

El orden del mercado y la necesidad de contar con un procedimiento administrativo estandarizado para el aseguramiento del proceso competitivo y de la protección al consumidor

- Apuntes sobre propuestas de reforma legislativa -

Pierino Stucchi López Raygada*

En el presente artículo, el autor analiza los aspectos sustantivos que caracterizan el ejercicio de la función administrativa la misma que debe supervisar, promover y garantizar el orden del mercado en nuestro país.

Asimismo, el autor revela la necesidad de contar con un procedimiento administrativo estandarizado para el aseguramiento de la eficaz y adecuada competencia, así como para la protección al consumidor.

1. INTRODUCCIÓN

Asegurar el orden del mercado es una tarea encomendada al derecho por los Estados que han decidido establecer una economía social de mercado. Las formas y cauces de esta tarea dependen de la tradición jurídica en la que se encuadren las funciones de poder público del Estado de que se trate y de su experiencia jurídica institucional.

Con fundamento constitucional, en nuestro país, el orden del mercado es: i) establecido desde el contenido de las leyes que, generadas por la función normativa, imponen límites a la conducta de los agentes económicos; ii) supervisado y promovido por el impulso de la función administrativa que tiene la misión de verificar que la conducta de los agentes económicos respeten dicho orden; y, iii) garantizado por la afirmación punitiva sobre los agentes económicos que no respeten dicho orden, la que puede desplegarse tanto desde la función jurisdiccional como desde la función administrativa.

En esta entrega nos abocaremos a presentar, de modo sucinto, los aspectos sustantivos que caracterizan el ejercicio de la función administrativa que supervisa, promueve y garantiza el orden del mercado en nuestro país. Asimismo, reconociendo los alcances de la actividad de fomento, enfatizaremos nuestro análisis desde la perspectiva de la actividad de policía, revelando la necesidad de un procedimiento administrativo estandarizado para el aseguramiento de la eficaz y adecuada competencia y para la protección al consumidor. Deliberadamente, por materia del encargo y del espacio otorgado para ello, no haremos referencia a la función jurisdiccional de naturaleza punitiva desde el ámbito penal¹.

2. LIBRE INICIATIVA PRIVADA Y ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO

En nuestro país, como en la generalidad de las actuales sociedades democráticas, la actuación de los privados tiene como referente el principio básico de

* Secretario Técnico de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del INDECOPI. En esta institución participa del Grupo de Trabajo encargado de contribuir en la formulación de proyectos de ley en materia de libre competencia, competencia desleal y protección al consumidor. Profesor del curso Derecho Empresarial en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Profesor del curso Derecho Económico Internacional en la Maestría de Relaciones Internacionales y Comercio Internacional en el Instituto de Gobierno de la Universidad San Martín de Porres. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Empresa en la UPC y de segunda Maestría en Derecho Internacional Económico en la PUCP. Esta entrega ha sido la base de la ponencia del autor en el III Congreso de Derecho Administrativo celebrado en abril de 2008, en Lima, Perú. El autor señala que toda opinión vertida en el presente artículo le es atribuible únicamente a título personal y que de ningún modo involucra parecer alguno de las instituciones en las que participa como profesional. Agradece especialmente a los señores Carlos Rodas Ramos y Martín Talavera Díaz.

¹ Al respecto, para profundizar sobre este tema, recomendamos consultar: GARCÍA CAVERO, Percy. «Los Delitos contra la competencia». Ara. Lima. 2004. p. 193

libertad en el actuar. Ello significa que ninguna persona se encuentra obligada a hacer lo que la ley no manda y tampoco impedida de hacer lo que la ley no prohíbe². En nuestro sistema jurídico esta libertad general de actuar es fundamento del ejercicio de la libre iniciativa privada que garantiza nuestra Constitución Política en el escenario de una economía social de mercado³.

En este sentido, una persona natural o jurídica como agente económico y como sujeto de derecho, puede dedicarse a la actividad económica de su preferencia, siempre y cuando: i) dicha actividad no se encuentre prohibida por ley; y, ii) dicha persona cumpla con las exigencias que la ley establece para el desarrollo de la actividad de que se trate. Lo anterior significa, por ejemplo, que una persona natural, aún cuando tiene garantizada su libre iniciativa en materia económica, no podrá lícitamente ofrecer en el mercado servicios como sicario (actividad homicida de naturaleza delictiva); pero sí podrá lícitamente ofrecer libremente en el mercado servicios de médico cirujano, siempre y cuando haya estudiado la carrera universitaria correspondiente y se encuentre colegiado, conforme la ley exige.

Debe indicarse que todo sistema económico reconoce como problema social que existen determinados recursos que resultan escasos al verse superados por el volumen de necesidades que recaen sobre ellos. Ante este problema, en una economía social de mercado, tal como ocurre en nuestro país, la solución transita por lograr que los recursos disponibles se distribuyan en la sociedad - de modo predominante - mediante la libre interacción de la demanda constituida por las necesidades de los agentes económicos y de la oferta constituida por los recursos disponibles para satisfacer dichas necesidades. Bajo este sistema, la libre iniciativa privada es el motor de la economía pues permite que los agentes económicos actúen desde la oferta y desde la demanda, impulsando la libre interacción de las fuerzas del mercado.

Esta libre interacción, en la cual los agentes económicos gozan de plena información (mercado transparente), permite que la formación de los precios refleje la valoración de dichos agentes sobre los recursos disponibles, así como los niveles de escasez o de abundancia de los mismos. En una economía social de mercado, el sistema de precios cumple con la función de mostrar las cuotas de satisfacción de cada necesidad en la sociedad, configurándose como

un mecanismo coordinador entre las necesidades y los recursos disponibles para satisfacerlas.

El sistema de precios otorga valiosa información a los agentes económicos, pues resulta claro que si una necesidad no cuenta en el mercado con los bienes o servicios disponibles para ser satisfecha, los precios de estos se incrementarán debido a que los demandantes pugnarán por adquirirlos y estarán, por ello, dispuestos a pagar un mayor precio por dichos bienes o servicios. El precio de un producto que se eleva revela que el grado de escasez de éste aumenta respecto del grado de demanda, e informa a los oferentes que las necesidades en el mercado exigen una mayor disponibilidad de recursos para satisfacerlas. De otro lado, el precio de un producto que desciende revela que el grado de escasez de éste disminuye e informa que la cantidad de recursos disponibles aumenta en mayor medida que lo que las necesidades requieren.

Con la información provista por el sistema de precios, los productores pueden decidir en ejercicio de su libre iniciativa privada, aumentar o disminuir la producción y/o aumentar o disminuir la cantidad de productos que ofrecen en el mercado. En este contexto, en ejercicio de tal iniciativa, los sujetos de derecho como agentes económicos pueden elegir colocarse como demandantes de bienes o servicios en cualquier sector o sobre cualquier recurso, siempre que la concurrencia en dicho sector no se encuentre prohibida y siempre que cumplan las exigencias que la ley establece para ello, como expresamos previamente.

Se debe indicar que una economía social de mercado procura mantener un sistema descentralizado de decisiones de oferta y demanda, impulsado por un conjunto de múltiples transacciones que se entrecruzan. Cuando este sistema es verdaderamente descentralizado, un agente por sí mismo no puede colocar o exigir los precios que desee sobre los recursos que se transan en el mercado. Dado que los agentes económicos tienen como objetivo maximizar su bienestar, los oferentes persiguen lograr el mayor precio posible por los recursos que ofrecen y los demandantes persiguen entregar el menor precio posible por los recursos que adquieren. De esta tensión de objetivos opuestos, el sistema descentralizado del mercado se orienta a un equilibrio en el que el precio indica la clave de la transacción, sin que agente económico alguno pueda controlarlo⁴.

2 La Constitución Política del Perú indica textualmente:
«Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho: (...) 24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia: Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (...)»

3 La Constitución Política del Perú indica textualmente:
«Artículo 58º. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado (...)»

4 Aún cuando lo anterior es cierto, se debe mantener plena conciencia de que el precio de un bien o un servicio no solamente tiene como condicionante la libre interacción de la oferta y la demanda sino que lo condiciona también, como límite inferior, en principio, los costos en que ha incurrido para su obtención el oferente que los coloca en el mercado. Lo anterior se debe a que un oferente, salvo que desee maximizar pérdidas (lo cual es insólito en un agente racional que participa del mercado),

De ningún modo debe olvidarse que la dinámica de una economía social de mercado exige que los agentes económicos tengan derecho a la libre producción de bienes y a la libre prestación de servicios, así como, consecuentemente, a la libre contratación⁵ y al libre comercio interno y externo, lo cual también es garantizado en nuestra Constitución Política⁶. Aprovechamos esta entrega para dejar sentado, como posición propia, que no solamente el establecimiento de cualquier gravamen o restricción a la importación de mercancías o a la prestación de servicios por extranjeros son barreras absolutamente incompatibles con la libertad de comercio, sino además lo son la existencia misma de aranceles por mínimos que sean, así como cualquier discriminación que no le otorgue trato nacional a tales mercancías y servicios⁷.

3. LIBRE CONCURRENCIA Y PROCESO COMPETITIVO

En una economía social de mercado, la libre iniciativa privada impulsa la libre concurrencia de los agentes económicos y el proceso competitivo que se deriva de dicha concurrencia. Enfocada desde la oferta, la libre concurrencia significa que, en cualquier sector y en cualquier actividad económica, los agentes pueden acudir a ofrecer bienes y servicios que, siendo idénticos, similares o sustitutos, compitan por lograr la preferencia de los demandantes en el mercado⁸.

El diseño ideal de una economía social de mercado exige que su funcionamiento implique la formación de un proceso competitivo que se acerque al modelo teórico de la competencia perfecta. Es decir, que se acerque al ideal del mercado perfectamente competitivo. Este modelo teórico supone la concurrencia en el mercado de un significativo número de deman-

«El diseño ideal de una economía social de mercado exige que su funcionamiento implique la formación de un proceso competitivo que se acerque al modelo teórico de la competencia perfecta»

dantes y oferentes, ninguno de los cuales podría decidir unilateralmente el precio que debe corresponder a un bien o a un servicio, conforme al sistema descentralizado de decisiones de oferta y demanda, explicado en el punto precedente.

3.1. El modelo de competencia perfecta y el agente económico «autoritario»

Si, por ejemplo, cien oferentes ofrecen un kilogramo de arroz de calidad homogénea entre \$7 y \$8, será muy difícil que un demandante le compre a otro oferente un kilogramo de arroz a un precio de \$9. Este oferente «autoritario», deseoso de lograr un precio que le otorgue un mayor excedente sin considerar el precio de mercado, no logrará realizar una transacción en las condiciones que desea.

En principio, ningún demandante pagará más por algo que puede encontrar en el mercado a menor

procurará vender por encima de dichos costos para obtener márgenes de renta. Si ello no fuera posible, en algún momento, dicho oferente dejará de producir y/o comercializar el bien o servicio de que se trate, en cuanto pueda.

5 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado:

«En reiterada y uniforme jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha desarrollado el contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 - libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras (...). En el caso peruano, (...) las controversias que surjan en torno a estas libertades, deban encontrar soluciones con base a una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43º de la Constitución) y la Economía Social de Mercado (artículo 58º de la Constitución).

(...) En coherencia con tales imperativos, se justifica la existencia de una legislación antimonopólica y de desarrollo de los marcos regulatorios que permitan mayores niveles de competencia, para cuyo efectivo cumplimiento los Organismos Reguladores y el INDECOPI juegan un rol preponderante, tanto en la promoción y defensa de la competencia como en la protección a los consumidores y usuarios.»

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

6 La Constitución Política del Perú indica textualmente:

«Artículo 63º.- La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. (...)»

7 Esta proposición sustenta una propuesta mayor dirigida a eliminar cualquier barrera al comercio, en cumplimiento pleno de la libertad de comercio que establece y exige nuestra Constitución Política. Como es sabido, en nuestro país existen aún barreras arancelarias en el comercio de bienes, así como tratos preferentes para mercancías y prestación de servicios nacionales, en perjuicio de la posición competitiva de aquéllos de procedencia extranjera que, si bien son compatibles con los compromisos internacionales asumidos en el sistema multilateral de comercio administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), no lo son, a nuestro juicio, con la libertad de comercio que establece y exige nuestra Constitución Política y que debería primar en el objetivo de intensificar la competencia en nuestra economía social de mercado y en procurar el mayor excedente posible para nuestros consumidores.

8 Del mismo modo en que existe competencia de los oferentes por tomar la demanda disponible, existe competencia de los demandantes por tomar la oferta disponible. Sin embargo, para fines de mejor exposición didáctica, en la presente entrega, nos concentramos principalmente en lo primero.

precio, pues su objetivo es maximizar su beneficio. Sin embargo, la realidad del intercambio obliga a reconocer la existencia de costos de transacción. Por ello, es posible que la mayoría de los demandantes acepte una diferencia de \$1, existente entre \$7 y \$8, siempre que su costo de energía por el traslado al lugar donde le venden un kilogramo de arroz a \$7 supere el valor de \$1, por lo que le será más eficiente pagar \$8. Dependiendo de cada mercado, de cada producto transado y de sus niveles de precios, el costo de energía es asumido por los demandantes de bienes y servicios siempre que ello les signifique el logro de un mayor beneficio a menor costo. Es decir, siempre que puedan maximizar beneficios.

Evidente es también que la competencia no solamente se da por precios, sino también por calidad, por lo que será también difícil que un demandante compre a un precio entre \$7 y \$8 un kilogramo de arroz de una calidad muy inferior a la calidad estándar que se ofrece en el mercado por dicho precio.

Con base en esta explicación, queda claro que, en el modelo teórico de competencia perfecta que inspira a la economía social de mercado, ningún agente puede actuar con prescindencia de la actuación de los otros. La conducta de cada agente en el mercado es disciplinada por el resto de agentes, siendo obligado por las fuerzas de la oferta y la demanda a acercarse al equilibrio, tanto en calidad como en precio, caso contrario no será elegido para realizar transacción alguna.

En consecuencia, se puede inferir que el modelo teórico de competencia perfecta asume que los agentes que participan en el mercado: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de información absoluta (transparente) sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes; y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí. Adicionalmente, este modelo teórico supone que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente participe en cualquier sector y se coloque en posición de oferente o demandante, por lo que la posición de cualquier agente «autoritario» excluido por la dinámica del mercado y su equilibrio

puede ser cubierta inmediatamente por otro agente económico⁹.

3.2. La realidad frente al modelo de competencia perfecta

En la realidad, no existe posibilidad alguna de que el modelo teórico de competencia perfecta exista plenamente en todos los sectores de la actividad económica. Sin embargo, mientras mayor sea el acercamiento que la realidad tenga respecto de dicho modelo teórico, los oferentes se encontrarán sometidos a una mayor competencia, eliminando sus posibilidades de ser «autoritarios» y viéndose obligados a procurar la mejora de los elementos de la oferta propia - sea aumentando la calidad o disminuyendo los precios - para lograr la preferencia de los demandantes de bienes y servicios¹⁰.

En una economía social de mercado, un objetivo primordial es que el proceso competitivo se desarrolle bajo reglas de eficiencia, con el fin de que el oferente logre transacciones que puedan satisfacer sus necesidades ofreciendo bienes o servicios en mejores combinaciones de calidad y precio que otros concurrentes competidores suyos. Al ocurrir esto, los demandantes que son los consumidores intermedios o finales - los ciudadanos en el último punto de la cadena - se ven beneficiados en conjunto, pues logran mayores niveles de bienestar, logrando recursos a menor precio o mayores niveles de calidad, aumentando su excedente.

En consecuencia, el ordenamiento del mercado persigue como objetivo que en el proceso competitivo exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*)¹¹, en procura de satisfacer el interés general.

Sin embargo, como tensor de dicho objetivo en la realidad, la mercadotecnia o *marketing*, como disciplina que estudia e informa la actuación empresarial de los agentes del mercado y cuyo objetivo es que estos logren las transacciones que persiguen, mejorando la renta por su capital invertido, recomienda a las empresas que, en beneficio de su interés privado, entre otros: i) eviten concurrir en un sector sumamente competitivo, pues en éste se logran los meno-

9 Sobre el modelo de competencia perfecta, FRANK, Robert H. considera que «son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado. (...) 2. Las empresas con precio aceptante. (...) 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. (...) 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta.» Cita textual tomada de la siguiente obra, a la que se recomienda acudir para mayor profundización sobre este tema: FRANK, Robert H. «Microeconomía y Conducta». McGraw-Hill/Interamerica de España. Madrid. 1992. pp. 378 y 379.

10 Para profundizar sobre las condiciones imperfectas de la competencia consultar NICHOLSON, Walter. «Microeconomía intermedia y sus aplicaciones». Thomson. 9na ed. México. 2005. pp. 362 - 386.

11 Cfr. VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio. «El Derecho Europeo de la competencia». En: Derecho Europeo de la Competencia. *Antitrust* e intervenciones públicas. Lex Nova. Valladolid. 2005. pp. 42 y 43. Desde la expresión legislativa española, la exposición de motivos de la Ley N° 16/1989, de Defensa de la Competencia señala que ésta responde al objetivo específico de «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público (...)»

12 Así, por ejemplo, dice Porter: «La diferenciación brinda protección en contra de la rivalidad porque los clientes son leales a la

res márgenes de retorno por la inversión, dado que los precios no se pueden elevar «autoritariamente»; y/o, ii) diferencias en la percepción de los demandantes los productos propios de los productos competidores, con la finalidad de hacerlos únicos y menos vulnerables a la sustitución por otros, en el proceso competitivo¹². Incluso, algunas escuelas de esta disciplina recomiendan limitar o dificultar el ingreso de otros concurrentes en el mercado, imponiendo barreras de acceso generadas por programas de fidelidad, rebajas estratégicas y estímulos para compras complementarias, entre otras.

Existe así, una clara paradoja y tensión entre el interés general por establecer en el mercado el mayor grado posible de competencia y el interés individual de las empresas que desean alejarse de los espacios competitivos donde los precios se disciplinan por una multiplicidad de oferentes en un sistema descentralizado de decisiones. Ninguna empresa que persigue ser rentable desea tener competidores. En los hechos, procura lograr posiciones autoritarias en tanto le sea posible.

4. LA ACTIVIDAD PÚBLICA Y EL ORDEN DEL MERCADO

La actividad pública, desde la función administrativa que garantiza el orden del mercado, procura evitar que se presenten distorsiones en el proceso competitivo que impidan la configuración de la máxima competencia posible. El objetivo es lograr que la realidad del mercado se encuentre lo más cerca posible al modelo teórico de competencia perfecta o a un mercado perfectamente competitivo. Mientras más se acerca la realidad a este modelo teórico, los niveles de bienestar social aumentan. Si se produce un alejamiento, los niveles de bienestar descienden.

Para evitar dicho alejamiento, el Estado ejerce actividad de policía en sus diferentes dimensiones para que, en la realidad del mercado, se produzca la máxima competencia posible. Reflexionaremos también en este punto acerca de la actividad de fomento que procura el mismo objetivo, sirviendo de complemento a la actividad de policía.

4.1. La actividad de policía: supervisión, punición y corrección

La actividad de policía del Estado es también denominada como la actividad de limitación de libertad y consiste en la limitación del ejercicio de derechos privados con el objetivo de asegurar el orden público.

El Estado de origen liberal denominado como Estado policía, propio de la primera mitad del siglo XIX, se definió por la imposición de límites a la libre conducta de los particulares con el objetivo de «mantener el orden público en la medida en que esto es necesario para la convivencia, limitando lo menos posible la libertad». Desde este origen, y en su desarrollo, la actividad de policía que distinguía a este enfoque del Estado se hace concreta en «limitaciones, condicionamientos o cargas, necesarios para una ordenada convivencia». Al respecto, la doctrina reconoce, en lo que respecta a la labor de ordenamiento del mercado, que la actividad de policía del Estado «condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos»¹³.

Desde la perspectiva del orden del mercado, la actividad administrativa de policía se dirige a evitar que la libre iniciativa privada de los agentes económicos desborde el eficaz y adecuado funcionamiento de un mercado, alejándolo del modelo teórico de competencia perfecta, de manera tal que se preserve el orden público económico en beneficio del interés general.

Asimismo, desde las necesidades de la labor de ordenamiento del mercado, se reconoce que, sobre la actividad de los privados a la administración «le ha correspondido asumir (...) un papel de control e inspección (...) sancionando administrativamente a estos sujetos cuando se apartan de la ley, de la regulación, o desconocen las reglas y principios del mercado, a través de actos de competencia desleal o abusando de la posición dentro del mismo»¹⁴.

marca y porque disminuye la sensibilidad al precio. También aumenta los márgenes de utilidad y con ello permite prescindir de la posición de costos bajos. Se levantan barreras contra la entrada gracias a la lealtad de los consumidores y a que los consumidores deben superar el carácter especial del producto (...) aminora además el poder de los consumidores (...). Cita textual tomada de PORTER, Michael E. «Estrategia Competitiva». CECSA. México. 1982. p. 54.

13 Citas textuales de este párrafo tomadas de ARINO ORTIZ, Gaspar. «Principios de Derecho Público Económico». Ara. Lima, 2004. pp. 332, 336 y 337.

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

15 «Por sanción entendemos un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta

Se reconoce, en consecuencia, como dimensión de la actividad de policía del Estado la observación de la actuación privada y su evaluación a efectos de detectar posibles incumplimientos sobre los límites que se imponen a la libertad, con el objetivo de mantener el orden público económico. Ésta es la técnica de supervisión. También se reconoce, como dimensión de la actividad de policía del Estado, la técnica de punición cuyas expresiones son el castigo o la sanción¹⁵, la coerción y la coacción, las que se hacen concretas cuando se identifican actos contrarios al orden público económico.

4.2. Actividad de fomento: información, formación y estímulo

La actividad de fomento a cargo del Estado es aquella que persigue generar los incentivos necesarios para promover determinada actividad o determinado comportamiento que, desde la libre iniciativa privada, procure un incremento de la satisfacción del interés general.

En consecuencia, en procura de fortalecer el ordenamiento del mercado, se reconoce que «hace parte del fomento, igualmente, la intervención necesaria del Estado en la economía y el mercado con el fin de evitar que los principios y reglas propias de estas actividades sean desbordadas por sus actores generando el caos a través de la ruptura de la libertad y de la competencia leal propiciando condiciones para el desarrollo económico y social a través del estímulo positivo a la iniciativa privada»¹⁶.

La actuación de fomento complementa la actividad de policía al estimular a los agentes económicos para que su concurrencia se produzca de una manera tal que, en el proceso competitivo, exista la máxima competencia posible. Así, mientras la actividad de policía disuade y desincentiva las conductas de los agentes económicos contrarias al orden del mercado, la actividad de fomento estimula e incentiva las conductas que favorecen la competencia por eficiencia. Son dos caras de una misma moneda.

En materia de orden del mercado, la actividad de fomento se desarrolla bajo técnicas de información, formación y estímulo a los agentes económicos para que contribuyan con su actuación en el eficaz y adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Consideramos que dentro de la actividad de fomento se encuentra la *abogacía de la competencia* que desarrolla la autoridad administrativa (Comisión de Libre Competencia del INDECOPI) al sugerir modificacio-

«La actividad pública, desde la función administrativa que garantiza el orden del mercado, procura evitar que se presenten distorsiones en el proceso competitivo que impidan la configuración de la máxima competencia posible»

nes legales o institucionales que, desde el Estado, permitan una mayor dinámica a la competencia por eficiencia. También consideramos parte de esta actividad a la detección y levantamiento de barreras burocráticas ilegales o irracionales que impiden o dificultan el ingreso o permanencia de los agentes económicos en determinadas actividades o sectores del mercado, impulsada por la autoridad administrativa (Comisión de Acceso al Mercado del INDECOPI).

La actividad de fomento como promotora de competencia es complementaria a la actividad de policía en el objetivo de asegurar el orden del mercado. Sin embargo, como habíamos anticipado no será objeto de mayor tratamiento en esta entrega.

5. LAS DISCIPLINAS QUE ENCAUZAN LA ACTIVIDAD DE POLICÍA DEL ESTADO PARA GARANTIZAR EL ORDEN DEL MERCADO

Las reformas liberales desarrolladas desde inicios de la década de los noventa en nuestro país establecieron normas dirigidas a conformar las disciplinas jurídicas esenciales para contar con un Derecho Ordenador del Mercado, enfocado en el aseguramiento del proceso competitivo por eficiencia que genera una economía social de mercado.

Para tal efecto, en nuestro país no solamente se estableció como autoridad de competencia y de consumo al Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – INDECOPI, sino que además se dise-

ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de multa (...). Cita textual tomada de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ Tomás Ramón. «Curso de Derecho de Administrativo» (Tomo II). Civitas. 4ta ed. Madrid. 1993. p. 163.

16 Citas textuales tomadas de SANTOFIMIO GAMBOA, Julio Orlando. «Tratado de Derecho Administrativo» – Introducción (Tomo I). Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2003. p. 41. Cfr. ARIÑO ORTIZ, Gaspar. «Principios de Derecho Público Económico». Ara. Lima, 2004.

ñaron y activaron tres disciplinas dirigidas a evitar que determinadas conductas en el mercado afectaran el eficaz y adecuado funcionamiento del proceso competitivo, así como indebidamente al consumidor.

Este diseño, construido desde la ley y aplicado esencialmente desde la actuación de policía, permite que el Estado limite el ejercicio de la libre iniciativa privada que corresponde a los sujetos de derecho que se constituyen como agentes económicos en el mercado. El objetivo de este diseño es asegurar, en tutela del interés general, que el mercado funcione en la realidad lo más cercano posible al modelo teórico de competencia perfecta ya descrito, procurando un proceso competitivo en el que exista la máxima competencia posible. En consecuencia, los agentes económicos son libres de actuar económicamente en tanto no afecten las premisas que sostienen a la economía de mercado y al proceso competitivo como un generador de bienestar social.

A continuación, sin ánimo de proyectar un planteamiento exhaustivo, presentamos los fundamentos, la expresión normativa básica y las particularidades de actuación administrativa de cada una de las tres disciplinas que configuran el ordenamiento del mercado desde la actividad de policía.

5.1. Defensa de la libre competencia

a) Fundamentos

Esta disciplina establece reglas dirigidas a asegurar el funcionamiento efectivo del proceso competitivo en una economía social de mercado. Bajo esta disciplina, la actividad de policía se hace concreta al limitar la libre concurrencia en el mercado, estableciendo básicamente dos prohibiciones.

La primera prohibición se dirige a evitar que un agente económico cometa abusos desde una posición de dominio o posición dominante. Debe indicarse, a efectos de clarificar el alcance de esta prohibición que, en el proceso de integración europeo, se entiende que la «posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores. Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma

dirección»¹⁷. En resumen, quien tiene una posición de dominio es un agente económico que, por la realidad de un mercado que se encuentra distante del modelo teórico de competencia perfecta, puede comportarse como un agente «autoritario».

La segunda prohibición se dirige a evitar que dos o más agentes económicos generen una limitación, restricción o eliminación del proceso competitivo por causa de acuerdos o prácticas concertadas. Es decir, se persigue evitar que dos o más competidores puedan comportarse en conjunto como si fueran un agente «autoritario» al fijar precios o niveles de calidad, evitando competir entre sí.

En esta tarea de limitación de la libre iniciativa privada, la actividad de policía cuenta con expreso respaldo constitucional:

«Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios (...).

Este mandato constitucional enfatiza que, desde la actividad de policía, el Estado «combate» las prácticas que afectan el eficaz funcionamiento del proceso competitivo. Nótese que el mandato constitucional es muy intenso. No utiliza verbos rectores de baja intensidad tales como «evita» o «disuade». El mandato constitucional indica «combate». A nuestro juicio, ello implica que la tolerancia contra prácticas que limitan el eficaz funcionamiento del proceso competitivo es nula. El mandato constitucional desea evitar que agentes «autoritarios» puedan afectar indebidamente el excedente de otros agentes económicos en el mercado o impedir el ingreso de nuevos concurrentes en el mercado.

Debe recordarse que, en sus inicios, la defensa de la libre competencia, desde el control de conductas de los agentes del mercado, se entendió como la lucha contra los monopolios y los intentos de monopolización de los mercados, conforme lo evidencia la experiencia norteamericana desde la expedición de la *Sherman Act*. La evolución de esta disciplina y su traslado a jurisdicciones europeas permitió que la disciplina se enfocara a la prohibición y sanción de abusos de posición de dominio. Es decir, no sancionando a los monopolios por su mera existencia, sino sancionando a las conductas de abuso que pudieran desarrollarse sobre la base de dicha posición u otra de dominio en el mercado. Nuestro país, actualmente, acoge este enfoque¹⁸.

17 Cita textual tomada de COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03), 1997.

18 Para profundizar sobre el escenario comunitario andino de esta prohibición, del cual participa como miembro Perú con Bolivia, Colombia y Ecuador, se puede consultar: STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino y GONZÁLEZ DELGADO, Gabriel. «Una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia» - La Decisión N° 608 en el mercado ampliado andino. En: Themis Revista de Derecho. N° 51. 2005.

Además de la sanción de abusos de posición de dominio, esta disciplina, tanto en la experiencia norteamericana como europea continental, prohíbe y sanciona las conductas capaces de restringir o eliminar el funcionamiento del proceso competitivo, mediante acuerdos colusorios o prácticas concertadas entre agentes del mercado.

b) Expresión normativa

En nuestro país, la expresión legislativa que desarrolla el mandato constitucional indicado en el literal precedente limita, policialmente, el ejercicio de la libre iniciativa privada, al indicar expresamente como prohibidas las conductas que configuran abuso de posición de dominio. Ello implica, para el agente que se encuentra en una posición de dominio¹⁹, la prohibición de: i) negarse injustificadamente a transar (comprar, vender, arrendar, etc.); ii) discriminar a agentes competidores en una transacción; iii) plantear ventas atadas; y/o iv) desarrollar conductas de efecto equivalente.

En resumen, pese a que el agente que ostenta una posición de dominio en determinado mercado puede actuar con prescindencia de sus competidores, esta prohibición de abusar de una posición de dominio exige implícitamente a dicho agente que se comporte como si estuviera bajo la influencia de la dinámica del proceso competitivo, exigiéndosele actuar como lo haría si tuviera competidores que amenazaran su posición de preeminencia.

Asimismo, esta disciplina también limita, policialmente, el ejercicio de la libre iniciativa privada, al indicar expresamente como prohibidas las conductas que consisten en acuerdos colusorios o prácticas concertadas entre agentes económicos que tienen por efecto restringir o eliminar el proceso competitivo. Ello implica la prohibición de que dos o más agentes, para evitar competir: i) fijen precios u otras condiciones comerciales entre competidores; ii) se dividan geográficamente la atención de mercados; iii) dividan, limiten o controlen la oferta; iv) fijen la calidad (salvo en lo que corresponde a normas técnicas); v) discriminen a agentes competidores mediante relaciones comerciales; vi) concierten ventas atadas; vii)

concierten negativas a transar; viii) concierten limitaciones al desarrollo de otras condiciones de la oferta; ix) concierten conductas en procesos públicos de adquisición; y/o x) desarrollen conductas de efecto equivalente.

Como sugerimos en el numeral anterior, la prohibición de que los agentes del mercado establezcan acuerdos colusorios o prácticas concertadas que limiten la competencia persigue evitar que colectivamente estos se comporten como un agente «autoritario» en el mercado. No se encuentra permitido que varios agentes del mercado actúen como si fueran uno. Deben competir entre sí.

c) Particularidad de la actuación administrativa

Al respecto, se debe indicar que la sanción de actos contrarios a las prohibiciones expresadas legislativamente por la disciplina de la defensa de la libre competencia exige, a nuestro juicio, una condición lesiva en cuanto la norma legal señala: «están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional»²⁰.

Observamos que los perjuicios sobre el interés general a los que se refiere la referida norma son condición necesaria para que la sanción que acarrea la inobservancia de las prohibiciones antes citadas sea aplicada válidamente.

Los ilícitos contra la libre competencia, en consecuencia, son ilícitos de resultado contra el orden público económico, conforme lo refleja la alusión al interés económico general que se afecta. Si bien lo anterior no es lo frecuente en la lógica sancionadora administrativa, es lo que la norma legal determina y, en cumplimiento del principio de legalidad, debe ser verificado para la aplicación de una sanción en estos casos. A nuestro juicio, esta condición lesiva debe ser revisada, debiéndose establecer estas conductas prohibidas como ilícitos de peligro²¹.

19 La legislación peruana señala que «se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como redes de distribución. Cfr. Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 701.

20 Cfr. Artículo 4° del Decreto Legislativo N° 701.

21 Al respecto, se debe indicar que el proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas reconoce implícitamente a las conductas contrarias a la libre competencia como ilícitos de peligro. Ello, pues, como se aprecia a continuación, determina dos tipos de prohibiciones, unas absolutas sobre las que no se requiere acreditar el efecto lesivo de la conducta y otras relativas sobre las que bastaría probar que la conducta tiene o tendrá efectos negativos en el futuro:

«Artículo 8°.- Prohibición absoluta.-

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta anticompetitiva.

Artículo 9°.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta anticompetitiva y que ésta tiene o tendrá efectos negativos para la competencia y

5.2. Represión de la Competencia Desleal

a) Fundamentos

Esta disciplina establece reglas dirigidas a asegurar el funcionamiento adecuado del proceso competitivo en una economía social de mercado. La definición de un acto de competencia desleal exige comprender que el proceso competitivo debe premiar con el éxito económico - por medio del logro de más transacciones y/o de transacciones más ventajosas - a las empresas que ofrecen productos a mejores combinaciones de precio y calidad que las demás empresas que ofrecen productos idénticos, similares o sustitutos.

En este contexto, se prohíbe a los agentes económicos cometer actos de competencia desleal que consisten en lograr o pretender la preferencia del demandante mediante causas que no se basan en su propia eficiencia sino por vías que, entre otras, afectan al consumidor injustificadamente (al engañarlo sobre el valor o calidad del producto que se le ofrece); que afectan la imagen del competidor indebidamente (al referir condiciones negativas sobre su oferta que no se encuentran acreditadas); o, logran que quien realiza el acto de competencia desleal no asuma costos que debidamente corresponden al ejercicio de determinada actividad económica.

En nuestro país no existe un fundamento constitucional expreso para sustentar el desarrollo legislativo de esta disciplina. Al respecto, se debe considerar que, en una situación similar, la doctrina y la jurisprudencia francesa entendieron que los actos de competencia desleal se encuadraban en el ejercicio abusivo del derecho de concurrir y competir en el mercado²². El componente del abuso así apreciado reside en violentar la regla básica de una economía de mercado que es competir con base en el ofrecimiento de productos a mejores combinaciones de precio y calidad, sin afectar indebidamente al consumidor o al competidor.

b) Expresión normativa

En nuestro país, la expresión legislativa para identificar un acto de competencia desleal refiere la contravención a la buena fe comercial como su componente principal. Debe quedar muy claro que esta buena fe no es una buena fe comercial subjetiva. No es la percepción sobre la ilicitud o no de una conducta propia. Por el contrario, es un estándar que, en cada caso, permite evaluar la adecuación de la conducta de una empresa ante la buena fe comercial objetiva que se espera de un agente que participa en el pro-

ceso competitivo bajo reglas de eficiencia, lo que es propio de una economía social de mercado.

La buena fe comercial objetiva se verifica en aquella conducta de concurrencia destinada a lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causa de la eficiencia de los propios bienes o servicios, al ofrecer en ellos mejores combinaciones de precio y calidad de los competidores. La contravención a la buena fe comercial objetiva se produce al lograr o pretender lograr la preferencia de los demandantes por causas distintas a la propia eficiencia, tal como indicamos en el punto previo.

Así, cautelando el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, la disciplina de la represión de la competencia desleal prohíbe y sanciona, incluso mediante publicidad: i) la inducción a error a los demandantes sobre los elementos de la oferta propia; ii) la afectación injustificada de la percepción de los demandantes sobre el valor de la oferta ajena; y, iii) el mejoramiento o la afectación de una posición competitiva por otras causas distintas a la eficiencia económica.

Las limitaciones que esta disciplina impone sobre la libre iniciativa privada en una economía social de mercado procura que en el proceso competitivo exista la máxima competencia por eficiencia posible, manteniendo la intensidad de la contienda entre las empresas que persiguen lograr transacciones en el mercado.

Al mantener la competencia por eficiencia, el agente económico oferente que logre transacciones será aquél que satisfaga las necesidades ofreciendo bienes o servicios con mejores combinaciones de calidad y precio que otros concurrentes competidores suyos. De esta manera, los demandantes se verán beneficiados, en conjunto, pues lograrán mayores niveles de competitividad si son consumidores intermedios; o, de excedente si son consumidores finales.

c) Particularidad de la actuación administrativa

La prohibición y sanción de actos de competencia desleal no exige que la autoridad administrativa acredite un daño efectivo sobre otro agente económico. Tampoco exige que el agente económico que comete un acto de competencia desleal haya tenido conciencia o voluntad sobre su realización o su naturaleza ilícita.

En este sentido, para determinar la existencia de un acto de competencia desleal y sancionarlo, únicamente basta verificar que el perjuicio sea potencial,

el bienestar de los consumidores.» Cita textual tomada del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, prepublicado desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

²² La Constitución Política del Perú proscribe también el abuso del derecho, indicando:

«**Artículo 103º.** (...)»

La Constitución no ampara el abuso del derecho.»

es decir que, además de posible, sea razonablemente probable la afectación sobre cualquier otro agente económico, sea éste oferente o demandante; o sobre el orden público económico.

En consecuencia, las infracciones que se configuran por la realización de actos de competencia desleal constituyen un ilícito de peligro y no de resultado²³. La expresión legislativa vigente agrava la sanción si es que se trata de un acto desleal que se dirige a alejar o sustraer la clientela del competidor²⁴.

5.3. Protección al Consumidor

a) Fundamentos

En general, esta disciplina establece reglas destinadas a moderar la conducta de las empresas que se constituyen como oferentes de bienes y servicios hacia agentes económicos que son considerados como consumidores finales. Estas reglas tienen por finalidad asegurar que el excedente del consumidor (como demandante de bienes y servicios) no se vea indebidamente afectado como consecuencia del proceso competitivo en una economía social de mercado.

Estableciendo deberes de orden legal, la actividad de policía limita la libre iniciativa privada al prohibir que las empresas produzcan un daño injustificado al consumidor derivado de: i) carencia, defectos o falsedad de la información sobre el producto que se le ofrece o que ha adquirido; ii) carencia o defectos en la idoneidad del bien o del servicio que le ofrece y/o le entrega la empresa proveedora; y, iii) afectación de sus derechos, aún cuando no se haya realizado transacción alguna, tal como ocurre cuando se le perjudica por prácticas coercitivas o discriminatorias, entre otras.

En esta disciplina, la actividad de policía cuenta con expreso respaldo constitucional, pues nuestra carta fundacional indica expresamente que el Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios²⁵.

b) Expresión normativa

En nuestro país, la expresión legislativa que respalda la disciplina de la protección al consumidor limita

policíalmente el ejercicio de la libre iniciativa privada, al establecer la prohibición de incumplir con los deberes que la ley asigna - bajo la denominación de proveedores - a las empresas que se constituyen como oferentes de bienes y servicios.

Los principales deberes que la ley asigna a un agente económico que se constituye como una empresa proveedora para el consumidor final, entre otros, son: i) informar al consumidor suficientemente para que pueda decidir su adquisición y realizar el consumo de los bienes y servicios que le ofrece; ii) cumplir con las normas obligatorias que regulan la calidad de los bienes y productos que ofrece; iii) no diferenciar injustificadamente a los consumidores, seleccionando clientela, de modo que se produzca una discriminación; iv) asegurar la idoneidad de los productos o servicios que ofrece, es decir, asegurar que sean capaces de cumplir con los atributos que implica la oferta conforme ésta es presentada; v) no ofrecer productos o servicios que impliquen un riesgo injustificado o inadvertido al consumidor; y, vi) no desarrollar métodos comerciales coercitivos sobre el consumidor que impliquen que se le facture productos o servicios no requeridos por éste o que impliquen presumir que desea contratar cuando ello no es expresado.

Conforme exige el acercamiento al modelo teórico de competencia perfecta, para que los agentes económicos, siendo racionales, puedan decidir sus transacciones con la finalidad de maximizar sus beneficios al menor costo posible, requieren la mayor cantidad y calidad de información sobre las ofertas disponibles y su calidad. Solamente así podrán asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado.

Como se evidencia de lo expuesto, la disciplina de la protección al consumidor resguarda que la información a disposición del consumidor sea la necesaria para que éste decida su consumo y que los productos que adquiere sean idóneos respecto de lo informado expresa o implícitamente. Es decir que respondan efectivamente a lo ofrecido conforme a la información que se le traslada al consumidor. Es objetivo también de esta disciplina que la actuación libre y racional no se vea afectada por discriminación o coerción sobre los consumidores.

23 Al respecto, se debe indicar que el proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia mantiene la consideración de los actos de competencia desleal como ilícitos de peligro:

«Artículo 7º.- Condición de ilicitud.-

7.1.- La determinación de la existencia de un acto de competencia desleal no requiere acreditar conciencia o voluntad sobre su realización.

7.2.- Tampoco será necesario acreditar que dicha conducta genere un daño efectivo en perjuicio de otro concurrente, los consumidores o el orden público económico, bastando constatar que la generación de dicho daño sea potencial.»

Cita textual tomada del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, republicado desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

24 Cfr. Artículo 5º del Decreto Ley N° 26122.

25 La Constitución Política del Perú indica textualmente:

«Artículo 65º. El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población.»

c) Particularidad de la actuación administrativa

La disciplina de protección al consumidor establece un régimen de conducta de los proveedores en la línea de lograr que el consumo impulse adecuadamente el proceso competitivo por eficiencia. Ello, desde la actuación administrativa, se articula en el cauce de una labor sancionadora que castigue a la empresa proveedora que no cumpla con sus deberes ante el consumidor o, lo que es lo mismo, no cumpla con respetar los derechos de los consumidores en el contexto de un proceso competitivo por eficiencia.

Al respecto, se debe indicar que la sanción sobre los proveedores por actos contrarios al régimen de conducta que exige la protección al consumidor, a nuestro juicio, exige simplemente la verificación de una conducta contraria a los deberes que la ley establece a la empresa proveedora, con independencia de verificar o no un efecto lesivo del consumidor sobre dicha conducta.

En consecuencia, nos encontramos ante una responsabilidad que se define sin requerir la acreditación de daño real ni potencial sobre los consumidores. Al respecto, es sumamente explícito el Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor, al indicar: «los proveedores son objetivamente responsables por infringir las disposiciones contenidas en la presente Ley»²⁶.

6. NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ESTANDARIZADO

En la actualidad, la defensa de la libre competencia, la represión de la competencia desleal y la protección al consumidor son disciplinas que, desde la actividad de policía del Estado, son objeto de la técnica de supervisión desde la labor del INDECOPI.

En caso de detectarse una posible conducta contraria a los límites que estas disciplinas imponen a la libre iniciativa privada, se inicia un proceso²⁷ sancionador de oficio en el que se despliega la técnica de punición. Esta técnica se hace presente también cuando, por denuncia de parte, un administrado imputa a otro la realización de una conducta prohibida y se inicia el proceso sancionador por impulso de parte.

Las autoridades administrativas principales en la aplicación de estas disciplinas son, respectivamente, la Comisión de Libre Competencia, la Comisión de Represión de la Competencia Desleal y la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI, en primera instancia. En segunda instancia, el órgano competente para revisar las decisiones de estas comisiones

es la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de esta misma institución. Debe indicarse que, el Organismo Superior de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL tiene competencia, en su sector, en materia de defensa de la libre competencia y en materia de represión de la competencia desleal. Además, cabe indicar que cada organismo regulador, incluido el OSIPTEL, mantiene competencias de protección al consumidor que es calificado como usuario de servicios públicos.

Si bien el desarrollo de procesos administrativos sancionadores en estas materias tienen como reglas supletorias principales las contenidas en la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, tienen como reglas especiales aquéllas contenidas en las leyes que definen los límites de la iniciativa privada en cada disciplina, que son: i) Decreto Legislativo N° 701, Ley de Defensa de la Libre Competencia; ii) Decreto Ley N° 26122 y Decreto Legislativo N° 691, Leyes de Represión de la Competencia Desleal y de Publicidad, respectivamente; y, iii) Decreto Legislativo N° 716, Ley de Protección al Consumidor. En el caso de la represión de la competencia desleal y de la protección al consumidor, la aplicación de estas disciplinas, en la actualidad, discurre bajo las reglas de un procedimiento sancionador único definido por el Decreto Legislativo N° 807, Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI.

Conforme se aprecia de las iniciativas de reforma legislativa que ha propuesto el INDECOPI en estas tres disciplinas, consideramos que los procedimientos administrativos sancionadores deben encontrarse necesariamente estandarizados, pues la actividad de policía del Estado en estas materias responde a una misma lógica de ordenamiento del mercado. Esta estandarización contribuiría a una mayor eficacia en la acción pública, pues al dotar de atribuciones uniformes a la autoridad administrativa, en primera y segunda instancia, se producirá no solamente una disminución de costos de operar el sistema, sino que permitirá mejorar los niveles de garantías para el administrado al uniformizar hacia arriba los actuales estándares en los procedimientos sancionadores que aplican estas materias.

Debe indicarse que el procedimiento estándar que se propone en dichas iniciativas de reforma legislativa debe, sin embargo, reconocer las diferencias que la aplicación de cada disciplina exige, no solamente en la determinación de plazos del procedimiento, sino además en la preeminencia de determinadas instituciones del proceso que, en determinadas materias, cobran mayor relevancia que en otras. A continuación, presentamos los elementos esenciales con los que cuenta el diseño de este procedimiento estándar.

26 Cfr. Artículo 41° del Decreto Legislativo N° 716.

27 Para conocer en detalle la posición del autor sobre la diferencia que existe entre proceso y procedimiento administrativo, consultar: STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino e IPARRAGUIRRE, Gianfranco. «Explicando el ejercicio de poder público desde las categorías proceso y procedimiento». En: Revista de Derecho Administrativo N° 1. 2006.

a) Postulación del proceso

Reconociendo que la autoridad administrativa actúa en tutela del interés general cada vez que inicia un proceso sancionador, sin perjuicio de que su actuación pueda solucionar alguna controversia existente entre partes, el inicio del proceso sancionador en estas disciplinas debe iniciarse siempre de oficio, sea por iniciativa de la autoridad o por pedido de un administrado²⁸. El acto procesal de inicio debe asegurar una completa y clara imputación de cargos que permitan un amplio ejercicio del derecho de defensa en el administrado acusado.

La defensa del orden público económico, desde la técnica de punición, debe encontrarse siempre bajo titularidad de la administración pues a ella corresponde asegurar el orden del mercado. En consecuencia, el inicio de un proceso sancionador debe encontrarse, a criterio de la autoridad, cuando menos sustentado en la existencia de indicios razonables de la existencia de conductas contra el orden del mercado y no solamente en una acusación de parte sin peso probatorio²⁹. En esta lógica, el diseño estándar de procedimiento debe permitir la realización de investigaciones previas al inicio del proceso a causa de una denuncia de parte, con la finalidad de que la autoridad reúna un volumen probatorio o indiciario que amerite la actuación pública³⁰.

En particular, la propuesta del INDECOPI para la reforma de los instrumentos legales que tienen por objeto asegurar el orden del mercado, reconoce que los denunciantes tienen la función y prerrogativas de colaboradores en el proceso, manteniendo la Secretaría Técnica de cada Comisión la titularidad de la imputación de oficio³¹.

b) Habilitación para el dictado de medidas cautelares

El diseño estándar del procedimiento sancionador para aplicar las disciplinas de defensa de la libre competencia, represión de la competencia desleal y protección al consumidor, requiere afinar las actuales condiciones que habilitan a la autoridad a la imposición de una medida cautelar en estas materias.

En este sentido, las propuestas de reforma del INDECOPI clarifican que la orden de una medida caute-

lar tiene por finalidad evitar un daño indebido causado, de modo verosímil, por la realización de una conducta que excede los límites que debe observar la libre iniciativa privada, en perjuicio de consumidores, otros concurrentes o el sistema competitivo. En consecuencia, la autoridad deberá verificar previamente: i) verosimilitud en la existencia de un acto prohibido contra el orden del mercado; y, ii) peligro en que la demora del pronunciamiento final, de modo que el transcurso del tiempo de tramitación del proceso impida la eficacia material de la decisión final, tanto en la aplicación de medidas correctivas como en la aplicación de medidas sancionadoras.

En la finalidad del mandato cautelar, para evitar que se afecte el orden del mercado durante la tramitación del proceso, la autoridad deberá contar con la posibilidad de «adoptar la medida cautelar, innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, (...) y evitar el daño que pudieran causar las conductas materia del procedimiento», ajustándose a «la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar»³².

c) Instrucción del caso y decisión de la autoridad

Como corresponde al diseño contemporáneo de un procedimiento administrativo sancionador y, tal como lo exige la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, se debe procurar la diferenciación del órgano instructor que actúa pruebas y mantiene la titularidad de la imputación a lo largo del trámite del proceso, respecto del órgano que decide sobre la existencia o no de una infracción, procurando la realización de un modelo que se parezca más al estilo acusatorio que inquisitivo.

El diseño de procedimiento sancionador estandarizado para aplicar las disciplinas de defensa de la libre competencia, represión de la competencia desleal y protección al consumidor, conforme a la propuesta de reformas legales impulsadas por el INDECOPI permite elevar los niveles de garantía para el administrado y plantea una marcada diferenciación entre la Secretaría Técnica como órgano instructor y la correspondiente Comisión como órgano que decide sobre el fondo de un asunto en el que se discute la existencia de un acto contra el orden del mercado³³.

28 Cfr. Artículo 18° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 30° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

29 Cfr. Artículo 21° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 33° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

30 Cfr. Artículo 20° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 32° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

31 Cfr. Artículo 18° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 30° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

32 Citas textuales del artículo 23° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 35° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

33 Cfr. Artículos 13° a 17° y 27° a 30° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículos 26° a 29° y 37° a 40° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

«Mientras la actividad de policía disuade y desincentiva las conductas de los agentes económicos contrarias al orden del mercado, la actividad de fomento estimula e incentiva las conductas que favorecen la competencia por eficiencia»

La instrucción del caso y del periodo probatorio debe ser flexible en el procedimiento estandarizado pues en orden de complejidad probatoria, la dinámica de probanza en temas de defensa de libre competencia, represión de competencia desleal y protección al consumidor exige un mayor plazo en el primer caso, uno intermedio en el segundo y uno menor en el último. Concluido en cada caso el periodo probatorio, la Secretaría Técnica como órgano instructor pone en conocimiento de la Comisión todo lo actuado para que proceda a decidir sobre la existencia de la infracción imputada.

Reconociendo su mayor complejidad de materia probatoria, en el caso de procesos sobre defensa de la libre competencia, la Secretaría Técnica como órgano instructor deberá emitir siempre un informe sobre sus consideraciones respecto de lo probado en el caso³⁴; mientras que en los casos de represión de la competencia desleal y protección al consumidor, lo hace únicamente a solicitud de la Comisión si ésta lo considera necesario para resolver³⁵.

d) Medidas correctivas y sancionadoras

La actividad de policía desplegada por las autoridades para garantizar el orden del mercado, además de contar con la posibilidad de imponer sanciones, cuenta con la atribución de imponer medidas correctivas que pueden ser ordenadas a los agentes económicos que infringen las normas que garantizan el orden del mercado. Ello, significa que, además de determinar un castigo que podría disuadir a los agentes económicos o no, se puede materializar un mandato dirigido a evitar que continúen realizando una conducta infractora, en perjuicio del or-

den del mercado por distanciarlo del modelo teórico de competencia perfecta, en perjuicio del interés general.

En el diseño de procedimiento sancionador estandarizado que se propone para aplicar las disciplinas de defensa de la libre competencia, represión de la competencia desleal y protección al consumidor se contempla una novedad que mejora la eficacia de la ejecutividad de los mandatos que contiene la resolución final. Ello, pues la apelación ante el Tribunal del INDECOPI sobre la decisión de la Comisión, en primera instancia, suspende únicamente la ejecución de la sanción pero no de la medida correctiva que es plenamente exigible desde su emisión.

Esta mejora permite asegurar que el orden del mercado no continúe viéndose afectado por una conducta que se ha considerado como contraria al orden público económico. Sin embargo, por la flexibilidad que demanda la realidad, la Comisión podría ordenar que se suspenda la ejecución de su medida complementaria en tanto sea confirmada o consentida, si es que considera necesario esperar que su decisión se encuentre firme debido a que la ejecución de la medida correctiva fuera irreversible o irreparable. La atribución de suspender la medida correctiva corresponde también al Tribunal del INDECOPI, al conocer la decisión apelada y apreciar la necesidad de proceder a la suspensión³⁶.

Debe considerarse que las medidas correctivas aplicadas por el INDECOPI bajo el actual diseño de procedimientos no estandarizados han recibido el respaldo del Tribunal Constitucional. Al respecto, se presentó un caso en el que una empresa que recibió una sanción y una medida correctiva impuestas por el INDECOPI a causa del abuso de una posición de dominio, presentó una acción de amparo aduciendo la vulneración de su libertad contractual, libertad de empresa y de libre iniciativa privada. Este caso motivó la resolución de un recurso de agravio y permitió al Tribunal Constitucional indicar expresamente lo siguiente:

«INDECOPI, (...) determinó que a) la empresa DINO cometió abuso de posición de dominio (...) a raíz de la referida decisión (...) la empresa considera que se han vulnerado sus derechos constitucionales a la libertad contractual, libertad de empresa y libre iniciativa privada, en tanto que (...) la subsiguiente orden de cese de las conductas que demuestran el referido abuso, implicaría que DINO deba dejar sin efecto los contratos de

34 Cfr. Artículo 33° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, prepublicado desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio web: www.indecopi.gob.pe

35 Cfr. Artículo 44° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicado desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio web: www.indecopi.gob.pe

36 Cfr. Artículo 48° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicado desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio web: www.indecopi.gob.pe

distribución suscritos con la demandante. En otras palabras, lo que pone en cuestionamiento es la capacidad del INDECOPI - Tribunal Administrativo - para ordenar el cese inmediato y definitivo de las conductas que constituyen abuso de posición de dominio y, como consecuencia, dejar sin efecto la eficacia de contratos entre privados. (...) ¿Es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que INDECOPI no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61° de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65° de la Constitución)³⁷.

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional reconoce que la sola imposición de sanciones sobre una conducta contraria al orden del mercado no es suficiente para asegurar el mantenimiento del orden público económico, revelando expresamente la necesidad de contar con la institución de las medidas correctivas y confirmando implícitamente la adecuación de dicha institución con el orden constitucional:

(...) Si bien podría argumentarse que la orden de «cese de conductas» trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados (...) de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa; y menos aún, puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que, si se parte de la hipótesis de que dichas conductas, concretizadas en contratos ligados, fueron contrarias a Ley, entonces, de ninguna manera podrían ampararse en los alcances de los artículos 2.14° y 62° de la Constitución, pues estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que

sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público (...)

(...) El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 701 establece que el objetivo de dicha Ley es «eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (...)». Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan sólo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida Ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un *test* de razonabilidad y proporcionalidad³⁸.

En otras palabras, las atribuciones que tiene la autoridad administrativa, otorgadas por ley para eliminar los efectos de las conductas contrarias al orden del mercado, constituyen una extensión específica de las limitaciones que se encuentran establecidas por ley sobre la libre iniciativa privada para mantener el orden del mercado. Ello significa que las normas legales plantean unos límites generales y abstractos sobre la libre iniciativa privada, por lo que verificada una infracción contra estos límites, la autoridad no solamente sanciona sino que reitera en vía específica y concreta de acto administrativo el mandato legal preexistente, en aplicación plena de la actividad de policía que le corresponde ejercitar.

Así, por ejemplo, desde la disciplina de la represión de la competencia desleal, la ley prohíbe de modo general y abstracto los actos consistentes en «crear confusión (...) respecto de la procedencia empresarial de la actividad, producto, establecimiento o prestación»³⁹. Entonces, cuando INDECOPI determina la existencia de una conducta de este tipo y, además de sancionar al agente económico infractor, le ordena como medida correctiva «el cese definitivo de la comercialización de sus sazonadores (...), en tanto presenten la misma grafía y distribución de colores y elementos que los comprendidos en los sazonadores (de su competencia)»⁴⁰, en realidad reitera el mandato legal sobre una situación verificada, específica y concreta.

En este sentido, aún cuando INDECOPI o cualquier otra autoridad competente no emitieran una medida correctiva, el infractor no debería - por imperio del mandato legal correspondiente - continuar realizando la conducta infractora, contraria al orden del

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

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

39 Cfr. Artículo 8° del Decreto Ley N° 26122.

40 Cita textual tomada de la Resolución N° 0408-2006/TDC-INDECOPI, emitida en el procedimiento tramitado bajo Expediente N° 070-2005/CCD, iniciado por denuncia de Lopesa Industrial S.A. contra Industrias Tío Rico E.I.R.L.

mercado. Sin embargo, la función de la medida correctiva es, en este contexto, una reiteración del mandato de la ley para desencadenar los apercibimientos que permite la aplicación de una multa coercitiva - propios de la actividad de policía en sede administrativa - sobre aquél que persista en desarrollar una conducta contraria a ley y al orden del mercado que ésta garantiza. El diseño de procedimiento sancionador estandarizado para aplicar las disciplinas de defensa de la libre competencia, represión de la competencia desleal y protección al consumidor reconoce estas consideraciones y, en los proyectos propuestos y prepublicados por el INDECOPI, se evidencia que este diseño procura potenciar la eficacia de la actividad de policía del Estado en estas materias, estableciendo multas coercitivas de potencia disuasiva⁴¹.

Finalmente, debe comentarse que no solamente se propone elevar, en general, el tope de la escala de sanciones para quienes desarrollen conductas contrarias al orden del mercado, sino además considerar diferentes niveles de graduación dependiendo de la gravedad de la infracción, estableciendo criterios marco para determinarla entre los que se presentan: i) el beneficio ilícito resultante de la comisión de la infracción; ii) la probabilidad de detección de la infracción; iii) modalidad y el alcance del acto infractor; y, iv) la dimensión del mercado afectado⁴². Asimismo, se propone determinar niveles particulares de multas, dependiendo de los ingresos brutos del infractor, a efectos de asegurar garantía y proporcionalidad en determinación de la sanción como castigo para el administrado infractor⁴³.

7. APUNTES FINALES SOBRE LA REFORMA PROPUESTA

Las reformas legislativas que propone el INDECOPI en materia de reglas que ordenan el mercado y que ha sometido a comentarios de la sociedad civil e instituciones interesadas, no solamente significan un

perfeccionamiento en la materia sustantiva de las normas que ordenan el mercado, sino además proponen el diseño de un procedimiento estandarizado para aplicar la técnica punitiva sobre quienes desarrollen conductas contrarias al orden del mercado.

Estas reformas se proponen en el marco de la delegación de facultades para legislar otorgadas al Poder Ejecutivo mediante la Ley N° 29157, para que éste pueda emitir decretos legislativos sobre fortalecimiento institucional y mejora de los marcos de regulación. En este contexto, las reformas procuran asegurar la competencia por eficiencia, reconociendo la libre iniciativa privada que garantiza la Constitución, modernizando la definición de sus límites y acrisolando la experiencia de más de quince (15) años que se ha tenido en el desarrollo de estas disciplinas en nuestro país y ante la próxima intensificación de la competencia que debe generar la ampliación de mercados que causa, entre otros, la aplicación del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) con EE.UU.

En cuanto a lo dicho sobre la necesidad de contar con un procedimiento administrativo estandarizado para el aseguramiento del proceso competitivo y de la protección al consumidor, la propuesta comentada tiende a dotar de mayores garantías al procedimiento, lo que se evidencia en la diferenciación entre las funciones del órgano instructor y las funciones del órgano que decide el fondo de los asuntos. Asimismo, pretende otorgar una mayor eficacia de las soluciones ante INDECOPI, asegurando como regla general la ejecutividad inmediata de las medidas correctivas sin importar que sean apeladas, planteando una mayor intensidad en las sanciones y multas coercitivas y estableciendo parámetros ciertos para la graduación de sanciones, lo que debe redundar en disuadir a los agentes del mercado respecto de conductas contrarias al orden del mercado. CA

41 Cfr. Artículo 49° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 60° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

42 Cfr. Artículo 44° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 56° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe

43 Cfr. Artículo 43° del proyecto de Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y artículo 55° del proyecto de Ley de Defensa de la Leal Competencia, prepublicados desde el 5 al 25 de marzo de 2008 en el sitio *web*: www.indecopi.gob.pe