⁶²

De este modo, el control normativo de constitucionalidad también se constituye como un mecanismo de defensa frente a la vulneración de la libre competencia. Así, en un proceso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley N° 27633, el TC analizó la constitucionalidad de aquella norma que disponía un beneficio temporal en los procedimientos de contrataciones y adquisiciones con el Estado del 20% sobre la calificación técnica y económica a aquellos productos y servicios producidos en el territorio nacional. Esto afectaba la competencia en

58 WINSLOW, Terry. Legislación y Política de Competencia en el Perú. A peer review. OECD. 2005, p. 44.

59 **Constitución Política del Perú de 1993.**

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

(…)

La Acción de Inconstitucionalidad, que procede contra las normas que tienen rango de ley: leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, normas regionales de carácter general y ordenanzas municipales que contravengan la Constitución en la forma o en el fondo.

(…)

Artículo 202.- Corresponde al Tribunal Constitucional:

1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad.

(…)”

60 **Constitución Política del Perú de 1993.**

“Artículo 138.- Administración de Justicia. Control difuso

La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes.

En todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera. Igualmente, prefieren la norma legal sobre toda otra norma de rango inferior.”

61 **Constitución Política del Perú de 1993.**

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

(…)

5. La Acción Popular, que procede, por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.”

62 **Constitución Política del Perú de 1993.**

“Artículo 61.- Libre competencia

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopolísticas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.”

63 Sentencia del Tribunal Constitucional del 26 de abril de 2004, Expediente N° 018-2003-AI/TC, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Jorge Power Manchego, en representación de 5077 ciudadanos contra el artículo 1° de la Ley N° 27633 (Caso Ley de Promoción Temporal del Desarrollo Productivo Nacional).

estos procedimientos de selección, pues beneficiaba a un grupo determinado de postores. Sin embargo, el TC declaró la constitucionalidad del referido dispositivo en base al test de razonabilidad.⁶³

Un caso muy llamativo fue el proceso de inconstitucionalidad contra el Decreto de Urgencia N° 140-2001, que permitía al Ministerio de Transportes y Comunicaciones establecer tarifas mínimas para la prestación del servicio de transporte terrestre nacional e internacional de pasajeros y carga. Este dispositivo afectaba la competencia dado que restringía la capacidad de los transportistas de poder competir en precios por debajo de dichas franjas mínimas, y de modo indirecto, la capacidad de los consumidores de influir en dicho aspecto. El Tribunal, efectuando siempre el test de razonabilidad, declaró la inconstitucionalidad de la norma.⁶⁴

Como se puede apreciar de estos dos casos emblemáticos, el Tribunal Constitucional ha utilizado el principio de libre competencia como parámetro de control normativo constitucional, atendiendo no obstante a otros valores y principios constitucionales, a efectos de dilucidar la razonabilidad de la restricción de la competencia. En este sentido, resulta lógico que esta metodología sea también utilizada por el Poder Judicial cuando tenga que aplicar el control difuso de constitucionalidad y cuando efectúe el control de legalidad en los procesos de acción popular.

Los parámetros desarrollados también serían válidos para el control de actos administrativos, bajo las vías recursivas previstas en la Ley del Procedimiento Administrativo General y las reglas de procedimientos especiales de cada entidad pública, y en última instancia, en la jurisdicción contencioso administrativa. Dado que los actos administrativos deben respetar también la Constitución y las leyes, nada impediría que, al amparo del artículo 61 de la Constitución, puedan evaluarse los actos administrativos que restringen irrazonablemente la competencia⁶⁵. Empero, es probable que no se haya profundizado en esta posibilidad de control debido a la ausencia de una norma que legal que imponga a todas las entidades administrativas un deber general de respeto a la libre competencia sobre la base del

cual pueda efectuarse un control de la legalidad y razonabilidad de los actos administrativos.

Este deber de respeto de la libre competencia se encuentra previsto de manera específica en el artículo 3.2° del Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (en adelante, LCAE), exigible a todas las entidades de la Administración Pública en el marco de los procedimientos de selección para contratar con el Estado⁶⁶.

El fundamento esencial de este principio-deber se encuentra en garantizar el uso más eficiente de los recursos públicos en las adquisiciones y contrataciones que realizan las entidades de la Administración Pública. Adicionalmente, consideramos que la materialización de este principio es relevante por la fuerte influencia que pueden tener estos procedimientos en el mercado, esto es, las importantes ventajas que genera para una empresa lograr cubrir la demanda de productos y servicios de la Administración Pública. En tal sentido, se requiere también la competencia en este aspecto, pues de lo contrario los procedimientos de adquisiciones y contrataciones del Estado serían un medio para favorecer indebidamente a algunos competidores en el mercado.

Las restricciones a la competencia se pueden producir esencialmente en la fase inicial de los procedimientos de selección, esto es, en la elaboración de las Bases de los procedimientos, limitándose injustificadamente el acceso a tales concursos a determinados agentes económicos, sin embargo, no se debe descartar la posibilidad de esta afectación a la competencia a lo largo de todo el procedimiento.⁶⁷

Aun cuando en un primer momento, la Comisión de Libre Competencia analizó algunos casos de restricciones a la competencia generados al momento de adoptar las bases de los procedimientos de selección, en la actualidad, la Comisión ha precisado que su función de supervisión y sanción se limita a las afectaciones a la competencia generadas por los agentes económicos, reconociendo que es el Consejo Superior de Contrataciones y Adquisiciones del Estado (CONSUCODE) el ente encargado de velar por el cumplimiento de la LCAE, incluyendo, la aplicación

64 Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de noviembre de 2003, Expediente N° 0008-2003-AI/TC, en la acción de inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero, en representación de 5728 ciudadanos contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001 (Caso Bandas Mínimas de Transporte).

65 **Ley del Procedimiento Administrativo General**

"Artículo 10.- Causales de nulidad

Son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, los siguientes:

1. *La contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias.*

(...)"

66 **Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado.**

"Artículo 3.- Principios que rigen a las contrataciones y adquisiciones.-

Los procesos de contratación y adquisición regulados por esta Ley y su Reglamento se rigen por los siguientes principios; ello sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo y del Derecho Común:

(...)

2. Principio de Libre Competencia: En los procedimientos de adquisiciones y contrataciones se incluirán regulaciones o tratamientos que fomenten la más amplia y objetiva e imparcial concurrencia, pluralidad y participación de postores potenciales."

67 Ver: MORÓN, Juan Carlos. El derecho constitucional a la igualdad en la contratación estatal, en: *Ius et Veritas* N° 30, 2005, p. 299-300.

del principio de libre competencia al interior de un procedimiento de selección.⁶⁸

V. Revisión del Panorama: Dónde Estamos y Hacia Dónde Vamos.

En los capítulos precedentes hemos revisado brevemente los mecanismos previstos a nivel normativo y desarrollados jurisprudencialmente, para hacer frente a la actividad estatal anticompetitiva en nuestro país.

A modo de revisión de este panorama y considerando la naturaleza de la actuación estatal anticompetitiva, podemos distinguir dos mecanismos generales de control: (i) el control de las actividades económicas de origen estatal; y, (ii) el control de la función pública.

El primer tipo de control es el que hemos estudiado en el capítulo II.1, donde la herramienta esencial de control es la legislación de defensa de la competencia. Dado que el Estado en algunos casos opera como un verdadero competidor en el mercado, es necesario limitar su actuación cuando esta pueda restringir la competencia y, generar, a través de sanciones, los suficientes incentivos para evitar que esta restricción se produzca nuevamente.

Conforme puede desprenderse del estudio de los pronunciamientos de la Comisión y la Sala, y del análisis que hemos realizado, la legislación de defensa de la competencia está tradicionalmente concebida para controlar aquellas actividades realizadas por empresas que pretendan restringir la competencia con el fin de obtener un mayor poder de mercado o afianzar el ya existente. En este orden de ideas, no cabe controlar aquellas conductas en las que se ejerce una función pública y no existe un interés (anti) competitivo de quien adopta dicha conducta.

Sin embargo, es importante discernir aquellos casos donde se ejerce una función pública regularmente, de aquellos donde el ejercicio puede ser simplemente el ropaje de una conducta tendiente a restringir la competencia en beneficio de un interés empresarial. Ello puede darse cuando se otorgan potestades públicas de ordenación a un competidor en el mercado, sea éste una empresa estatal o se trate de un agente privado o una organización de privados, a la que se le ha encomendado determinadas funciones públicas.

En el segundo tipo de control se encontrarían todos aquellos mecanismos donde el objeto de control es

algún acto o norma derivado del ejercicio de función pública, que pueda restringir la competencia. Así, tenemos al control administrativo y judicial que se puede realizar de actos administrativos que restrinjan la competencia, sea por un tribunal administrativo o por la jurisdicción contencioso administrativa. Este es el caso del control de las bases administrativas en un procedimiento de contratación con el Estado, donde el CONSUMO tendría la facultad de velar por el respeto de la libre competencia al interior del procedimiento de selección. Otro mecanismo de control inmerso en esta clase sería el control normativo de legalidad y constitucionalidad que realizan de manera difusa el Poder Judicial, y de manera concentrada el Tribunal Constitucional. Como hemos visto, la libre competencia es un bien jurídico reconocido expresamente en la Constitución, y consecuentemente, ha sido estimado como uno de los valores constitucionales a considerar al momento de realizar un análisis de constitucionalidad de las normas de nuestro ordenamiento.

Adicionalmente, hemos visto que el Tribunal Constitucional peruano ha admitido expresamente que los tribunales administrativos pueden ejercer un control difuso de constitucionalidad en un reciente precedente constitucional, dejando abierta la posibilidad de que en sede administrativa también pueda ejercerse un control de aquellas normas que vulneren el principio de libre competencia, contemplado en la Constitución.

Finalmente, y siempre dentro de la misma clase de control, habíamos encontrado el particular caso del control de barreras burocráticas ilegales y/o irracionales de acceso al mercado, como una función especial atribuida a la Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI.

Así, si bien las actividades públicas que restringen la competencia y que no persiguen un fin empresarial no son perseguibles bajo la legislación de defensa de la competencia, ello no significa que estén exentas de control.

En los ordenamientos de carácter supranacional, no obstante, se añaden a las normas tradicionales de defensa de la competencia, disposiciones que tienen por objeto controlar la actividad estatal que puedan restringir la competencia. Por ejemplo, el artículo 86º del Tratado Constitutivo de la Unión Europea señala normas de directo cumplimiento por parte de los Estados Miembros.⁶⁹, por el cual se prohíbe a los Estados adoptar medidas que afecten la competencia a favor

68 Resolución N° 048-2005-INDECOPI/CLC, de fecha 27 de setiembre de 2005, emitida en el Expediente N° 007-2005-CLC, en el procedimiento seguido por Medifarma S.A. contra ESSALUD y el señor Chirinos.

69 *Tratado de Amsterdam por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos.*

"Artículo 86 (antiguo artículo 90)

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 12 y 81 a 89, ambos inclusive.

2. Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

de determinadas empresas. En los artículos 87° a 89° también se regula el régimen de ayudas estatales hacia determinadas empresas, que afecten la competencia en el Mercado Común, estableciendo su prohibición como regla general. Asimismo, debemos resaltar la doctrina del “efecto útil”, expuesta en el subcapítulo II.2.1 del presente trabajo, por la cual el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha dispuesto la prohibición de las medidas estatales que restrinjan o limiten la utilidad de las normas de defensa de la competencia del Tratado (artículos 81° y 82°).

De manera similar, pero con competencias de menor alcance, la Decisión 608 de la Comunidad Andina, contempla un mandato a los Países Miembros de no impedir la competencia en el mercado subregional, en la adopción de políticas y medidas regulatorias del mercado.⁷⁰ A diferencia, del caso de la Comunidad Europea donde el Tribunal de Justicia puede enjuiciar las disposiciones emitidas por el Estado, en la Comunidad Andina, el Comité Andino de Defensa de la Competencia únicamente eleva recomendaciones para eliminar estas medidas que restringen la competencia.

A partir del estudio que hemos realizado sobre la evolución y el estado actual de los mecanismos de protección de la competencia frente a las actuaciones estatales que la restringen, podemos detectar que subsisten ciertos problemas que limitan en alguna medida su eficacia. Consideramos que las principales dificultades existentes serían las siguientes:

- a) La ausencia de un criterio jurisprudencial firme respecto del ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 701 en lo que concierne a entidades dotadas de ciertas funciones públicas.
- b) La inexistencia de una norma legal o un criterio jurisprudencial que delimite claramente la exoneración de responsabilidad de aquellas prácticas anticompetitivas autorizadas o impuestas por un acto o norma estatal.
- c) La ineficacia de las vías recursivas administrativas y la jurisdicción ordinaria para controlar los actos administrativos y normas que afectan la competencia.
- d) La dificultad de enmarcar la función de la Comisión de Acceso al Mercado en el Sistema Jurídico nacional sin incurrir en duplicidad de funciones.

No es nuestro objetivo en estos momentos el proponer un modelo o sistema armonizado de remedios para controlar las actuaciones estatales que afectan la competencia, tarea que evidentemente sobrepasaría

excesivamente la limitada extensión del presente trabajo. Sin embargo, sí puede resultar útil proponer algunos parámetros que inspiren dicho modelo y permitan dar respuesta a los problemas encontrados.

En lo que respecta al ámbito de aplicación subjetivo del Decreto Legislativo 701, consideramos que la evolución jurisprudencial de la Comisión y la Sala ha sido correcta al ir precisando los alcances de dicho cuerpo normativo, limitando su aplicación a quienes realizan actividades económicas y excluyendo, como regla general, el ejercicio de funciones públicas. Sin embargo, resulta necesario precisar claramente que la actuación de agentes privados dotados de ciertas funciones públicas también puede quedar sometida a la aplicación de la ley de defensa de la competencia, inclinándose por un enfoque funcional como el seguido en el caso del “COES” antes que en uno formal como el aprobado en el caso de la “Federación Peruana de Fútbol”.

Si se considerara este tipo de actuaciones exclusivamente como actuaciones públicas, existirían aún herramientas para corregir sus distorsiones a la libre competencia, como los controles de legalidad y constitucionalidad o el control de barreras burocráticas. No obstante, resulta necesario su enjuiciamiento bajo las normas de defensa de la competencia que tienen naturaleza represiva y, a través de las sanciones, que pueden generar los incentivos suficientes para evitar que se produzcan en el futuro.

En relación con aquellos actos o disposiciones normativas que permiten o imponen la comisión de prácticas anticompetitivas, consideramos necesaria la incorporación de una norma que limite las posibilidades del Estado de exonerar a los particulares de la aplicación del Decreto Legislativo 701. Así, considerando que la protección frente a las conductas anticompetitivas se encuentra contemplada en una norma con rango legal, sólo la voluntad estatal del mismo rango, podría excluir a los agentes privados de su aplicación. Ello, evidentemente, sin perjuicio del análisis de constitucionalidad de esta disposición que ampare la adopción de prácticas anticompetitivas.

Respecto de los mecanismos de control de las actuaciones estatales que en ejercicio de funciones públicas afectan la competencia, consideramos que podría incorporarse a nivel legal un deber genérico de las entidades y funcionarios públicos de no restringir irrazonablemente la competencia. Esta inclusión permitiría que los administrados puedan cuestionar las actuaciones públicas que afectan la competencia ante las instancias de revisión administrativa correspondientes y, en última instancia, ante la jurisdicción contencioso administrativa. De este modo, se lograría un control de legalidad

3. La Comisión velará por la aplicación de las disposiciones del presente artículo y, en tanto fuere necesario, dirigirá a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas.”

70 **Decisión 608 de la Comunidad Andina.**

“Artículo 36.- En la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional. El Comité podrá elevar recomendaciones tendientes a eliminar, cuando corresponda, estos trámites y requisitos para promover el ejercicio de la libertad económica y la competencia.”

y razonabilidad de actos administrativos, similar al que realiza la Comisión de Acceso al Mercado y el CONSUMOCODE en materia de contrataciones del Estado. Si bien la labor concentrada que realiza la CAM es positiva y de mucha relevancia práctica, es posible que los cuestionamientos en torno a sus potestades subsistan. Ello se deriva del hecho de que un órgano administrativo pueda controlar las actuaciones de todas las entidades de la Administración Pública, y que, en la práctica, constituya una instancia de revisión adicional. En tal sentido, el control regular de los actos administrativos mediante las instancias de revisión administrativa y la jurisdicción contencioso administrativa superaría dichas dificultades al igual que evitaría la duplicidad de funciones y pronunciamientos.

Finalmente, este control de legalidad y razonabilidad de actos administrativo se vería complementado por el control normativo de constitucionalidad y legalidad encomendado al Tribunal Constitucional y al Poder Judicial respectivamente.

La labor de promoción de competencia también puede ser de mucha utilidad para hacer frente a las actuaciones públicas que restrinjan la competencia. Así, la Comisión de Libre Competencia o la Comisión de Acceso al Mercado podrían proponer las modificaciones de aquellos actos

o disposiciones públicas que afecten indebidamente la competencia. En tal medida, resulta positiva la potestad otorgada a la CAM, mediante la Ley N° 28996, para interponer demandas de acción popular contra las disposiciones normativas de rango infralegal.

En estas líneas hemos intentado únicamente poner de relieve el problema de la actuación estatal anticompetitiva y la necesidad de consolidar un eficaz sistema de remedios que le establezcan un límite, proponiendo algunas ideas que deberían guiar este modelo. Los mecanismos actuales son buenos pero no suficientes en este propósito. Es de esperarse que, ante un control insuficiente o ineficaz, los propios particulares tengan incentivos perversos para promover la actividad estatal que restrinja la competencia en perjuicio de los consumidores y del sistema económico en general. Sin descuidar la consolidación de la defensa de la competencia frente a las actividades privadas anticompetitivas, resulta necesario en la actualidad prestar atención al agente que tiene más posibilidades de afectar la competencia, el Estado. Si el poder de mercado de los agentes particulares motivó el origen de las leyes antitrust y la necesidad de su control, es ahora el poder estatal el que debe motivarnos a controlarlo y evitar la afectación de la competencia, sin importar su origen 