

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA

Víctor Malpartida Castillo

Profesor de Derecho Económico en la UNMSM.

SUMARIO:

1.- El Derecho de la Competencia	149
2.- Derecho de la Libre Competencia	152
3.- Análisis de la Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia - Decreto Legislativo N° 701	164
3.1.- Aspectos Generales	164
3.2.- Prácticas que comprende la ley	166
3.3.- Aspectos Complementarios	184
3.4.- Comentario Final	187

1.- El Derecho de la Competencia

El concepto de competencia normalmente se liga a lo económico, pero decimos de primera intención, que la competencia es un término que excede a este campo.

Competencia es disputa, contienda, oposición, rivalidad entre sujetos que pugnan por obtener algo. Se da en el ámbito profesional, en el juego, en el deporte e inclusive en el amor, donde - al decir de Joaquín Garrigues - es quizás la más dramática de todas, pues se trata de la lucha por una sola mujer, que no es fungible o sustituible por otra, como en el caso de los clientes en la competencia económica.

Font Galán señala que la competencia "nace cuando varias personas persiguen un mismo objeto codiciable y luchan por conseguirlo, subrayándose que la pluralidad de aspirantes a una misma meta es requisito característico de la competencia. Partiendo del significado usual del término competencia, se suele definir ésta como la actuación de varias personas que se caracteriza por

el hecho de que cada una aspira a ganar lo que las deḿas, al mismo tiempo, intentan conseguir"¹.

Asimismo, Rodŕguez Larraín seala que competencia en general "significa coincidencia o concurrencia en el deseo de conseguir una misma cosa: el uno aspira a alcanzar lo mismo que el otro y al mismo tiempo que ́ste", mientras que cuando el objetivo que se persigue es ecońmico, estamos dentro de la competencia mercantil, lo cual puede definirse "como la actuaci3n independiente de varias empresas para conseguir cada una de ellas en el mercado, el mayor ńmero de contratos con una misma clientela, ofreciendo los precios, las calidades o las condiciones contractuales ḿs favorables"².

Si toda forma de convivencia humana ha sido de inteŕs para el Derecho, la competencia no podŕa ser ajena al mismo. La competencia no puede ser un hecho dejado a la absoluta libertad, como si fuera una lucha ilimitada y anárquica. Se establecen determinadas reglas de juego o reglas de competencia con el objetivo de que no sea eliminada.

Joaquín Garrigues³ expresa que hist3ricamente, la posici3n del Derecho ante la competencia ha pasado por fases diversas. Una primera fase, consiste en que la reglamentaci3n era tan minuciosa que lleg3 a anular la competencia, destruyendo el principio de igualdad. Estamos en la Edad Media, que se adentra por los comienzos de la Edad Moderna. En una segunda fase, se entroniza el principio de igualdad al proclamarse la libertad de industria y de comercio a fines del siglo XVIII. En una tercera fase, el abuso de aquella libertad reclama de nuevo la intervenci3n del Estado. Nacen entonces leyes especiales sobre represi3n no de la competencia, sino de aquellas pŕcticas que la restringen. En esta fase se presenta algo parad3jico representado por Garrigues en una frase feliz: se defiende la libertad limitando la libertad.

En un intento por definir el Derecho de la Competencia, Hermenegildo Baylos seala que "es el conjunto de normas que regulan la actividad

¹ Font Galan citado por Blume Fortini, Ernesto. "La constituci3n econ3mica peruana y el derecho de la competencia" en: Themis Revista de Derecho editada por estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Cat3lica del Per3. Segunda ́poca/1997/Nº 36, pág. 34.

² Rodŕguez Larraín, Alejandro Alfageme: "El desafio de la libre competencia" en: "El Peruano" del 17/05/1994, pág. B-11.

³ Garrigues, Joaquín. La Defensa de la Competencia Mercantil. Sociedad de Estudios y Publicaciones. Madrid 1961 pp. 13 y ss.

concurrential, para que prevalezca en el mercado el principio de competencia y la lucha entre los competidores se desenvuelva con lealtad y corrección"⁴.

En cuanto al contenido del Derecho de la Competencia, nos dice Garrigues⁵, que el ordenamiento jurídico establece normas relativas a la competencia en un doble sentido. Por una parte, las normas sobre restricciones a la competencia, que presuponen la falta de libre competencia y tratan de restaurarla, eliminando los obstáculos que la anulan o la perturban. Por otra parte, las normas sobre competencia ilícita, que presuponen, por el contrario, que la libre competencia existe y tratan de encauzarla por el camino de la ética y del Derecho. En el primer caso se quiere asegurar el respeto a la competencia misma, mientras que en el otro se quiere asegurar la corrección en el ejercicio de la competencia.

Sin embargo, las transformaciones en la economía y el derecho, han hecho que las áreas dentro de lo jurídico no sean tan fáciles de demarcar, ocurriendo en muchos casos que determinados fenómenos sean vistos desde el derecho por una o más disciplinas simultáneamente.

La competencia era apreciada sólo como algo concerniente a los intereses de comerciantes y empresarios, no siendo tomados en cuenta directamente los consumidores. En la actualidad es el interés de los consumidores el denotado como el interés social tendiente a prevalecer sobre cualquier otro particular. Así mismo, el interés del Estado, en cuanto busca que se respete los lineamientos generales establecidos en la constitución económica.

Así también, hoy se asigna a la competencia económica una doble dimensión. Por un lado está la competencia en la oferta de bienes y servicios, entre empresarios. Por otro, en la demanda, entre consumidores por adquirir dichos bienes y servicios.

De allí que el contenido del Derecho de la Competencia -según diversas opiniones- se haya ampliado, aunque todavía sea muy discutible a qué sectores jurídicos involucra. En el libro del maestro Ulises Montoya Manfredi, por ejem-

⁴ Baylos, Hermenegildo. Tratado de Derecho Industrial. Editorial Civitas S.A. Madrid 1978, pág. 251.

⁵ Garrigues, Joaquín Curso de Derecho Mercantil. Tomo I. Imprenta Aguirre Madrid 1976, pág. 223-224.

plo, se señala que el Derecho de la Competencia está integrado por la legislación antimonopólica, la represión de la competencia desleal, la regulación de la publicidad, protección de los consumidores, derecho de la propiedad intelectual en su doble versión: como derechos subjetivos privados y posiciones económicas privilegiadas⁶⁷.

Sin embargo, pensamos que el derecho de la competencia posee dos áreas bien definidas. De un lado, el derecho de la libre competencia que como expresa Garrigues, le interesa la preservación de la competencia misma, la existencia de la libertad de competencia. Y, de otro, el derecho contra las prácticas desleales o derecho contra la competencia desleal, en donde el interés no es ya la competencia, que se da por existente, sino que la competencia se lleve con corrección o lealtad. Es cierto que existen áreas que guardan evidente relación con el derecho de la competencia, pero que tienen otros intereses preferentemente protegidos por su respectiva normatividad.

Finalmente diremos, que en atención al contenido señalado del Derecho de la Competencia, este se erige en una parte importante en el desarrollo de la constitución económica. La institucionalización de la competencia económica entonces se proyecta en una triple dimensión: la competencia económica como instrumento realizador del sistema de economía de mercado, la competencia económica como un valor esencial del sistema económico constitucionalizado y la competencia económica como programa de objetivos socioeconómicos de la constitución económica⁸.

2.- Derecho de la Libre Competencia

Fue en los Estados Unidos a fines del siglo XIX, en donde se constituye por primera vez un conjunto de normas de protección de la competencia que a su vez serviría de modelo para otros países.

Es cierto que existían con anterioridad, una serie de reglas pertenecientes al common law inglés y del equity law, que regulaban los problemas deriva-

⁶ Montoya Manfredi, Ulises. Derecho Comercial. Tomo II Editorial Grijley. Novena edición aumentada y actualizada. Lima 1998, pág. 459.

⁷ Cabe anotar que de la misma opinión es César Landa en: Presentación de Revista Derecho N°47. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diciembre 1993, pág. 7.

⁸ Blume Fortini, Ernesto. ob., cit., pág. 35.

dos de cárteles y monopolios en los Estados Unidos, aplicables aún después de conseguida su independencia⁹.

Sin embargo, con el surgimiento de los trusts, a finales del siglo XIX, se presentó la urgencia de enfrentar dichas conductas sin una demanda civil previa. Los estados de manera autónoma comenzarían a reprimir dichas prácticas en un primer momento. Pero luego, al no tener efectividad en la represión, se pensó en que lo ideal sería mediante una ley federal¹⁰.

Es así como se da nacimiento al Derecho Antitrust norteamericano, mediante la "An Act to protect trade and comerce against unlawful restraints and monopolies", conocida como la Sherman Antitrust Act (Ley Sherman), dada en 1890. Esta ley tuvo como finalidad principal, garantizar el desarrollo del comercio entre los Estados de la Unión, por lo que en su primera sección se establece la prohibición de los contratos y combinaciones que restringen la industria y el comercio entre los Estados o con el extranjero. Asimismo, en la sección segunda, establece que está prohibido monopolizar, o tratar de monopolizar, así como realizar un acuerdo o conspirar con cualquier otra persona para monopolizar cualquier parte de la industria o el comercio, entre los distintos Estados o con el extranjero¹¹.

Posteriormente se dictaron una serie de leyes que precisaron o, en algunos casos, complementaron la Sherman Act. Así, se dictó la Clayton Act en 1914, en la cual se detallan con mayor precisión los actos que restringen la competencia o constituyen un intento de monopolizar. En el mismo año, se promulgó la ley que creó la Federal Trade Comisión (Comisión Federal de Comercio), que introdujo la persecución administrativa de prácticas desleales, así como mejoras en la organización destinadas a una mayor cooperación entre juristas y economistas: "Esta "Comisión Federal de Comercio"(CFC) creada fue destinada a supervigilar la vigencia de la competencia, investigar problemas económicos y apoyar a las autoridades y tribunales en los procesos antitrust. Para realizar sus tareas la CFC puede dictar "cease and desist orders", es decir,

⁹ Domínguez García, Manuel: "Control de las concentraciones de empresas en el Derecho Antitrust norteamericano. Líneas evolutivas" en: *Actas de Derecho Industrial* 11. Madrid 1985-1986, pág. 161 y ss., específicamente 165 y ss.

¹⁰ Domínguez García, Manuel: ob., cit., Madrid 1985-1986, pág. 161 y ss., específicamente 166 y ss.

¹¹ Instituto Libertad y Democracia: *La Ley Antimonopolio*. Lima 1989, pág. 76.

órdenes para el cese o desistimiento de prácticas, las que pueden ser contradichas judicialmente"¹².

Las leyes anteriores y el desarrollo jurisprudencial fueron perfilando un sistema protector de la competencia, modelo de otras legislaciones. Específicamente en cuanto a la jurisprudencia, se dice que su desarrollo ha atravesado por diversas etapas¹³.

Se puede hablar de una primera etapa, comprendida entre 1890 y 1945, en la cual, la "regla de la razón" va generalizando la idea de que el hecho en sí de constituir un monopolio no constituye delito, salvo que se hayan realizado prácticas maliciosas para obtener la posición dominante en el mercado. Sin embargo, en 1945, el juez Learned Hand, dictó una sentencia contra la Aluminium Company of America, que representó un cambio de la tendencia anterior en el tratamiento de las violaciones a la Ley Sherman. La empresa tenía el control del 90% del mercado del aluminio refinado, pero no había cometido ninguna práctica ilícita ni tenía utilidades que pudieran considerarse monopólicas. No obstante lo anterior, el juez determinó que el poder monopólico en sí es un mal que debe ser evitado, no importando cómo se ha adquirido.

Una de las causas del cambio en la tendencia en el tratamiento jurisprudencial de los casos de violaciones a la libre competencia, es la referida por Manuel Abanto, quien señala que a partir de 1938 se verificó un cambio en la aplicación de las leyes antitrust, cambio que no dejó de tener por trasfondo, motivaciones políticas.

Es el hecho que en 1940- luego de la renuncia al "modelo de competencia perfecta" -John Maurice Clark revolucionaba el derecho antitrust con la introducción del concepto "workable competition" (competencia eficaz, practicable o funcional): "La importancia de esta teoría no solamente radica en que se elige como objetivo político-económico a una competencia imperfecta, sino también en que se crea una íntima vinculación entre la teoría de la competencia y la política de la competencia al hacer que sea el teórico de la competencia el que, determinando la función de la competencia, señale cuáles son las tareas de la política económica que debe cumplir la competencia"¹⁴.

¹² Abanto Vásquez, Manuel: *El Derecho de la Libre Competencia*. Editorial San Marcos. Lima 1997, pág. 253.

¹³ Instituto Libertad y Democracia: ob., cit., pág. 77 y ss.

¹⁴ Abanto Vásquez, Manuel: ob., cit. Lima 1997, pág. 255.

Desde el punto de vista de John Maurice Clark, la competencia debe apreciarse menos en función de ciertas estructuras del mercado que de los resultados que de ella derivan. La competencia puede ser "incompleta", por el hecho de intervenir en ella un pequeño número de empresas, por la dimensión de las mismas y por el grado de concentración; no obstante importa, antes que nada, saber si los precios, la calidad y la cantidad de los productos son satisfactorios y si la amenaza de una competencia potencial queda preservada. Importa ante todo que la competencia funcione, que sea efectiva. El concepto de competencia efectiva o "workable competition" es una concepción dinámica de la competencia, opuesta al modelo estático tradicional-como señala Barre. "Tal concepción de la competencia -añade el profesor último citado- no excluye la desigualdad de las empresas y la influencia asimétrica de las empresa dominantes"¹⁵.

El otro modelo -alternativo al norteamericano- sobre legislación antimonopólica, surgió en 1957, fecha en la cual se firmó el "Tratado de Fundación de la Comunidad Económica Europea", conocido como el "Tratado de Roma", en el cual se establece la prohibición de ciertos acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia y asimismo, la prohibición de conductas que constituyen abuso de posiciones de dominio en el mercado.

Ya en el artículo 3º, referido a las acciones trazadas para la Comunidad Económica Europea, entre otras, se señala en el literal f) "el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el Mercado Común".

En el artículo 85º se establece que serán incompatibles con el Mercado Común y quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del Mercado Común y, en particular, los que consistan en: fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación,

¹⁵ Barre, Raymond: Economía Política. Tomo 1. Editorial Ariel. Octava edición. Barcelona 1975, pp. 423-424.

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

Asimismo, este artículo 85° prescribe que los acuerdos o decisiones prohibidos por este artículo serán nulos de pleno derecho.

Igualmente-se agrega en este artículo-, no obstante, las disposiciones del apartado uno, podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas; cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas; cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa del beneficio. Esto señalado últimamente, a su vez, sin que: impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Por otra parte, en el artículo 86° se establece que será incompatible con el Mercado Común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo.

Se señala asimismo en este artículo 86°, que tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente en: imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Es interesante anotar algunas similitudes y diferencias entre la legislación norteamericana y lo propuesto por el "Tratado de Roma"¹⁶.

¹⁶ Instituto Libertad y Democracia: ob., cit., pág. 81 y ss.

Por ejemplo, el artículo 85° del Tratado de Roma guarda semejanzas con el artículo 1° de la Sherman Act, y, el artículo 86° se asemeja al artículo 2°. Sin embargo, pese a estas similitudes existen diferencias en cuanto a los objetivos buscados y en la manera de enfocar los casos. Mientras que en el caso norteamericano la competencia es vista como la base fundamental del desarrollo comercial e industrial, en el caso europeo existe una tradición muy arraigada de vínculos entre el Estado, la banca, la industria y el comercio. Esto explica porque mientras que en Estados Unidos las trabas a la competencia son vistas como contrarias a la eficiencia y el bienestar general, en el modelo europeo son consideradas más que nada como incompatibles en el mercado común.

Por otra parte, la legislación norteamericana acepta los acuerdos y prácticas que, pese a ser restrictivas, estimulan la eficiencia y la competencia en el largo plazo, pero sobre la base de un análisis caso por caso, en el cual el acusado no sólo tiene que demostrar que está contribuyendo a la eficiencia, sino que debe convencer a la Corte que empleó los medios menos restrictivos posibles. En el caso europeo, contiene una lista de excepciones, que son consideradas lícitas solo con demostrar que promueven la eficiencia. Mediante dicha lista de excepciones se han permitido los acuerdos de integración vertical que no dificultan el movimiento de mercancías entre los países europeos.

Igualmente, en el caso de las fusiones, en Europa se es mucho más condescendiente que las autoridades norteamericanas, prohibiéndose solo los casos en que se realice el abuso de una posición dominante en el mercado.

Asimismo, respecto del artículo 86° del Tratado de Roma, en el cual se trata del abuso de posición de dominio en el mercado, cabe remarcar que a diferencia del artículo 2° de la Clayton Act, la Comisión respectiva no se preocupa de la forma cómo se obtuvo la posición dominante, sino sólo la conducta actual de la empresa. La posición dominante es vista- en el modelo europeo- como aquella posición de poder económico que permite a la empresa evitar la competencia en el mercado relevante, pudiendo ésta tener un comportamiento independiente de sus competidores, clientes y consumidores.

Es importante mencionar que recientemente se ha presentado el caso contra Microsoft Corporation. La demanda fue planteada por 19 Estados individuales y el Distrito de Columbia, bajo los cargos de haber violado la Ley Sherman. El juez Thomas Penfield Jackson falla el 2 de abril del 2000 a favor de los

demandantes, indicando que Microsoft ha violado las leyes contra el abuso del monopolio, obligándolo a que se divida en empresas independientes¹⁷.

Por otra parte, en Latinoamérica, la preocupación por el tratamiento de los monopolios y prácticas restrictivas se mostró desde las primeras décadas del siglo XX. Así, en Argentina, la Ley N° 11210 y en 1946 la Ley N° 12906; en Brasil se dio el Decreto Legislativo N° 7666 en 1945, la Ley N° 4137 de 1962 y el Decreto Legislativo N° 52025 de 1963; en México la Ley Orgánica de 1934 reglamentando el artículo 28° de su Constitución de Querétaro de 1917; en Colombia la Ley N° 155 de 1969; en Chile la Ley N° 13305 de 1969 y el Decreto Legislativo N° 211 de 1973.

Como se explica seguidamente, "en ningún de estos casos, la legislación antimonopólica llegó a ser considerada como un instrumento para promover una estructura económica más competitiva, sino más bien como un mecanismo para proteger a los consumidores de las alzas de precios. La carencia de autonomía y de recursos por parte de las autoridades competentes y la falta de un instrumental económico para definir también factores decisivos para explicar la escasa trascendencia que tuvieron estas leyes. En México nunca se llegó a aplicar, y en los otros cuatro países su implementación fue apenas tentativa"¹⁸.

Sin embargo, a fines del siglo XX se modernizan las legislaciones antimonopólicas y en otros casos se implementan bajo otra fundamentación que la protección de los consumidores de las alzas de precios. Es la competitividad lo que interesa ahora, bajo otro orden económico predominante. Así, en Argentina se da la Ley 22.262 de 1980, estando presentado por el Ejecutivo al Congreso, un Proyecto de Nueva Ley de Defensa de la Competencia; en Chile el Decreto Legislativo N° 211 de 1973, es modificado por el Decreto ley N° 2.760 de 1979; en Brasil se da la Ley 8.884 de 1994 sobre Abuso de Poder Económico.

Igualmente cabe mencionar que en el Mercosur se encuentra presentado un Proyecto de Decisión del Consejo del Mercado Común sobre Defensa de la Competencia, lo que indica el interés por implementar un sistema de protección de la competencia, en los procesos de integración de la región latinoamericana.

¹⁷ Se establece como fallo: "El tribunal concluye que Microsoft mantuvo su poder monopolístico por medios contrarios a la competencia, e intentó monopolizar el mercado de navegadores (...)Microsoft también violó el epígrafe 1 de la Ley Sherman al unir su navegador en forma ilegal con su sistema operativo". En: Revista Abogados. Año III, N° 5, pág. 214.

¹⁸ Instituto Libertad y Democracia: ob., cit., pág. 84.

mericana. Asimismo, en el Pacto Andino, la Decisión 285 "Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia" del año 1991, igualmente se encuentra dentro de esta misma dirección.

El Perú no se ha quedado al margen de la predominante tendencia iniciada a finales del siglo XX en Latinoamérica. A partir de 1990 se dieron una serie de cambios legislativos que promovieron una economía de mercado - ortodoxamente liberal - y dentro de dicha lógica, primordialmente la protección de la libre competencia.

En 1991, se promulga el Decreto Legislativo N° 701 llamado "Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia". Al decir de Manuel Abanto, con la dación de ésta última ley, así como con la instauración del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), mediante el Decreto Ley N° 25865 de 1992, se impuso definitivamente una nueva especialidad jurídica en el Perú: el Derecho de la Competencia¹⁹.

Como en toda Latinoamérica, en el Perú se había pensado que la legislación antimonopólica debía ser considerada como un mecanismo para proteger a los consumidores de las alzas de precios más que como un instrumento para promover una estructura económica más competitiva, lo que cambiaría con el Decreto Legislativo N° 701, lo cual obedece a participar ortodoxamente de la economía de mercado.

Sin embargo, ya en las primeras décadas del siglo XX en nuestro país, se presentó la preocupación por combatir las prácticas monopólicas, aunque pensado dicho enfrentamiento, dentro de otro orden público económico.

Así, en la Constitución de 1933, en su artículo 16° se prescribió lo siguiente: "Están prohibidos los monopolios y acaparamientos industriales y comerciales. La ley fijará las penas que se impongan a los contraventores. Sólo la ley puede establecer monopolios del Estado en exclusivo interés nacional".

No obstante la jerarquía constitucional asignada a la prohibición de los monopolios, es decir, abierta la posibilidad para que se implementara una ley

¹⁹ Abanto Vásquez, Manuel: ob., cit., Lima 1997, pág. 348.

que efectivamente promoviera un control al respecto, esto no se realiz3. S3lo se darían las leyes N3 8951 y 10551 sobre coaliciones para implantar el monopolio, leyes con carácter de genéricas²⁰.

Asimismo, dentro de la doctrina jurídica nacional, tampoco el tema de los monopolios, fue extraño. Así, por ejemplo, Luis Bramont Arias señalaba en 1952, la necesidad que se admitieran como delitos económicos diversas figuras como "el procurar alzar o bajar el precio de las mercaderías o valores"; "la coalición dirigida a implantar el monopolio" en donde "el bien jurídico tutelado es la libre concurrencia en la producción y el comercio"; "los actos de monopolio o tendientes a él (...reprimiéndose a "los que cometieron cualquier otro acto de monopolio tendientes a él, cuando sin importar un progreso técnico ni un progreso económico aumentaren arbitrariamente las ganancias de quien o quienes la ejecutaren, sin proporción con el capital efectivamente empleado""; "otros actos de monopolio o tendientes a él, sancionando "a los que dificultaren o se propusiesen dificultar a otras personas, físicas o jurídicas, la libre concurrencia en la producción y el comercio interno o en el exterior""; "el suministro de capitales y la participación en convenios, castigando "al que suministrarle capitales a efecto de que se cometan los hechos previstos en las disposiciones anteriores (sobre monopolios) con el propósito de cometer los mismos hechos, aún cuando no intervinieren especialmente en éstos""; "los monopolios por sociedades o personas jurídicas, estableciendo que "cuando los hechos previstos en los artículos anteriores, fueren cometidos por sociedades comerciales o personas jurídicas, se declarará la pérdida de la personería jurídica y la anulación de las prerrogativas o concesiones que se le hubieren otorgado, sin perjuicio de la sanción que corresponda a los directores, administradores, gerentes u otros miembros que hayan participado en tales hechos""; todo lo cual llevaba al profesor citado a concluir en que podían admitirse como delitos económicos a los monopolios²¹.

Las políticas económicas de los distintos gobiernos no sólo no controlaron las concentraciones económicas sino que favorecieron la posición monop3lica de varias empresas en la economía peruana²².

²⁰ Bramont Arias, Luis: "Delitos contra la economía" en: *Revista de Derecho y Ciencias Polític*as. N3 1, 2, 3. Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima 1952, pp.235 y ss, específicamente pág. 244. Al respecto también se puede ver: Laplaza, Francisco: "Concentraci3n del poder económico y Derecho Penal" en: *Revista del Foro. Colegio de Abogados de Lima*. Lima 1969-1970-II, pág. 38 y ss.

²¹ Bramont Arias, Luis: ob., cit. Lima 1952, pp.235 y ss, específicamente pág. 247.

²² Instituto Libertad y Democracia: ob., cit., pág.70 y ss.

Así, por ejemplo, el caso de las empresas extranjeras Gloria y Perulac. En 1940, cuando las mencionadas empresas deciden invertir en el Perú, el gobierno de nuestro país no sólo las exonera de impuestos y derechos a la importación de materias primas, equipos y maquinarias, sino que también acuerda subir los aranceles a los productos importados competitivos y no otorgar nuevas autorizaciones para el establecimiento de empresas productoras de leche evaporada, que era el ramo industrial en el que se desempeñaban Gloria y Perulac. Dichas concesiones tenían una duración de 15 años y en 1955 fueron renovadas por 15 años más. Esto significó que por 30 años, ambas empresas no sólo estuvieron protegidas de la competencia del exterior, sino que también estuvieran protegidas de posibles competidores nacionales o extranjeros, que podían haber ingresado al mercado de la leche evaporada.

Asimismo, en los años 70-y ya bajo el gobierno del general Juan Velasco Alvarado-, el gobierno trasladó la concesión de privilegios hacia las plantas nacionales de leche recombinaada, las cuales conformaron un grupo oligopólico no solo sobreprotegido, sino también mucho más ineficiente que las empresas extranjeras, puesto que-según lo reseñado por el ILD-no realizaron ninguna contribución al desarrollo de la ganadería nacional. Con este apoyo del gobierno, las plantas nacionales constituyeron un poder monopsónico-un solo comprador-, al constituirse en compradoras exclusivas de la leche fresca, así como un poder monopolístico regional para la venta de su producto final.

Asimismo, el control de precios impuesto por el Estado, durante la década del 70- según análisis efectuado por el ILD-, dio lugar a que los precios de los productos bajo regulación crecieran a un ritmo mayor que el de los productos no controlados.

Con la Constitución de 1979, se incorpora la noción de "economía social de mercado" prescribiéndose en el artículo 115° que la iniciativa privada es libre y se ejerce en una economía social de mercado, añadiéndose que el Estado estimula y reglamenta su ejercicio, para armonizarlo con el interés social.

Se ha señalado en un capítulo anterior en qué términos debe entenderse la economía social de mercado proclamada en esta constitución. Y es desde esta perspectiva que debe observarse lo dispuesto en el artículo 133°: "Están prohibidos los monopolios, oligopolios, acaparamientos, prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad industrial y mercantil. La ley asegura la normal actividad del mercado y establece las sanciones correspondientes".

Antes de finalizar el gobierno de Francisco Morales Bermúdez y siendo Ministro de Economía y Finanzas Javier Silva Ruete, se elaboró el "Anteproyecto de ley regulando la libre concurrencia en el mercado", bajo la asesoría del Dr. Roberto Mac Lean, con el objeto de reglamentar el artículo 133° de la Constitución. Sin embargo, este esfuerzo se quedaría en el camino, al no ser tomado en cuenta finalmente, y que además ni siquiera sería publicado.

Así como pasó con lo dispuesto en la Constitución de 1933, también la de 1979 mandaba implementar una ley que tuviera como objetivo el desarrollo de lo establecido constitucionalmente. Sin embargo, lejos de cumplir con esto, los gobiernos que siguieron sólo atinaron a expedir ciertas leyes como por ejemplo, el Decreto Legislativo N° 123, dado en 1981²³, el cual a pesar de ser denominado "Ley sobre delitos económicos" sólo contemplaba la persecución penal de tres delitos como el acaparamiento, la especulación y el falseamiento de productos, siendo ineficaces para proteger al consumidor y, en general, inidóneos obviamente en la contemplación de las prácticas monopólicas.

Sin embargo, existió una política desmonopolizadora llevada a cabo por el gobierno de Fernando Belaunde Terry a partir de 1980, que lejos de cumplir con el objetivo propuesto por la Constitución de 1979, contribuyó a la afectación de monopolios estatales estratégicos para favorecer a empresas peruanas y extranjeras, en aspectos como el petróleo, dejando completamente intactos a los monopolios privados²⁴.

Con el afán de dar cumplimiento a lo prescrito en la Constitución de 1979, en el gobierno aprista se promulga el Decreto Supremo N° 407-85-EF de 1985, en el que se prescribía que aquellas empresas con posición dominante en el mercado que tuvieran una participación en él de 70 a 100%, quedaban sujetas a control de precios.

Es importante preguntarse por qué no se llegó nunca a una implementación efectiva de una ley que controlara las concentraciones económicas. Al respecto una posible respuesta es la dada por Eduardo Anaya quien manifiesta lo siguiente sobre el segundo gobierno constitucional de Fernando Belaunde Terry y que puede ser aplicado a otros gobiernos de turno: "De esta manera el Estado se convirtió cada vez más en el instrumento indispensable de los grupos de poder, en el garante esencial de la ganancia de éstos. La ganancia, no la ganan-

²³ Bramont Arias, Luis: *Temas de Derecho Penal*. Lima 1990, pág. 69.

²⁴ Dammert, Manuel: *La Izquierda en el Parlamento*. Lima 1985, pág. 11.

cia media sino la sobreganancia que consideran tener derecho los grupos monopólicos no depende ya únicamente de los mecanismos de las leyes económicas sino de la política económica del Estado, que en muchos casos hizo nulas las leyes económicas, sobre todo cuando su juego amenazaba la ganancia de los grupos de poder"²⁵.

Igualmente, en 1990, el gobierno de Alberto Fujimori, expidió el Decreto Supremo N° 296-90-EF, complementando el Decreto Supremo N° 226-90-EF, por el cual desde el ámbito penal, se prohibía el abuso de posiciones dominantes en el mercado y, asimismo, las acciones colusorias. Igualmente se creaba una comisión nacional encargada de la defensa de la libre competencia. Se reservaba también - mediante este decreto- al Estado la potestad de fijar precios. Este decreto nunca fue aplicado.

El nuevo Código Penal de 1991, dentro del título "Delitos contra el Orden Económico", incluyó en el artículo 232°, el denominado "abuso del poder económico". Al tratarse de una ley en blanco que se basaba en una ley aún inexistente al momento de entrar en vigencia el nuevo Código Penal, no pudo aplicarse inmediatamente. Sólo con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 701 posteriormente, adquirió plena observancia el numeral del Código Penal.

Es necesario también como antecedente válido del Decreto legislativo N° 701, al Decreto Legislativo N° 668, que destinado a garantizar la libertad de comercio exterior e interior, como condición esencial para el desarrollo del país, incluyó entre otras medidas, la eliminación de toda restricción o práctica monopólica, dentro de ellas la estatal.

El Decreto Legislativo N° 701 se inscribe -como se ha dicho líneas arriba- dentro de un plexo de normas que optan por una economía de mercado. Una de ella es el Decreto Legislativo N° 757, en donde se incluyen una serie de consideraciones económicas que acentúan una economía de mercado. Así, en el artículo 2° se prescribe: "El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica". Y en el artículo 3° se señala: "Se entiende por libre iniciativa privada el derecho que tiene toda persona natural o jurídica a dedicarse a la actividad económica de su preferencia, que comprende

²⁵ Anaya, Eduardo: Los grupos de poder económico. Editorial horizonte. Abril 1990, pág. 168.

la producción o comercialización de bienes o la prestación de servicios, en concordancia con lo establecido por la Constitución, los tratados internacionales suscrito por el Perú y la Leyes". Y finalmente en el artículo 4° se establece: "La libre competencia implica que los precios en la economía resultan de la oferta y la demanda, de acuerdo con lo dispuesto en la Constitución y las Leyes. Los únicos precios que pueden fijarse administrativamente son las tarifas de los servicios públicos, conforme a lo que se disponga expresamente por Ley del Congreso de la República".

Como se podrá ver, con este Decreto Legislativo N° 757, se delinear los principales elementos de una economía de mercado, como el señalamiento de la iniciativa privada libre, la libre competencia, entre otros.

La Constitución de 1993 lo que hace es ratificar los cambios ocurridos a partir de 1990. En lo tocante a las prácticas restrictivas y monopólicas dice en el 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".

"La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares".

3.- Análisis de la Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la Libre Competencia - Decreto Legislativo N° 701

3.1.- Aspectos Generales

El Decreto Legislativo N° 701, en su artículo 1° señala que tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

Asimismo, en cuanto a su ámbito de aplicación- explicitado en el artículo 2°, se expresa que comprende a todas las personas naturales o jurídi-

cas, sean de derecho público o privado, que realicen actividades económicas. Igualmente, 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. Este texto es el resultado de la modificación introducida por el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 807.

Al respecto, también hay que remarcar que antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 807, en base a este artículo 2°, se comprendían como autores en la aplicación del Decreto Legislativo N° 701 a las entidades de la Administración Pública, así como los gobiernos regionales y locales. Esto cambió con la creación de la denominada Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi (según el artículo 50° del Decreto Legislativo N° 807 que introdujo el artículo 26° bis en el Decreto Ley N° 25868), la que se encargó desde ese momento del control y sanción sobre dichos organismos que impidieran la competencia en los mercados.

Correspondiente al ámbito de aplicación, también es importante lo señalado en la Resolución N° 229-97-TDC, en la que se precisa -como precedente de observancia obligatoria- que los Colegios Profesionales siendo entidades que 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, son pasibles de sanción en la medida que sus decisiones, recomendaciones y cualquiera de sus actividades produzcan o puedan producir limitaciones, restricciones o distorsiones a la libre competencia, en los términos establecidos en la ley.

Por otro lado, el órgano que dirige el proceso administrativo contra los responsables de la conducta atentatoria contra la competencia, es la Comisión de Libre Competencia (antes Comisión Multisectorial de Libre Competencia), que está compuesta por seis miembros. Dicha Comisión cuenta con una Secretaría Técnica, quien inicia las investigaciones de oficio o por denuncia, cumpliendo con presentar su dictamen ante la Comisión, quien decide en primera instancia administrativa. El Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual es la encargada de la revisión de las decisiones de la Comisión en vía de apelación. Se puede agregar que las decisiones del Tribunal, las que constituyen segunda instancia administrativa, pueden impugnarse ante el Poder Judicial.

3.2.- Prácticas que comprende la ley

La ley comprende dos tipos de prácticas contra la libre competencia: el abuso de posición de dominio en el mercado (artículos 3º, 4º y 5º) y prácticas restrictivas de la libre competencia (artículos 3º y 6º).

Es de notar al respecto- como lo hace Manuel Abanto-, que cuando la ley en su artículo 1º se refiere a "prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la competencia", parece indicar que abarcaría más de lo que en la literatura continental se recomienda como punible (las prácticas restrictivas). Esto podría indicar *prima facie*- anota Abanto-, que la ley adopta el sistema norteamericano de sancionar toda práctica destinada a monopolizar el mercado, y no solamente aquellas que sin que necesariamente busquen un monopolio, restringen la competencia. Sin embargo- concluye el citado autor-, del estudio sistemático de la ley se deriva que ésta se orienta más bien en el sistema europeo de sanción²⁶.

A) Abuso de Posición de Dominio en el Mercado

Concordante con lo que señala la Constitución de 1993 en su artículo 61º, la Ley no sanciona la conformación de una posición de dominio o monopólica en un mercado, sino específicamente el abuso de dicha posición.

De esta manera, para que se configure una conducta sancionada por esta Ley, se necesitan dos elementos de presencia obligatoria: el primero, que se presente una posición de dominio en un mercado determinado; y, en segundo lugar, que se constituya el abuso de dicha posición de dominio.

1) Posición de Dominio en el Mercado

En el artículo 4º de la Ley, se señala 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, compra-

²⁶ Abanto Vásquez, Manuel: "Introducción al Derecho penal de la competencia. Análisis histórico y comparativo del decreto legislativo 701" en: *Derecho* N° 49. Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima Diciembre 1994, pp.253 y ss., específicamente pág. 269.

dores, 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 a redes de distribución.

Uno de los problemas no resuelto del todo en nuestras legislaciones para definir la posición de dominio- según Alfredo Bullard-, es qué debe entenderse por mercado relevante. Este se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado y, además, qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos compite el producto de una empresa en especial.

"Las empresas- expresa Bullard- van a tratar de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y considerar por tanto, que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar. Ello porque una conducta prohibida para una empresa en esta situación es perfectamente permitida para todas las demás. Así les conviene definir su participación dentro del mercado nacional antes que dentro de un mercado local. De la misma manera tratarán de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin que puedan sostener la existencia de una competencia que les impida aumentar unilateralmente el precio". "La idea central es- continúa Bullard- identificar el dominio en el mercado en relación al poder de determinar el precio. Si esta facultad está controlada por la posibilidad de otras áreas geográficas abastezcan el área de la empresa en cuestión, o que los consumidores elijan bienes sustitutos, se considera para efectos de determinar el porcentaje de participación en el mercado las alternativas de los consumidores"²⁷.

Un segundo problema es cómo determinar que una empresa ha concentrado una porción significativamente extensa del mercado. "El criterio ordinariamente utilizado - nos dice el mismo Bullard-, es establecer el porcentaje de participación. Así, por ejemplo, suele considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado tiene una posición dominante del mismo, sin embargo, considerar sólo la participación en el

²⁷ Bullard, Alfredo: "La legislación antimonopolios y el mito del muro de Berlín" en: Estudios de Análisis Económico del Derecho. Editorial ARA. Lima 1996, pp. 296-297.

mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. La idea no es sólo identificar su participación particular sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se presenta. La concentración de un mercado es una función del número de empresas y de la participación de estas empresas en dicho mercado".

Así, siguiendo lo explicado por Bullard, se puede señalar que en un mercado muy concentrado, es decir, en un mercado donde existe un reducido número de competidores, son grandes las posibilidades para que ese número pequeño de empresas pueda hacer efectivo su posición de dominio en el mercado, ya que se reducirían los costos de transacción para llegar a una concertación u otras prácticas²⁸.

Por otro lado, la Comisión de Libre Competencia ha utilizado ciertos criterios sobre la determinación de la existencia de una posición dominante en el mercado que es bueno tener en cuenta.

Así, la Resolución N° 003-93-INDECOPI-CLC del 31-08-93, en el caso FONGALSUR contra GLORIA S.A., en donde la Comisión señaló que la denunciada GLORIA S.A., en el mercado de compradores de leche entera cruda en la cuenca lechera del sur, que era lo relevante en el caso, tenía una participación de 73.59%, haciendo la aclaración que si se consideraba únicamente el mercado de compradores industriales, la participación de la empresa en cuestión alcanzaba un 84.04%. Estos considerandos eran fundamentales en el criterio de la Comisión para concluir en que la denunciada GLORIA S.A. ostentaba una posición de dominio, resaltando el poder de la empresa de actuar consecuentemente al margen de los proveedores, para el caso en mención.

Asimismo, en el caso de Servicios Técnicos Marítimos S.A. contra ENAPU-PERU S.A., la Comisión mediante Resolución N° 014-93-INDECOPI-CLC de 1993, determinó que la empresa denunciada era la única empresa que poseía o administraba los terminales marítimos co-

²⁸ Sobre los métodos de medición del grado de concentración de un mercado puede revisarse el libro *La concentración de empresas y la libre competencia* de: María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Cevallos. Fundación M. J. Bustamante De la Fuente. Lima 1997, pp.79 y ss. Aquí se hace una explicación del Índice de Lerner, Índice de Beneficios Netos, Índice de Elasticidad Cruzada de la Demanda y el Índice de Lorenz-Gini.

merciales en todo el país en base al establecimiento de un monopolio legal y, por tanto- aún estando en pleno proceso de privatización-, gozaba de posición de dominio en el mercado, pudiendo adoptar decisiones empresariales al margen de sus competidores- ya que estos no existían-, y de sus clientes-porque no tenían otra alternativa-.

También el caso de la empresa de espectáculos CHOMIN'S S. R. LTDA. contra APDAYC y SPAC, la Comisión mediante Resolución N° 015-95-INDECOPI-CLC de 1995, señala que ambas denunciadas ostentaban una posición de dominio en el mercado, dado que al ser los únicos entes con facultades de cobrar por la utilización de obras musicales, detentaban poder económico, siendo que podían actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores-ya que no tenían competencia-, compradores- ya que estos no tenían posibilidad de elegir, y proveedores- ya que si no se asociaban estos últimos era prácticamente imposible que pudieran cobrar sus derechos de autor-.

Asimismo, existieron casos en los cuales no hubo la determinación de la posición de dominio en el mercado. Por ejemplo, en el caso de la Asociación de Menudencieros de Ganado Vacuno de la Provincia de Huaral contra el Regidor del Concejo Provincial de Huaral, Sr. Carlos Medina Mercado. La Asociación había denunciado al regidor huaralino- quien administraba el camal de la ciudad- por presunto abuso de posición de dominio, consistente en eliminar el sistema de rotación de entrega de menudencia entre los comerciantes miembros de la referida asociación, solicitando que la Comisión dispusiera el reimplante del sistema de comercialización y se impida el ingreso de nuevos comerciantes de menudencia. Con la Resolución N° 039-95-INDECOPI-CLC de 1995, la Comisión establece que en referencia al mercado relevante para el caso en cuestión, este era el comercio de menudencia de ganado vacuno en la Provincia de Huaral. Y, seguidamente, respondiendo si existía una posición de dominio de alguno de los participantes en el mercado mencionado, señala que en relación al administrador del camal, éste tendría posición de dominio si es que gozara de la potestad para actuar o tomar decisiones sin considerar a los proveedores o a los miembros de la Asociación de Menudencieros y que esas decisiones o actuaciones tuvieran impacto directo sobre el mercado relevante, situación que - según criterio de la Comisión- no se presentaba en el caso. Sin embargo, los proveedores de ganado vacuno, al existir una excesiva demanda de menudencia, si estaban -según la Comisión- en una posición de dominio respecto

de los menudencieros que les compran la menudencia, dado que se encontraban en capacidad de fijar el precio sin tomar en cuenta a los compradores o consumidores finales. Con este caso se puede ejemplificar el camino de análisis de la Comisión: primero establece el mercado relevante, luego determina si existe la posición de dominio de quien es denunciado, para luego establecer la comprobación de la conducta atentatoria de la competencia.

2) Abuso de posición de dominio en el mercado

Se ha establecido en el artículo 5° de la Ley, que existe abuso de posición de dominio en el mercado cuando una o más empresas, que se encuentran en posición dominante en el mercado, actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir dicha posición de dominio.

A esta cláusula de carácter genérico sigue una lista de los casos típicos de abuso de posición de dominio, que son meramente ejemplificativos -siguiendo en esto la forma establecida en el Tratado de Roma de 1957-.

a) El primer caso es señalado en el inciso a) del artículo 5°, como la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

Por ejemplo, es el caso de la Empresa Industrial Comercial Holguín e Hijos S.A. contra la Empresa Nacional de Comercialización de la Coca (ENACO), por supuesta práctica de abuso de posición de dominio, consistente en negarse a satisfacer las demandas de compra de hojas de coca formuladas por la denunciante. En los considerandos de la Resolución N° 016-94-INDECOPI-CLC de 1994, se establece en primer lugar que la empresa denunciada goza de posición de dominio en el mercado de hoja de coca, ya que de acuerdo a leyes y convenios vigentes, constituye el "Organismo Oficial" encargado de adquirir y tomar posesión de la totalidad de la cosecha de hoja de coca. Sin embargo, otra normatividad reciente contradecía aparentemente la contemplación como monopolio legal a la empresa denunciada señalando que se obligaba al propio Estado a garantizar el libre acceso a la adquisición, transformación y comercialización de bienes y prestación de servicios de toda clase, dentro de los cuales se consideraba a la hoja de coca. Por tanto, la Comisión

establecía que la industrialización del producto hoja de coca estaba sujeta a fiscalización, pero no está sujeta al monopolio por parte del Estado.

Otro hecho de negativa injustificada de venta ocurrió en el caso contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDRELPE), por investigación seguida de oficio por la Secretaría Técnica de la Comisión, por haber tomado conocimiento que la citada Federación impedía que el diario "La Mañana" pudiera ser distribuido por un mecanismo distinto al establecido por la investigada. La Comisión mediante Resolución N° 028-94- INDECOPI-CLC de 1994, estableció que estando los propietarios de casi el 100% de puestos de venta de periódicos afiliados a la Federación aludida y, por tanto, no estando sujeta a competencia significativa y pudiendo tomar sus decisiones de empresa con completa independencia del resto de agentes económicos en el mercado, se cumplía con el supuesto de la ley para determinar una posición de dominio en el mercado de diarios y revistas de la ciudad de Lima. Al tener esta condición- señala la Comisión-, la Federación no puede negarse a la venta de ningún diario, por cuanto ello implica un acto de abuso de posición dominante en el mercado. Así se determina que al haber incurrido en esta conducta, la Federación efectúa un boicot a la comercialización del diario "La Mañana", conceptuada como aquella consistente en que un grupo de comerciantes se niegue a vender o dificulten la venta de algún producto, de forma tal que se pretenda obligar al proveedor a aceptar alguna condición de comercialización, contemplado en el inciso a) del artículo 6°. Finalmente, entonces, se determina que la FEVENDRELPE ha incurrido en las prácticas de abuso de posición de dominio, contempladas en el artículo 5°, incisos a) y c), y en prácticas restrictivas de la competencia contempladas en el artículo 6°, inciso a) en contra del diario "La Mañana".

Similarmente ocurrió en el caso contra el Sindicato de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías de Arequipa, en investigación de oficio iniciada por la Secretaría Técnica de la Comisión, al tomar conocimiento que el mencionado sindicato impedía que el diario "Arequipa al Día", pudiera ser distribuido por canal distinto al establecido por el investigado. En este caso, mediante Resolución N° 025-94-INDECOPI-CLC de 1994, dispone en forma provisional que en tanto dure el proceso de investigación, el Sindicato investigado, se abstenga de impedir la libre distribución, comercialización y venta del diario, ya sea negándose a distribuirlo y/o venderlo o por cualquier otro mecanismo permitiendo que éste

sea distribuido y vendido por cualquier empresa o medio que se considere conveniente.

Resulta de particular importancia también, el caso de la empresa de espectáculos CHOMIN'S S. R. LTDA., contra APDAYC y SPAC -referido también en líneas anteriores-, por presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio en el mercado. La Comisión mediante Resolución N° 015-95-INDECOPI-CLC de 1995, primero señala que ambas denunciadas ostentaban una posición de dominio en el mercado, dado que al ser los únicos entes con facultades de cobrar por la utilización de obras musicales, detentaban poder económico, siendo que podían actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores-ya que no tenían competencia-, compradores- ya que estos no tenían posibilidad de elegir-, y proveedores- ya que si no se asociaban estos últimos era prácticamente imposible que pudieran cobrar sus derechos de autor-. Seguidamente, se pronuncia en un extremo de la denuncia en cuanto a que ambas Sociedades de Gestión Colectiva, al ostentar una posición de dominio en el mercado, no pueden cobrar tarifas diferenciadas a aquellos que desean utilizar su repertorio, siendo que incluso no pueden negarse, sin razones justificadas, a otorgar la autorización correspondiente, actitud ésta que sí podría adoptar el autor individualmente considerado. Por tanto, la Comisión al respecto se pronuncia que de conformidad con lo establecido en el artículo 5°, inciso a) del Decreto Legislativo analizado, existía una negativa injustificada a otorgar la autorización para el uso de repertorios que administran las Sociedades denunciadas.

b) En segundo lugar, se establece como abuso de posición de dominio, en el inciso b) del artículo 5° lo siguiente: "La aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras, y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones".

El inciso b) del artículo 5° contempla la existencia de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes entre competidores o discri-

minación entre los mismos. Alfredo Bullard se refiere en los siguientes términos al respecto: "Según la teoría económica, las empresas monopólicas pueden maximizar aun más su utilidad si son capaces de vender sus productos a precios distintos. Así querrá cobrar más a los consumidores que estén dispuestos a pagar más y menos a quienes estén dispuestos a pagar menos, siempre que no estén dispuestos a pagar menos del costo marginal de un producto. Este efecto es diferente al que se da en un mercado competitivo en el que existe un solo precio de equilibrio. También puede producirse por la intención de un productor de extender su monopolio a otros estratos de la actividad económica. Así, por ejemplo, se otorgan condiciones distintas a dos distribuidores de un producto, con la intención de que uno desplace al otro del mercado; esto también podría considerarse contenido en el inciso b del artículo 5° de la Ley Antimonopolios"²⁹.

Si hacemos una revisión a la jurisprudencia respectiva, podemos encontrar el caso ya señalado en líneas anteriores, de la empresa de espectáculos CHOMIN'S S. R. LTDA., contra APDAYC y SPAC por presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia y abuso de posición de dominio en el mercado. La Comisión mediante Resolución N° 015-95-INDECOPI-CLC de 1995, declaro fundada la denuncia al determinar que las Sociedades de Gestión Colectiva imponían condiciones discriminatorias entre los usuarios de las obras que representaban y al imponer la obligación de contratar el 100% del repertorio protegido, siendo la posición en el mercado de las denunciadas una de dominio.

c) Asimismo se establece en el inciso c) del artículo 5°, como abuso de posición de dominio, la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

A esta práctica se le denomina uso de cláusulas de atadura. "Se trata -dice Bullard- de situaciones en las que la empresa exige la adquisición de bienes o prestaciones suplementarias al producto que se adquiere"³⁰.

²⁹ Bullard, Alfredo: ob., cit. Lima 1996, pp. 305-306.

³⁰ Bullard, Alfredo: ob., cit. Lima 1996, pp. 306-307.

En la jurisprudencia se puede encontrar el caso de la empresa de Servicios Técnicos Marítimos S.A.- SENTEMAR contra la Empresa Nacional de Puertos (ENAPU S.A.), por abuso de posición de dominio en el mercado. La Comisión mediante Resolución N° 014-93-INDECOPI-CLC de 1993, determinó en primer lugar que la empresa denunciada era la única empresa que poseía o administraba los terminales marítimos comerciales en todo el país, en base al establecimiento de un monopolio legal. Asimismo señala que no ha negado, a través de sus escritos presentados, que su conducta sea la de impedir que terceros prestaran el servicio de remolcaje de buques desde la rada exterior del Terminal Marítimo del Callao, hasta los distintos muelles integrantes del mismo- a cargo de la empresa denunciada-, con lo que se tenía que todo buque que deseaba utilizar las instalaciones del mencionado terminal -en la medida que sus características propias no le permitían arribar al muelle por sus propios medios-, debía también contratar, en forma exclusiva, con dicha empresa el servicio de remolcaje, dado que de otro modo no podría utilizar los muelles e instalaciones. Se trataba entonces de una cláusula de atadura, pues ENAPU obligaba a la utilización del servicio de remolcaje para así utilizar los muelles e instalaciones del terminal marítimo.

Otro caso importante y que ejemplifica las cláusulas de atadura es el seguido por la empresa Distribuidora Cervecera del Santa S.A. contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Antonio, entre otros denunciados, por haber concertado condiciones de comercialización de cervezas y gaseosas en el balneario de León Dormido, impidiendo que se puedan comercializar productos diferentes a la cerveza Cristal y la gaseosa Inca Kola. Lo cierto es que- como se determina en la Resolución N° 018-94-INDECOPI-CLC de 1994-, quedó plenamente demostrado que el Municipio Distrital de San Antonio a través de su Alcalde y el Regidor, obligaron a las personas que deseaban contratar para el verano de 1994 la concesión de uno de los módulos del Balneario de León Dormido, a expender en forma exclusiva los productos que se habían mencionado en la denuncia. La Comisión declaró fundada la denuncia, disponiendo que las autoridades comprometidas en el caso, se abstuvieran de volver a realizar actos de esa naturaleza. Asimismo, declara que de conformidad con las normas que regulan la libre competencia, ninguna autoridad puede subordinar el otorgamiento de una concesión a la suscripción de un contrato que contenga una cláusula de obligatoriedad de venta exclusiva de productos de una determinada marca.

Un caso muy importante es el seguido por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) en contra de la empresa Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A.(CORPAC). El hecho era que CORPAC, en calidad de titular del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, luego de una licitación efectuada en julio de 1993, había otorgado la administración de la playa de estacionamiento a la empresa Los Portales S.A., y, como parte de la playa de estacionamiento, CORPAC había incluido la vía de ingreso al aeropuerto, por lo que el público usuario se veía obligado a pagar el servicio de estacionamiento por el hecho de ingresar. Asimismo, la concesionaria de la playa obligaba a pagar a los usuarios por dos horas como mínimo, no importando si el vehículo sólo estaba de paso, no siendo esto lo que se había establecido en las bases de la licitación de la concesión, es decir, una tarifa por hora y fracción. La Comisión mediante Resolución N° 057-95-INDECOPI-CLC, declaró fundada la denuncia presentada en contra de Los Portales S.A. por abuso de posición de dominio en el mercado al condicionar el pago de dos horas o fracción para el ingreso a la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez. Asimismo, la Comisión declaró fundada la denuncia presentada contra CORPAC por abuso de posición de dominio en el mercado al condicionar el ingreso vehicular al Aeropuerto al uso de la playa de estacionamiento de dicho aeropuerto. Igualmente declaró la infracción cometida como Muy Grave y sancionó a cada una de las denunciadas con una multa de 50 Unidades Impositivas Tributarias (UIT), es decir, la máxima contemplada.

d) Se debe precisar que los incisos d) y e) del artículo 5° fueron derogados mediante el Decreto Legislativo N° 807. El inciso d) establecía como práctica de abuso de posición de dominio: "La aplicación en la venta local de materias primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta ex planta netos obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas". Y, el inciso e) señalaba: "El aprovechamiento de los términos concedidos por los convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras empresas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional como en el internacional".

En la Exposición de Motivos³¹ del decreto derogante mencionado se señala que el inciso d) ha sido derogado pues "la norma contemplaba una situación bastante extraña, porque no resulta explicable la razón en función de la cual puede existir un mercado internacional competitivo y- paralelamente- un mercado nacional concentrado, pues la sola existencia del mercado internacional genera la posibilidad de que el consumidor local u otros proveedores locales puedan importar los mismos productos. En la práctica, la norma podría degenerar en control de precios, lo que resulta contrario al esquema económico actual". Asimismo, se señala que la conducta contemplada en el inciso d) ya lo estaba en el inciso b).

En cuanto a las razones de la derogación del inciso e), la Exposición de Motivos establece que "contemplaba una figura ajena a la legislación antimonopolios. No se trataba de un supuesto abuso de posición de dominio, sino simplemente del ejercicio de un derecho concedido por el propio Estado. La lógica de los procedimientos y sanciones contempladas no resulta aplicable a los excesos que se cometan en ejercicio de un convenio de estabilidad tributaria".

e) Finalmente en el inciso f) se establece una cláusula abierta señalándose "otros casos de efecto equivalente", consecuentemente al carácter ejemplificativo de los anteriores casos contemplados.

B) Practicas Restrictivas

El artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 prescribe que "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".

Un primer comentario que se debe hacer, es que al referirse este artículo a "prácticas restrictivas" está aludiendo a las prácticas colusorias específicamente. Y esta aclaración hay que realizarla debido a un error en la denominación- por cierto reconocido desde un inicio por la Comisión-, ya que los abusos de posición de dominio son también considerados como prácticas restrictivas.

³¹ Ministerio de Justicia: Libre Competencia. Legislación y Jurisprudencia. Trujillo 1996, pp. 168-169.

A diferencia de los casos vistos en el artículo 5°-sobre abuso de posición de dominio-, respecto a las llamadas prácticas restrictivas, no se requiere la existencia de una posición de dominio en el mercado. La declaración de per se ilícitas obedece a que a simple vista no contribuyen en nada a favorecer el funcionamiento del mercado y, asimismo, el costo de determinar si ciertas prácticas tienen la posibilidad de restringir de manera efectiva la competencia en perjuicio del consumidor es demasiado elevado: "Básicamente -destaca Bullard- es atacable por esta vía toda acción dirigida a concentrar poder económico para crear un monopolio, sea a través de coordinar a los competidores fijando precios, distribuyendo mercados, determinando cuotas de producción y otras prácticas análogas. Usualmente, las prácticas per se ilícitas son aquellos acuerdos, entre dos o más empresas, destinados a concentrar poder económico de manera horizontal a fin de poder fijar condiciones en el mercado"³².

Este mismo autor hace la precisión siguiente: "Debemos destacar que la concentración debe darse a nivel horizontal, es decir, entre competidores. Las concentraciones verticales no tienen la posibilidad efectiva de limitar la competencia. El hecho de que un fabricante obligue a un distribuidor a vender a un precio acordado no evita el funcionamiento del libre mercado; el problema se da cuando la concertación se produce entre dos competidores"³³.

Para comprender este artículo, hay que distinguir además entre concentración de poder económico o concentración económica, las uniones de empresas- que son de carácter temporal también llamadas coordinación de comportamientos- y, las uniones estables de empresas o concentraciones de empresas.

La concentración de poder económico como señalan Quiroga Glave y Rodríguez Cevallos³⁴-, puede ser consecuencia del crecimiento interno de una empresa, es decir, que eliminando competencia mediante eficiencia, la empresa crece internamente apoderándose de un mayor sector del mercado. Y, asimismo, puede generarse dicha concentración, porque

³² Bullard, Alfredo: ob., cit. Lima 1996, pág. 311.

³³ Bullard, Alfredo: ob., cit. Lima 1996, pág. 311.

³⁴ Quiroga Glave, María del Rosario y Rodríguez Cevallos, Miguel: ob., cit. Lima 1997, pp. 87 y ss.

dos o más empresas deciden unirse sumando así las porciones de mercado que cada una posee. Ahora bien, esta segunda forma de concentrar poder económico presenta dos variantes, sea que la unión de empresas sea de carácter temporal (cárteles o acuerdos) o que sea de manera permanente (fusiones y adquisiciones). A la primera variante los autores citados le dan el nombre de coordinación de comportamientos y a la segunda variante el de concentración de empresas.

El artículo 6° se refiere únicamente a la coordinación de comportamientos, es decir, a las uniones temporales de empresas, y de ninguna manera a las concentraciones de empresas o uniones estables (fusiones), que es el tema más discutido actualmente en relación con el establecimiento de su control.

En el artículo 6° de la Ley -a semejanza de lo prescrito en el artículo 5°-, se establecen comportamientos ejemplificativos.

a) Así, en el inciso a) se establece como prácticas restrictivas, "la fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio", en texto modificado por el Decreto Legislativo N° 807.

En la jurisprudencia podemos encontrar el caso contra diversas Asociaciones de Transportistas por haber concertado injustificadamente las tarifas de transporte urbano de pasajeros en la ciudad de Lima. La Comisión mediante Resolución N° 015-93-INDECOPI-CLC de 1993, estableció que la Fechap, Cetu y Asetup, a través de sus presidentes, a partir de 1993, habían realizado al interior de sus respectivos gremios, concertaciones injustificadas de precios, bajo la modalidad de decisiones y recomendaciones. Asimismo, la Comisión consideró que existía una prueba determinante de la existencia de algún nivel o tipo de concertación en un gremio o asociación, cuando dirigentes de los mismos, daban declaraciones públicas en las que indicaban con precisión a partir de cuándo regirían las nuevas tarifas, o hasta cuándo mantendrían vigencia las anteriores. Igualmente importante es la precisión que realiza la Comisión en el sentido de que la correspondencia entre las declaraciones y las variaciones de tarifas, eran prueba suficiente de la existencia de una concertación de precios, mediante las modalidades de acuerdos, decisiones y recomendaciones. Finalmente, la Comisión declara que los investigados han infringido las normas de libre competencia, realizando prácti-

cas restrictivas consistentes en concertar injustificadamente los precios de los servicios de transporte urbano de pasajeros de Lima y Callao, mediante la modalidad de decisiones y recomendaciones, señalándose también que por ser una infracción de carácter dolosa, procederá a formular la correspondiente denuncia penal, en el caso de que no cesen en la conducta infractora. Este caso finalmente llegado al ámbito penal- el único hasta ahora-, desembocó con la absolución.

Un caso similar es el llevado contra la Asociación de Industriales en Panadería por la concertación en el precio del pan y en el precio de la harina de trigo. Finalmente la Comisión mediante la Resolución N° 033-95-INDECOPI-CLC DE 1995, aceptó el reconocimiento hecho por el representante de la Asociación de que las declaraciones realizadas en diversos medios periodísticos en el sentido de sugerir un incremento de los precios del pan de labranza no pretendían transgredir las disposiciones legales respectivas. Asimismo, la Comisión aceptó el compromiso de la Asociación de emitir un comunicado a sus asociados, precisando su completa libertad en el establecimiento de sus precios.

Otro caso importante es el seguido contra el Comité de Molinos de Trigo de la Sociedad Nacional de Industrias y de dieciocho empresas molineras por concertación de precios en la harina de trigo. La Comisión luego de haber reunido una serie de elementos como paralelismo en el movimiento de precios, estadísticas, declaraciones, determinaron mediante la Resolución N° 047-95-INDECOPI-CLC, de 1995, la concertación de precios en la comercialización de la harina de trigo. Asimismo se sancionó a cada una de las infractoras con 50 Unidades Impositivas Tributarias.

Un caso muy complejo e importante, es el seguido contra la Asociación Peruana de Avicultura-APA y diversas empresas del sector avícola por concertación del precio de pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao entre mayo de 1995 y julio de 1996, entre otras imputaciones. La Comisión determinó mediante la Resolución N° 001-97-INDECOPI-CLC, que los denunciados habían concertado el precio del pollo, barreras anticompetitivas de acceso al mercado, volúmenes de producción, así como acuerdos de comercialización, estandarización de los productos, adquisición conjunta de insumos, comercialización conjunta de los productos. Asimismo, la Comisión declaró de Muy Graves las infracciones cometidas imponiéndoles una multa a cada empresa infractora que sumadas daban el total de 6,373 Unidades Impositivas

Tributarias, una de las mayores impuestas por la Comisión. Luego sería confirmada en lo principal la resolución por el Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, aunque rebajándose la multa por debajo de la mitad. Sin embargo, impugnada la última resolución ante la Corte Suprema, se está a la espera del fallo definitivo.

Otro caso es el seguido contra el Colegio Químico Farmacéutico Regional del Norte, ampliada de oficio contra el Colegio Químico Farmacéutico del Perú. La Comisión mediante la Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC declaró fundada la investigación de oficio en contra del Colegio Químico Farmacéutico del Perú, al fijar los "sueldos o remuneraciones mínimas", siendo confirmada por la Resolución N° 229-97-TDC. Lo importante de este pronunciamiento es que no obstante el Colegio mencionado no puede ser considerado propiamente como empresa, se estableció que actúan como tales.

Un ejemplo distinto a las típicas concertaciones de precios es el caso seguido contra el Sindicato Central Único de Transportistas Manuales del Mercado Mayorista N° 1, la Asociación de Transportistas Manuales Túpac Amaru y la Empresa de Mercados Mayoristas S.A. por concertar condiciones de comercialización en la actividad de transporte manual en el Mercado Mayorista N° 1. El hecho era que los denunciados habían suscrito una acta de concertación por la cual sólo podían trabajar un número de carretilleros afiliados a las mencionadas organizaciones prohibiéndose a otros de ingresar al mercado mayorista. La Comisión mediante Resolución N° 034-94-INDECOPI-CLC declaró que los denunciados habían incurrido en la concertación injustificada de condiciones para la prestación de servicio de carretilla al interior del Mercado Mayorista N° 1. Asimismo, se establecía el libre ingreso al mismo de personas que se dedicaban al transporte de carga con carretilla, no estableciéndose multa alguna.

b) El inciso b) del artículo 6°, establece como practica restrictiva "el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento".

En la jurisprudencia el "reparto de mercado" se ha dado en casos que involucran a autoridades del Estado, más que a empresas privadas, seguramente porque los repartos están ligados y subsumidos muchas veces en los "acuerdos sobre precios y condiciones de comercialización".

Por ejemplo, en el caso contra el Subprefecto de la Provincia de Arequipa y del Comité de Distribuidores de Kerosene de la misma provincia. Al Subprefecto se le denunció por establecer una zonificación para la venta de kerosene, que según los denunciantes constituía un reparto de mercado, y, además pactar el precio de dicho combustible con el Comité mencionado, impidiendo que se fije de acuerdo a la oferta y la demanda. La Comisión mediante Resolución N° 011-93-INDECOPI-CLC de 1993, estableció que si bien en el proceso de investigación se demostró que el Subprefecto había impuesto una zonificación en el mercado, no se había probado que dicha imposición se hubiera hecho en forma concertada con el Comité de Distribuidores de Kerosene. Por tanto, la Comisión señalaba que sólo era competente para pronunciarse respecto a una división de mercados que responda a una concertación, lo que en el caso en cuestión no se había demostrado, o, en todo caso, una decisión de un ente que realice actividad económica, percibiendo algún beneficio directo o indirecto por su situación, lo que tampoco se daba. Por consiguiente, se declaró infundada la denuncia por concertación de precios y división de mercados.

Asimismo, en el caso seguido por Best Clean S.A. contra el Alcalde del Concejo Distrital de San Luis. La empresa refería que el Alcalde había dividido el distrito en cuatro zonas y había seleccionado a cuatro empresas de fumigación para que en forma exclusiva prestaran su servicio en cada zona. La Comisión mediante la Resolución N° 012-93-INDECOPI-CLC, determinó que efectivamente se había dado un reparto de mercado, por lo que se declaró fundada la denuncia interpuesta.

Otro caso de reparto de mercados es el seguido por la Empresa de Transportes Miguel Ciccía Vásquez E. I. R. L. (CIVA) contra la Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A. La Comisión mediante la Resolución N° 003-97-INDECOPI-CLC, declaró infundada la denuncia presentada. Siendo apelada el Tribunal se pronunciaría mediante la Resolución N° 206-97-TDC confirmándola "... toda vez que los acuerdos de reparto de mercado y fijación de tarifas estipulados... no constituyen prácticas restrictivas de la libre competencia en los términos establecidos en el Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 al tratarse de acuerdos accesorios o complementarios a un acuerdo de prestación conjunta de servicios".

El inciso c) del artículo 6° establece como práctica restrictiva, "el reparto de las cuotas de producción".

La jurisprudencia comprende el caso contra la Asociación Peruana de Avicultura-APA y diversas empresas del sector avícola, en donde se determinó que entre otras imputaciones se había cometido una infracción al inciso c) del artículo 6° de la Ley. La Comisión mediante la Resolución N° 001-97-INDECOPI-CLC, señala entre los fundamentos de derecho la siguiente precisión al respecto: "La limitación o el control concertado de volúmenes de producción es una práctica restrictiva sancionada por la ley de competencia nacional-Decreto Legislativo N° 701- desde su entrada en vigencia. En efecto, en su versión original se disponía expresamente la prohibición de los acuerdos que implicaran el reparto de cuotas de producción -inciso c) del Artículo 6°-; por otro lado, tomando en cuenta que todo acuerdo sobre volúmenes de producción lleva implícita también la determinación de un precio que permitirá vender la cantidad que se ha acordado producir o comercializar, debe entenderse que los mismos se encontraban prohibidos en aplicación de lo dispuesto en el inciso a) del Artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 en su versión original. Las modificaciones introducidas a este respecto por el Decreto Legislativo N° 807 que añade como una práctica restrictiva, entre otros, la limitación o el control concertado de la producción-inciso h) del Artículo 6°-, constituye una precisión de los dispositivos vigentes en la fecha".

d) El inciso d) del artículo 6° establece como práctica restrictiva "la concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor".

Esta práctica restrictiva también fue verificada en el caso contra la Asociación Peruana de Avicultura-APA y diversas empresas del sector avícola- ya visto en líneas anteriores-. Se incurrió en dicha práctica ya que se había concertado en reducir el peso promedio del pollo, entre otros aspectos.

e) Los dos incisos siguientes- inciso e) e inciso f) del artículo 6°, contemplan como prácticas restrictivas, la existencia de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes entre competidores o discriminación entre los mismos, y las cláusulas de atadura, respectivamente,

a semejanza de lo dispuesto en el artículo 5°. Aquí como es obvio, no se requiere la existencia de una posición de dominio en el mercado.

El inciso e) del artículo 6° dice: "La aplicación, en las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye practica restrictiva de la libre competencia el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras, y/o que se otorguen con carácter general en todos los casos en que existan iguales condiciones".

Y en el inciso f) del artículo 6° se señala: "La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos".

f) Los incisos g), h) e i) del artículo 6° siguientes, son incluidos por la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 807.

Así, en el inciso g) se señala como práctica restrictiva: "La negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios".

Este inciso se refiere a la presentación del denominado "boicot". "Se definen estos- señala Bullard-, como los acuerdos entre varios compradores o vendedores para dejar de comprar o vender a ciertos individuos o empresas, creando así una presión para someter o alterar la voluntad de éstos. Obviamente, debe desprenderse del tipo de boicot que se lleve a cabo que éste vaya dirigido a afectar el precio o los mecanismos de competencia. Los boicots dirigidos a alcanzar fines políticos o sociales (por ejemplo, lucha contra actitudes discriminatorias) no deberían ser atacables. Tampoco deberían ser atacables las organizaciones laborales de empleadores o trabajadores que tengan por finalidad la negociación de convenios colectivos de trabajo. En tal sentido, la huelga no sería un caso de boicot..."³⁵.

³⁵ Bullard, Alfredo: ob., cit. Lima 1996, pág. 316.

A su vez, en el inciso h) se señala como práctica restrictiva: "La limitación o el control concertados de la producción, la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones". Este inciso - como se indicaba en lo resuelto en el caso sobre el "cartel del pollo"-, es una precisión de lo que originalmente de había dispuesto en el inciso c) del mismo artículo 6°, antes de la modificación efectuada por el Decreto Legislativo N° 807.

Y, en el inciso i) del artículo 6°, se establece lo que se conoce como cárteles de licitación. Así se señala como práctica restrictiva al establecimiento, la concertación o la coordinación de las ofertas o de la abstención de presentar ofertas en las licitaciones, los concursos, los remates o las subastas públicas.

g) Similarmente a lo preceptuado en el inciso f) del artículo 5°, el inciso j) del artículo 6°, contiene una cláusula abierta, destinada a considerar otras prácticas restrictivas por la vía jurisprudencial.

3.3.- Aspectos Complementarios

Entre otros aspectos complementarios, las sanciones contempladas para aquellos que infrinjan la libre competencia, pueden ser de carácter administrativo o de carácter penal.

Las sanciones de carácter administrativo están referidas básicamente a la multa. Así, el artículo 23° establece que la Comisión de Libre Competencia puede imponer a los infractores multas hasta por 1000 Unidades Impositivas Tributarias siempre que no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión, siempre que se gradúe o califique a la infracción como leve o grave. Asimismo, si la infracción fuera calificada como muy grave, la Comisión podrá imponer una multa superior a las 1000 Unidades Impositivas Tributarias, siempre que la misma no supere el 10% de las ventas o ingresos brutos percibidos por el infractor, correspondientes al ejercicio inmediato anterior a la resolución de la Comisión.

Se establece entonces claramente una correlación entre multas impuestas y calificación de la sanción. Así, existen diversos criterios para que la Comisión determine la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, como la modalidad y el alcance de la restricción de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota de mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia

sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico, sobre los consumidores y usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración en la realización de las conductas prohibidas.

Se señala además en el artículo 23°, que en caso que la entidad o persona sancionada no realice actividad económica, industrial o comercial, o recién la hubiera iniciado después del 1 de enero del ejercicio anterior, la multa no podrá superar, en ningún caso, las 1000 Unidades Impositivas Tributarias.

La Comisión asimismo, cuando se trate de una empresa o entidad infractora, puede imponer una multa de hasta 100 Unidades Impositivas Tributarias a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos, según se determine su responsabilidad en las infracciones cometidas.

En los casos de reincidencia, la Comisión podrá duplicar las multas impuestas incrementándolas sucesiva e ilimitadamente. Para calcular el monto de las multas a aplicarse, se utiliza la UIT vigente a la fecha de pago efectivo o ejecución coactiva de la sanción.

En cuanto a la prescripción de las infracciones, la Ley en su artículo 24° señala que se produce a los cinco años de cometida la infracción, interrumpiéndose por cualquier acto de la Comisión o de la Secretaría relacionado con la investigación de la infracción que sea puesto en conocimiento del presunto responsable.

Asimismo, se indica en el artículo 25°, que cualquier perjudicado por los acuerdos, contratos o prácticas prohibidos por la presente ley podrá ejercitar acción civil de indemnización por daños y perjuicios. Igualmente, quienes hayan sido denunciados falsamente- como se mencionó en líneas anteriores-, también podrán ejercitar dicha acción.

Por otro lado, se prevén sanciones de carácter penal al tipificarse en el artículo 232° del Código Penal el delito de abuso de poder económico o participación en prácticas restrictivas, prescribiendo lo siguiente: "El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa

de su libertad no menos de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4".

Dentro de las posibles sanciones penales, es necesario contemplar las consecuencias accesorias penales, señaladas en los artículos 102° y siguientes del Código Penal, como aquellas contra las personas jurídicas en caso de que se cometiera el delito en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo (privación de beneficios, clausura temporal o definitiva del local, entre otras).

Ahora bien, en cuanto a la procedencia de denuncia penal, la Ley establece en su artículo 19° -modificado por el artículo 11° del Decreto Legislativo N° 807-, que si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del artículo 5° e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del artículo 6°, el responsable actuó dolosamente y el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial competente.

Este mismo artículo 19°, señala que la iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del artículo 232° del Código Penal compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia, luego de recibirla la denuncia de la Comisión.

Cabe agregar sobre el particular, que-como manifiesta Abanto-, la ley peruana de la competencia significó un cambio en la política de control de los ilícitos colusorios y monopólicos: "Efectivamente, el Código Penal implicaba la decisión político - criminal de reprimir penalmente muchas, si no todas las prácticas restrictivas y abusos de posición dominante en el mercado, las que sólo debían ser especificadas en una ley futura. Pero esta posibilidad fue fuertemente restringida por el art. 19° del D. Leg. 701, porque éste sólo permitía la persecución penal de determinados casos dolosos de abuso de poder(...) y de prácticas restrictivas de la competencia(...) Una ulterior limitación resulta de la necesidad de verificar, según el art. 3° los daños para el "interés económico general en el territorio nacional" requisito introducido ahora expresamente como elemento de los tipos penales..."³⁶.

³⁶ Abanto Vásquez, Manuel: ob., cit. Lima 1997, pág. 348

Sin embargo, el mismo autor citado anteriormente, señala que la práctica de la Comisión ha restringido aún más las posibilidades de persecución penal a través de su particular interpretación del concepto "dolo" (primer elemento del injusto penal). De esta manera, sólo se traslada a la justicia penal aquellas restricciones de la competencia que continúan siendo realizadas, pese a la orden de cese impartida por la Comisión³⁷.

3.4.- Comentario Final

Cuando se quiere encontrar el fundamento de esta ley, se tiene que hacer referencia a la existencia de una economía de mercado. La legislación contra prácticas controlistas y restrictivas de la libre competencia, no quiere otra cosa que la libertad de mercado no atente contra sí misma, dentro de una opción que tiene al mercado como factor principal en la economía³⁸.

Una economía de mercado -se dice- genera concentraciones de poder económico de manera ineludible. La ley lo que busca es que esta consecuencia ineludible no conlleve un posible abuso de las posiciones de dominio generadas. La pregunta es si esto será posible, si pensamos que es la máxima ganancia lo que busca siempre la empresa, a manera de imperativo natural, y, si esta empresa en posición de dominio- con amplias posibilidades de maniobra-, en esa búsqueda de ganancia, no ve como evidentemente válido el incurrir en las infracciones a la libre competencia.

Se plantean las dudas sobre la eficiencia de una economía de mercado, sobre todo cuando se piensa en quienes favorece o a qué sectores. El mercado-como señala Prebisch³⁹-, no es responsable de las grandes

³⁷ Abanto Vásquez, Manuel: ob., cit. Lima 1997, pág. 394.

³⁸ Es interesante lo manifestado por Pinkas Flint cuando señala: "En la legislación peruana no se prohíbe la formación de monopolios. Esto debido principalmente al reducido tamaño del mercado. Una simple mirada al mismo, nos lleva a comprobar que los sectores más significativos están en manos de monopolios u oligopolios. Si una empresa logra una posición dominante en el mercado no debe abusar de ella. Como sabemos los monopolios naturales se forman cuando una industria es atendida eficientemente por una sola empresa y debido a las características del mercado no permite la presencia de otro actor. Son casos típicos de monopolios naturales el agua, la electricidad, el correo, los servicios de baja policía y la telefonía". En: Flint, Pinkas: Tratado de Defensa de la Libre Competencia. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima 2002, pág. 479.

³⁹ Prebisch, Raúl: Capitalismo periférico. Crisis y transformación. Fondo de Cultura Económica. Segunda reimpresión de la primera edición. México 1987, pág. 17.

disparidades distributivas, como tampoco lo es del desperdicio del potencial de acumulación que impide la integración social de los estratos inferiores. Lo que importa-señala el economista argentino- es saber qué hay en la estructura social, detrás del mercado: "...es incorrecto atribuir al mercado las fallas del sistema; es más bien la expresión de esas fallas. El mercado puede ser instrumento de eficacia económica pero no de eficacia social. Conviene subrayarlo pues a veces se sostiene que para evitar esos defectos será necesario abolir el mercado en la transformación del sistema". Continúa el autor citado: "La abolición del mercado llevaría inexorablemente a decidir en la cúspide del sistema qué debe consumirse y qué debe producirse. Significa, en realidad, la abolición de la libertad económica, con muy serias implicaciones políticas".

Comprender entonces una ley como la tratada aquí, es integrarla dentro de una lógica de mercado, y haber optado por la aceptación de que el mercado es el mecanismo más eficiente de asignación de recursos en la economía. Pero, la pregunta es si sólo el mercado es una opción válida en países como el nuestro, en donde los distintos sectores de la economía siempre han sido manejados monopólicamente, desde el Estado como también desde el sector privado nacional, con la anuencia y complicidad del primero. Acaso la respuesta sea la de que el objetivo es que las transnacionales replacen monopólicamente en el país, tanto al Estado como al capital nacional, siguiendo la tendencia impuesta desde el exterior, de liberalización de mercados.

En fin, más allá de las anteriores disquisiciones, una economía de mercado es lo que se ha optado como aspecto central del orden público económico peruano y, dentro de este una implementación de leyes como el Decreto Legislativo N° 701 que propenden o están orientadas a la preservación de la libre competencia. Obviamente, la ley en cuestión tiene en perspectiva la supuesta consecución de la eficiencia económica y no de la eficiencia social, en los términos señalados por Prebisch.

Se ha visto que la actitud de los que controlan el Estado en referencia con las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia no ha cambiado esencialmente sino que, en resumida cuenta, sólo ha habido la asunción de una nueva forma, respetando la tendencia mostrada a lo largo del siglo XX, es decir, hay la actitud formal de un combate o enfrentamiento con los monopolios, pero en la realidad sólo existe un Estado que sirve e incentiva esas situaciones.

Con el fin del siglo XX, viendo que estas prácticas controlistas y monopólicas eran notoriamente nocivas, se optó por un control penal de las mismas- a raíz de la promulgación del nuevo Código Penal-. Sin embargo, luego esta posición original ha ido variando y con el Decreto Legislativo N° 701 y sus posteriores modificatorias, se llega a mediatizar la aplicación penal, como se ha comentado en líneas anteriores.

Esta línea dubitativa- por decir lo menos-, se ve claramente representada en la falta de control en las concentraciones de poder económico y, especialmente en el tratamiento de las fusiones.

La concentración de poder económico puede ser consecuencia del crecimiento interno de una empresa, es decir, que eliminando competencia mediante eficiencia, la empresa crece internamente apoderándose de un mayor sector del mercado.

Se establece asimismo que puede generarse porque dos o más empresas deciden unirse sumando así las porciones de mercado que cada una posee. Ahora bien, esta segunda forma de concentrar poder económico presenta dos variantes, sea que la unión de empresas sea de carácter temporal(cárteles o acuerdos) o que sea de manera permanente(fusiones y adquisiciones).Respecto a estas uniones de empresas, Garrigues señala que cuando se habla de concentración "se está utilizando una expresión fundamentalmente económica, que no hace referencia a una institución jurídica única, y esto significa, por tanto, que la concentración puede tener lugar por medios de muy distinto significado jurídico"⁴⁰.

La protección administrativa de la libre competencia en el Perú, no contempla como ilícito la concentración de poder económico por crecimiento interno en sí mismo, sino el abuso que se haga de ese poder en el mercado. Tampoco las uniones permanentes en sí mismas son sancionadas como ilícitas. Sólo las uniones temporales constituyen ilícitos contra la competencia en cuanto restringen la misma, aunque de manera determinada.

A diferencia de otras legislaciones, en nuestro país, no son consideradas ilícitas las concentraciones de poder económico en sí mismas, y, más aun no existe control sobre ellas, con la excepción de las empresas de gene-

⁴⁰ Garrigues, Joaquín: ob., cit. Madrid 1976 pp. 618-619.

ración, transmisión y distribución de energía eléctrica, según el D.S. 027-95-ITINCI, pese a que- como manifiesta Manuel Abanto-, en algunos casos podría afectar gravemente a la competitividad en el mercado⁴¹.

Asimismo, en cuanto a las fusiones no existe ni la prohibición ni el control de las mismas. Por el contrario, se las incentiva, como por ejemplo, con las exoneraciones tributarias establecidas en la Ley N° 26283 de 1994, la cual se ha venido prorrogando anualmente. Esta actitud dubitativa es poco menos que sospechosa⁴².

En cuanto a las uniones temporales, si bien es cierto se han prohibido en cuanto constituyan prácticas restrictivas de competencia como acuerdos sobre precios o reparto de mercados, esto se ha flexibilizado mucho legislativa y jurisprudencialmente. Por ejemplo, se establecieron en la redacción original del Decreto Legislativo N° 701 en el artículo 7°, ciertos casos de "justificación" a los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas, los que eran autorizados por la Comisión. Para Abanto, "esta práctica autorizada expresamente por la ley constituía un parcial reconocimiento implícito de la técnica de la "rule of reason"(regla de la "razonabilidad") aplicada en Derecho antitrust norteamericano".

Este artículo con posterioridad fue derogado por el Decreto Legislativo N° 788 de 1994, y, por tanto, desapareció la posibilidad de la Comisión de dar autorizaciones, mediando el análisis caso por caso o "rule of reason". Sin embargo, "a pesar de esta decisión legislativa expresa de eliminar la posibilidad de relativizar las prohibiciones de los arts. 5° y 6° del Decreto

⁴¹ Abanto Vásquez, Manuel: *Derecho Penal Económico. Parte Especial*. IDEMSA. Lima 2000, pág. 45.

⁴² Ejemplo de esta actitud es la mostrada por Alfredo Bullard, quien frente a la compra por parte de la Cervecería Backus & Johnston de un paquete de acciones en la Compañía Nacional de Cerveza. Lo que le permitía a la primera tener el control de la última mencionada, señala que es difícil pronunciarse sobre cómo deben regularse las fusiones y adquisiciones del control de empresas en el Perú, agregando lo siguiente: "Lo que sí es evidente es que resulta difícil pronunciarse sobre cómo deben regularse en el Perú estas situaciones utilizando modelos provenientes de países desarrollados, con mercados inmensamente superiores en tamaño y por tanto que exigen porcentajes inferiores de participación en el mercado para alcanzar economías de escala. Las pequeñas dimensiones de nuestro mercado incrementan mis dudas sobre la conveniencia de regular o no el tema de fusiones o adquisiciones de control en el Perú, pues las posibilidades de cometer errores que destruyan eficiencia se incrementan tremendamente". En: ob., cit. Lima 1996, pág. 314.

Legislativo N° 701, la Comisión de Libre Competencia y el Tribunal del Indecopi han incluido la "rule of reason" por la vía interpretativa en algún caso reciente de prácticas colusorias horizontales"⁴³.

El caso al que se hace referencia es el seguido por la Empresa de Transporte Miguel Ciccía Vásquez E.I.R.L.(CIVA) contra la Empresa Turística Mariscal Cáceres, el cual- constituyendo precedente obligatorio- señala que inclusive ciertos acuerdos horizontales pueden ser lícitos, siendo lo común que sean los acuerdos verticales los únicos considerados lícitos y los horizontales per se ilegales, dentro de la jurisprudencia norteamericana.

Esta flexibilización de Indecopi debe observarse dentro de una tendencia en su devenir, en el cual muchos de los procesos sobre prácticas restrictivas en donde se ha probado lo denunciado, se ha mediatizado la aplicación de sanciones y casi ninguna - a pesar de las consecuencias para el consumidor- ha llegado al ámbito penal, salvo un caso (Caso contra las Asociaciones de Transportistas tratado anteriormente).

Igualmente, es cierto que se han aumentado las multas a las actitudes de restricción de la competencia pero falta normas que establezcan el decomiso de ganancias y beneficios que sería lo ideal, según propuesta de Manuel Abanto

Por otro lado, se ha criticado mucho la denominada cláusula general o abierta contemplada tanto en el literal f) del artículo 5°, como en el literal j) del artículo 6°, por ir en contra de la seguridad jurídica. Sin embargo, hay que pensar que es idóneo para comprender todas las actitudes o comportamientos económicos multiformes que son difíciles de tipificarse.

⁴³ Abanto Vásquez, Manuel: ob., cit. Lima 2000, pág. 37.