

La defensa de la competencia en el Perú en aplicación del derecho internacional y el derecho comunitario andino: análisis y propuestas para su fortalecimiento

Autor: Pierino Bruno Stucchi López Raygada

Tesis doctoral UDC / 2021

Directores: Jorge Antonio Quindimil López y Marta Sobrido Prieto

Tutor: Jorge Antonio Quindimil López

Programa de doctorado en Derecho



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Tesis para optar al grado de Doctor presentada por el magíster Pierino Bruno Stucchi López Raygada y realizada bajo la dirección de los profesores doctores Jorge Antonio Quindimil López, y Marta Sobrido Prieto, Profesores Titulares de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales de la Universidade da Coruña

A Coruña, octubre de 2021

10/13/2021

Pierino Bruno Stucchi López Raygada

Vº Bº

Vº Bº

Resumo

A presente tese diríxese a presentar propostas para o fortalecemento da defensa de competencia no Perú, como produto da análise dos instrumentos de Dereito Internacional Público e do Dereito Comunitario Andino, considerando a súa debida aplicación no país. No ámbito internacional non existe un marco unificado de defensa da competencia e, na actualidade, tampouco se desenvolven negociacións tendientes a establecelo, aínda cando existen marcos xurídicos de referencia no ámbito da Conferencia das Nacións Unidas sobre Comercio e Desenvolvemento (UNCTAD) e da Organización para a Cooperación e o Desenvolvemento Económicos (OCDE), que propiamente constitúen instrumentos de *soft law*.

Como é de coñecemento, o proceso de integración no marco institucional e xurídico da Comunidade Andina ha permitido o establecemento dunha zona de libre comercio entre Bolivia, Colombia, Ecuador e Perú. Neste contexto, o proceso de integración andino conta con normas para a protección e promoción da libre competencia no seu espazo económico integrado, incluído o Perú, aprobadas pola Decisión 608, que exhibe unha escasa aplicación. Atendendo aos resultados da investigación e á análise crítica desenvolta, propóñense reformas e melloras xurídicas que permitan o fortalecemento do sistema de defensa da competencia peruano, que debe sintonizarse co sistema de defensa da competencia comunitario andino e co marco xurídico internacional.

Para o desenvolvemento da tese, priorizouse a consulta e a análise de tratados, instrumentos normativos, documentos que presenten contidos de *soft law*, xurisprudencia, decisións e ditames administrativos, tanto de fonte internacional como comunitaria, así como de fontes nacionais.

É preciso deixar constancia acerca de que, recoñecendo valiosas excepcións, non existe desde a Comunidade Andina nin o Perú unha produción abundante, significativa ou actual de doutrina especializada ao redor da materia tratada.

Resumen

La presente tesis se dirige a presentar propuestas para el fortalecimiento de la defensa de competencia en el Perú, como producto del análisis de los instrumentos de Derecho Internacional Público y del Derecho Comunitario Andino, considerando su debida aplicación en el país. En el ámbito internacional no existe un marco unificado de defensa de la competencia y, en la actualidad, tampoco se desarrollan negociaciones tendientes a establecerlo, aun cuando existen marcos jurídicos de referencia en el ámbito de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que propiamente constituyen instrumentos de *soft law*.

Como es de conocimiento, el proceso de integración en el marco institucional y jurídico de la Comunidad Andina ha permitido el establecimiento de una zona de libre comercio entre Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú. En este contexto, el proceso de integración andino cuenta con normas para la protección y promoción de la libre competencia en su espacio económico integrado, incluido el Perú, aprobadas por la Decisión 608, que exhibe una exigua aplicación. Atendiendo a los resultados de la investigación y al análisis crítico desarrollado, se proponen reformas y mejoras jurídicas que permitan el fortalecimiento del sistema de defensa de la competencia peruano, que debe sintonizarse con el sistema de defensa de la competencia comunitario andino y con el marco jurídico internacional.

Para el desarrollo de la tesis, se priorizó la consulta y el análisis de tratados, instrumentos normativos, documentos que presenten contenidos de *soft law*, jurisprudencia, decisiones y dictámenes administrativos, tanto de fuente internacional como comunitaria, así como de fuentes nacionales.

Es preciso dejar constancia acerca de que, reconociendo valiosas excepciones, no existe desde la Comunidad Andina ni el Perú una producción abundante, significativa o actual de doctrina especializada en torno a la materia tratada.

Abstract

This thesis aims at suggesting proposals for strengthening the defense of competition in Peru, as a result of the analysis of instruments provided by International Public Law and Andean Community Law and considering their proper application in the country. At the international level, there is no unified normative framework for the defense of competition, and there are no current negotiations to establish it. Even though there are legal regulations serving as benchmark in the context of the United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) and the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), these are properly soft law instruments.

It is well known that the process of integration of institutional and legal framework within the Andean Community has made possible the implementation of a free trade zone between Bolivia, Colombia, Ecuador and Peru. In this context, Andean Community Decision 608, which exhibits a meager application, was enacted setting forth rules for the protection and promotion of free competition in its integrated economic space, including Peru. In view of the results of our research and the critical analysis, legal reforms and improvements are proposed in order to allow for the strengthening of the Peruvian system of defense of competition, which must be aligned with that of the Andean Community and international legal framework.

In the elaboration of our thesis, the consultation and analysis of treaties, normative instruments, soft law documents, jurisprudence, decisions and administrative opinions is prioritized, both from international and Andean Community sources, as well as from national sources.

It should be noted that, besides valuable exceptions, there is no abundant, significant or current production of specialized doctrine on the discussed subject from the Andean Community or Peru.

Índice

Siglas	ix
Abreviaturas	x
Introducción.....	1
Capítulo 1	
La política y la defensa de la competencia en el ámbito internacional	11
1.1. Contenido estándar de las normas de defensa de la competencia	13
1.1.1. Objetivo y mecanismos de intervención de poder público	14
1.1.2. Control de conductas	18
1.1.2.1. El abuso de posición de dominio	18
1.1.2.2. Las conductas colusorias.....	24
1.1.3. Control de estructuras	27
1.1.4. Fundamentos de la cooperación y la cortesía internacional	30
1.1.4.1. La cortesía negativa	31
1.1.4.2. La cortesía positiva	32
1.1.4.3. La aplicación de la cortesía en la Unión Europea.....	35
1.1.4.4. La aplicación de la cortesía en el Perú.....	36
1.2. La política y la defensa de la competencia en el ámbito multilateral.....	39
1.2.1. La Carta de la Habana como antecedente fallido en el establecimiento de disciplinas multilaterales sobre defensa de la competencia.....	39
1.2.2. Los avances en la defensa de la competencia en el ámbito de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)	43
1.2.2.1. El Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas	44
1.2.2.2. La ley tipo de defensa de la competencia y sus elementos esenciales	46

1.2.3. El estado de la cuestión en la Organización Mundial del Comercio (OMC).....	49
1.2.3.1. La administración de la liberalización y la regulación del comercio internacional multilateral	50
1.2.3.2. La ausencia de disciplinas multilaterales sobre defensa de la competencia	52
1.2.4. El rol de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE).....	55
1.2.4.1. Recomendaciones del Consejo relacionadas con el control de conductas.....	57
1.2.4.2. Recomendaciones del Consejo relacionadas con el control de estructuras	60
1.2.4.3. Recomendación del Consejo sobre evaluación de la competencia	63
1.2.4.4. Recomendación del Consejo sobre la cooperación internacional en la aplicación de las normas de defensa de la competencia.....	64
1.2.4.5. Examen Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia en el Perú.....	66
1.3. La política y la defensa de la competencia en los acuerdos comerciales regionales (no comunitarios)	70
1.3.1. Liberalización y desregulación del comercio	71
1.3.1.1 Reglas sobre mercancías.....	71
1.3.1.2. Reglas sobre servicios.....	84
1.3.1.3. Reglas sobre no discriminación	94
1.3.2. Compromisos internacionales en materia de defensa de la competencia ..	98
1.3.2.1. Objetivos	100
1.3.2.2. Obligaciones de contar con legislación.....	102
1.3.2.3. Monopolios designados y empresas del Estado.....	106
1.3.2.4. Autoridades de defensa de la competencia	109
1.3.2.5. Debido proceso	111
1.3.2.6. Ausencia de sometimiento al sistema de solución de controversias	113

Capítulo 2

La política y la defensa de la competencia en el ámbito comunitario andino	115
2.1. La experiencia comunitaria europea que inspira al sistema andino de integración.....	115
2.1.1. Objetivos y mecanismos de intervención de poder público	118
2.1.2. Control de conductas en la Unión Europea	121
2.1.2.1. Ámbito de aplicación.....	122
2.1.2.2. Conductas prohibidas y tipos sancionadores	124
2.1.2.3. Órganos competentes para el control de conductas	127
2.1.2.4. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo comunitario	131
2.1.3. Control de estructuras en la Unión Europea	140
2.1.3.1. Ámbito de aplicación.....	141
2.1.3.2. Análisis de concentraciones empresariales.....	144
2.1.3.3. Órgano competente para el control de estructuras.....	149
2.1.3.4. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo comunitario	149
2.1.4. El régimen comunitario de ayudas otorgadas por los Estados miembros de la Unión Europea	152
2.1.4.1. Ayudas públicas compatibles con el mercado interior	154
2.1.4.2. Examen y supresión de ayudas públicas.....	155
2.2. El proceso de integración andino y su espacio económico integrado	157
2.2.1. La Comunidad Andina y el proceso de integración andino.....	157
2.2.1.1. Objetivos y finalidad.....	158
2.2.1.2. Estructura institucional	159
2.2.1.3. El Derecho comunitario andino	164
2.2.2. El espacio económico integrado como escenario de competencia en la Comunidad Andina	168
2.2.2.1. El establecimiento del área de libre comercio	169
2.2.2.2. La suspensión indefinida de la unión aduanera	172
2.2.2.3. El anhelo del mercado común o interior	175

2.3. El sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina.....	178
2.3.1. Objetivos y mandatos del Derecho comunitario andino originario	179
2.3.2. El control de conductas en el Derecho derivado.....	182
2.3.2.1. Ámbito de aplicación	184
2.3.2.2 Conductas prohibidas y tipos sancionadores	187
2.3.2.3.Órganos competentes para el control de conductas	190
2.3.2.4. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo comunitario	191
2.3.3. Promoción de la competencia en la Comunidad Andina.....	199
2.3.4. Principales pronunciamientos y jurisprudencia.....	201
2.3.4.1. Dictamen SGCAN 01-2007 (Tucán Flowers)	201
2.3.4.2. Dictamen SGCAN 01-2007 (Ponce Villacís).....	202
2.3.4.3. Sentencia 05-AN-2015 (Angelcom S.A.).....	204
2.3.4.4. Interpretación prejudicial 472-IP-2016 (Cervecería Boliviana Nacional S.A.)	207
2.3.4.5. Interpretación prejudicial 78-IP-2018 (Trujillo Pérez / Tecnoquímicas S.A.).....	208
2.3.4.6. Sentencia/Auto 04-AN-2018 (Kimberly-Clark Ecuador S.A.).....	212
2.3.4.7. Interpretación prejudicial 484-IP-2018 (Vargas López / Ingenio Carmelita S.A.)	216
2.3.4.8. Interpretación prejudicial 02-IP-2019 (Pfizer Ireland Pharmaceuticals).....	220
2.3.5. Oportunidades de mejora y lineamientos para el fortalecimiento del sistema comunitario andino de defensa de la competencia	223
2.3.5.1. Mejora de ciertas condiciones esenciales para una efectiva aplicación	225
2.3.5.2. Mejora de ciertas condiciones esenciales para un adecuado y debido procedimiento.....	233
2.3.5.3. Incorporación de un régimen común de ayudas públicas.....	240
2.3.5.4. Carencia de habilitación originaria y carencia de necesidad para un control de estructuras	244

Capítulo 3

La política y la defensa de la competencia en el Perú	247
3.1. Marco constitucional peruano	247
3.1.1. Establecimiento de una economía social de mercado.....	248
3.1.2. Aplicación de instrumentos internacionales y comunitarios	252
3.1.3. El orden del mercado y la actividad de policía.....	254
3.2. Control de conductas en el ordenamiento jurídico peruano	255
3.2.1. Objetivos y finalidad.....	257
3.2.2. Ámbito de aplicación.....	258
3.2.2.1. Alcance subjetivo.....	258
3.2.2.2. Alcance territorial	264
3.2.3. Conductas prohibidas y tipos sancionadores	265
3.2.3.1. Tipos de prohibiciones.....	266
3.2.3.2. El abuso de posición de dominio	269
3.2.3.3. La conducta colusoria horizontal	279
3.2.3.4. La conducta colusoria vertical	286
3.2.3.5. Las conductas exceptuadas	290
3.2.4. Órganos competentes para el control de conductas.....	292
3.2.4.1. Autoridades de defensa de la competencia	292
3.2.4.2. Órgano investigador y acusador: <i>fiscal administrativo</i>	293
3.2.4.3. Designación de los funcionarios	294
3.2.5. Principales atribuciones de las autoridades de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo nacional	295
3.2.5.1. Inicio y naturaleza del proceso	296
3.2.5.2. Atribuciones de los órganos y principio de imparcialidad.....	298
3.2.5.3. El programa de clemencia (<i>leniency</i>).....	311
3.2.5.4. El compromiso de cese	315
3.2.5.5. El programa de recompensas	317
3.2.5.6. El estándar probatorio aplicable al control de conductas.....	320
3.2.5.7. El principio de culpabilidad	325
3.2.5.8. Las medidas cautelares y medidas correctivas.....	327
3.2.5.9. Las sanciones sobre conductas anticompetitivas	330

3.2.5.10. Las multas coercitivas.....	332
3.2.5.11. La indemnización.....	333
3.2.5.12. La promoción de la competencia en la jurisdicción peruana..	334
3.2.6. Control de conductas en sede penal y delitos vinculados.....	336
3.2.6.1. El delito de <i>abuso de poder económico</i>	337
3.2.6.2. El delito de <i>acaparamiento</i>	341
3.2.6.3. El delito de <i>especulación</i>	343
3.3. Control de estructuras en el ordenamiento jurídico peruano.....	345
3.3.1. Objetivos y finalidad.....	346
3.3.2. Ámbito de aplicación.....	348
3.3.2.1. El <i>control</i> corporativo como condición de aplicación del control previo	349
3.3.2.2. Los <i>efectos</i> en el territorio peruano como condición de aplicación del control previo	350
3.3.2.3. El cumplimiento de umbrales como condición de aplicación del control previo	350
3.3.2.4. Operaciones de concentración empresarial fuera del ámbito de aplicación	355
3.3.3. Análisis de concentraciones empresariales.....	356
3.3.4. Órganos competentes para el control de estructuras.....	359
3.3.4.1. Autoridades de defensa de la competencia	359
3.3.4.2. Órgano de apoyo: <i>secretaría instructora y relatora</i>	360
3.3.4.3. Designación de los funcionarios	361
3.3.5. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo nacional.....	362
3.3.5.1. Inicio y naturaleza del proceso	363
3.3.5.2. Atribuciones de los órganos y principio de independencia	366
3.3.5.3 Las fases del procedimiento.....	371
3.3.5.4. Los compromisos y las condiciones	372
3.3.5.5. El estándar probatorio aplicable al control de estructuras	374
3.3.5.6. Las medidas correctivas.....	376
3.3.5.7. Las sanciones sobre incumplimientos a la ley	377
3.3.5.8. Las multas coercitivas.....	378

3.3.5.9. Participación de otras entidades públicas	379
3.3.5.10. Consideraciones internacionales.....	380
3.3.6. El ilegal control posterior y la notificación voluntaria	381
3.4. Instituciones complementarias en el ámbito de la política de competencia en la jurisdicción peruana.....	386
3.4.1. Legislación complementaria de defensa de la competencia	386
3.4.2. Eliminación de barreras burocráticas ilegales e irracionales	392
3.4.3. Calidad regulatoria.....	393
3.4.4. Institucionalidad para garantizar la apertura del comercio exterior	396
3.4.4.1. Sobre eliminación de barreras no arancelarias.....	396
3.4.4.2. Sobre medidas de defensa comercial	398
3.4.5. Regulación que garantiza la inversión extranjera.....	403
3.4.5.1 Normas jurídicas nacionales	403
3.4.5.2. Compromisos internacionales	406
3.4.6. Regulación sobre la actividad empresarial del Estado	408
3.5. La necesidad de autonomía constitucional para el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi.....	411
3.6. Oportunidades de mejora y lineamientos para el fortalecimiento de la política de competencia en la jurisdicción peruana.....	415
3.6.1. Mejora de condiciones respecto de las autoridades peruanas.....	416
3.6.1.1. Otorgamiento de autonomía constitucional para el Indecopi ...	416
3.6.1.2. Mecanismos de designación del Consejo Directivo del Indecopi	417
3.6.1.3. Mecanismos de designación de las autoridades de defensa de la competencia y de la Secretaría-Dirección.....	417
3.6.1.4. Flexibilidad en las limitaciones presupuestales	418
3.6.2. Mejora de condiciones en relación con el <i>control de conductas</i> en la jurisdicción peruana	418
3.6.2.1. Unificación de funciones con Osiptel	418
3.6.2.2. Reforzamiento en la prevención e identificación de situaciones potencialmente anticompetitivas en la contratación pública	419

3.6.2.3. Separación de funciones: principio de imparcialidad	419
3.6.2.4. Utilización del estándar probatorio de prueba plena (<i>beyond a reasonable doubt</i>)	420
3.6.2.5. Rescate del <i>principio de culpabilidad</i>	420
3.6.2.6. Determinación administrativa antes del proceso penal.....	421
3.6.3. Mejora de condiciones en relación con el <i>control de estructuras</i> en la jurisdicción peruana	421
3.6.4. Mejora de condiciones en relación con las demás instituciones que conforman las políticas de competencia en la jurisdicción peruana	422
3.6.4.1. Establecimiento de la Red de defensa de la libre iniciativa privada.....	422
3.6.4.2. Instancia administrativa única en materias de eliminación de barreras	422
3.6.4.3. Necesidad de una metodología para determinar la subsidiariedad en relación con la actividad empresarial del Estado	423
Conclusiones.....	424
Bibliografía.....	438

Siglas

BIT	Acuerdos bilateral de protección de inversiones
CIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
GATS	Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios
GATT	Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio
Indecopi	Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual
LCCE	Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 (Perú)
LPAG	Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444 (Perú)
LRCA	Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas – Decreto Legislativo 1034 (Perú)
OCDE	Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
OMC	Organización Mundial del Comercio
Osiptel	Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones
SGCAN	Secretaría General de la Comunidad Andina
SCPM	Superintendencia de Control del Poder de Mercado
SIC	Superintendencia de Industria y Comercio
TLC	Tratado de libre comercio
TFUE	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Abreviaturas

Cfr.	Compárese, véase.
Coord.	Coordinador, coordinadores.
Dir.	Director, directores.
Ed.	Editor, editores.

Introducción

En una economía de mercado se procura que exista la máxima competencia posible entre los agentes económicos que realizan transacciones. Ello debido a que se considera que esta dinámica beneficia a los consumidores, quienes recibirán ofertas que representen mejores combinaciones de precio y calidad a causa de la pugna competitiva entre las empresas que desean realizar transacciones con ellos. Para este fin, desde el poder público se diseña e implementa una política de competencia que promueva la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores (OMC, 1999, p. 7), lo que debe implicar, en suma, el bienestar de las personas, sus familias y la sociedad en su conjunto.

El elemento central de una política de competencia son las normas de defensa de la competencia, cuyo contenido y aplicación “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos” (Ariño, 2004, pp. 332-337). Las normas de defensa de la competencia, al prohibir conductas anticompetitivas (consistentes en abusos de posición de dominio y colusiones) y al controlar concentraciones empresariales para evitar que estas restrinjan significativamente la competencia, imponen límites al ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa o la libertad de contratación por parte de los agentes económicos. Ello con el fin de evitar que, mediante tal ejercicio de libertades, se distorsione indebidamente la intensidad del proceso competitivo que se requiere para el adecuado funcionamiento de los mercados en beneficio de los ciudadanos y la sociedad en su conjunto.

Esta tesis se dedica precisamente a analizar la defensa de la competencia que produce efectos en la jurisdicción peruana, la cual puede provenir tanto de la aplicación de normas emitidas por la Comunidad Andina y del ejercicio de atribuciones que corresponde a autoridades comunitarias, como también de la aplicación de normas

emitidas en sede nacional y del ejercicio de atribuciones que corresponden a autoridades nacionales. El propósito de esta tesis es formular propuestas para el fortalecimiento de esta defensa de la competencia con efecto en la jurisdicción peruana a partir de considerar el contenido y la aplicación del Derecho Internacional y los estándares internacionales, así como el contenido y la aplicación del Derecho comunitario andino, inspirado en el Derecho de la Unión Europea.

Cabe precisar en esta introducción que, si bien esta tesis se centra en el análisis de las normas de defensa de la competencia y su aplicación, las cuales conforman el centro de gravedad de una política de competencia, resulta necesario también abordar y analizar en esta tesis los contornos referidos a la liberalización y la desregulación del comercio interno y externo. Ello debido a que estos elementos forman parte también de la política de competencia y se interrelacionan estrechamente con las normas de defensa de la competencia, ya que todos los elementos que conforman una política de competencia se dirigen a procurar que exista la máxima competencia posible en los mercados para el bienestar de los consumidores.

Como contexto general, debe considerarse que no existe un marco general internacional que resulte vinculante en materia de defensa de la competencia pues los avances dirigidos a establecerlo, en el seno de la Organización Mundial del Comercio (OMC), se encuentran detenidos. Sin embargo, existen importantes marcos de referencia en el ámbito de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) y de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) que resultan de utilidad como estándar internacional para orientar el fortalecimiento de la defensa de la competencia a cargo de Estados y organizaciones internacionales, como es el caso del Perú y de la Comunidad Andina, respectivamente.

En el ámbito regional se reconoce internacionalmente que “[e]l régimen de competencia de la Unión Europea es el único modelo regional que funciona en el mundo y que cuenta con una autoridad supranacional en materia de competencia” (UNCTAD, 2008, p. 15). La experiencia europea demuestra que la existencia y aplicación de políticas y normas de defensa de la competencia eficaces en un espacio económico integrado responde no solamente al objetivo de promover la eficiencia

económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, sino que responde también al objetivo mismo de la efectiva integración de un espacio económico en el cual se libera la circulación de bienes, servicios, capitales y personas. Es decir, el funcionamiento de la competencia, en procesos de integración que pretenden profundidad, contribuye con garantizar tal circulación, evitando que se vea detenida o afectada por conductas o estructuras anticompetitivas de empresas concurrentes en el mercado que sean capaces de falsear, distorsionar o disuadir indebidamente el flujo de los factores económicos en el mercado integrado. Este rol de la política y la defensa de la competencia en un espacio económico integrado se suma a los compromisos de los Estados dirigidos a no detener o afectar la circulación de bienes, servicios, capitales y personas mediante actos de poder público. En este contexto, la Unión Europea presenta significativos avances en el diseño de reglas sustantivas y procedimentales, así como en su aplicación, que pueden resultar de utilidad para orientar el fortalecimiento de la defensa de la competencia, desde la Comunidad Andina, con efecto en el Perú.

De otro lado, la aplicación de acuerdos comerciales regionales, como el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica o el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea, entre otros, establecen obligaciones que orientan y consolidan los objetivos de la defensa de la competencia en la jurisdicción peruana, así como los principios para su adecuada aplicación mediante un debido proceso transparente y con garantías para quienes participan en este proceso.

La relevancia y oportunidad de esta tesis reside en que, por un lado, la Comunidad Andina, que tiene un diseño institucional sólido, exhibe una exigua aplicación de las normas de defensa de la competencia con las que cuenta para investigar, corregir y sancionar conductas anticompetitivas, siendo que ante ello cabe analizar qué oportunidades de mejora se deben aprovechar para fortalecer su efecto en la jurisdicción comunitaria y en la jurisdicción peruana.

De otro lado, en el Perú la aplicación de las normas de defensa de la competencia que permiten investigar, corregir y sancionar conductas anticompetitivas viene siendo cuestionada debido a que no se garantiza plenamente el principio de imparcialidad, no

se utiliza un adecuado estándar probatorio y se ha dejado de lado la aplicación del principio de culpabilidad, todos ellos necesarios en el marco de un proceso sancionador. En la jurisdicción peruana, asimismo, en marzo de este año, se ha instaurado un régimen de control previo de operaciones de concentraciones empresariales que aún no se aplica y que requiere parámetros de referencia para que su aplicación no resulte arbitraria. Así, fortalecer la defensa de la competencia con efecto en el Perú implica, en este contexto, dar realidad a la aplicación de las normas comunitarias y dotar de legalidad y razonabilidad a la aplicación de las normas nacionales. Para este fin, el Derecho Internacional, los estándares internacionales y la experiencia comunitaria europea entregan valiosos parámetros de referencia y valiosas lecciones.

Desde la apreciación de la integración de mercados en la Comunidad Andina, como contexto necesario de la investigación que desarrolla la tesis, cabe precisar que esta no es una unión aduanera. La Comunidad Andina califica únicamente como un área de libre comercio *plus*, dado que conforma un espacio compartido con determinadas políticas y regulación comunes, que abarcan la libre circulación de mercancías, aspectos relevantes del ámbito aduanero, la libre circulación de servicios parcial (dado que se excluye el territorio de Bolivia), la circulación de capitales y la migración de personas. Asimismo, se abarcan materias emblemáticas para la integración andina como la propiedad intelectual, la defensa de la competencia y otros aspectos que fortalecen su espacio económico integrado andino como un escenario de competencia empresarial donde debe prevalecer la competencia efectiva.

En la Comunidad Andina, no se ha vuelto a plantear como objetivo la conformación de un mercado común o interior. Sin embargo, la consolidación del fortalecimiento del espacio económico integrado andino exige necesariamente, además de afianzar la liberalización en todos los factores económicos, el aseguramiento de un escenario de competencia empresarial con competencia efectiva en la Comunidad Andina, lo cual requiere la existencia y la aplicación de normas de defensa de la competencia en la Subregión en el marco de una eficaz política de competencia. En clave de este entendimiento, recientemente ha trascendido, como información no formal ni confirmada, que en el seno de la Comunidad Andina se estaría preparando una modificación sobre las actuales normas de defensa de la competencia comunitarias, lo

cual contribuye en reconocer como adecuada la oportunidad del desarrollo de esta tesis y las propuestas de fortalecimiento que formula en contribución de este proceso normativo.

Desde la apreciación del sistema económico peruano, debe señalarse que, con base en la Constitución Política de 1993, se reconocen, entre otros, los siguientes principios: i) la libre iniciativa privada, lo que asegura la posibilidad de que toda persona natural (física) o jurídica (moral) pueda participar en la actividad empresarial, sea nacional o extranjera, siempre en cumplimiento de las normas jurídicas de carácter imperativo que se encuentren vigentes en la república; ii) la libertad de empresa, lo que garantiza que toda persona, incluso quien califique como inversionista nacional o extranjero, tiene la libertad de elegir a cuál actividad empresarial dedicarse, decidiendo la forma, el modo de organización y el momento para hacerlo, con los límites que impone la ley para proteger la salud, la seguridad y el orden públicos; iii) una economía social de mercado, lo que implica que la asignación de recursos dirigidos a la satisfacción de las necesidades de las personas naturales (físicas) o jurídicas (morales) ocurre, de modo predominante, mediante la realización de transacciones en un contexto de libre interacción entre la oferta y la demanda bajo el mecanismo coordinador del precio; iv) la defensa de la competencia, especificando que “el Estado facilita y vigila la libre competencia” y “[c]ombate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas”, asimismo, se precisa que “[n]inguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios” (artículo 61); y, v) la libertad de comercio interior y exterior, especificando en el caso del comercio exterior que, ante medidas proteccionistas o medidas discriminatorias impuestas por otro Estado u organización internacional contrarias al interés nacional, el Estado peruano puede adoptar medidas análogas.

En este sentido, el régimen económico de Perú se fundamenta en una economía social de mercado donde se garantiza amplias libertades empresariales, comerciales y económicas, en general, sin discriminación; se limita el ejercicio de la actividad empresarial del Estado; y, se garantiza la intervención del Estado en la defensa de la competencia. Este marco constitucional, como se evidencia, viabiliza el establecimiento de una política de competencia en esta jurisdicción y requiere de normas de defensa de la competencia que resulten adecuadas y de aplicación efectiva.

Considerando lo señalado en los párrafos precedentes también como motivación y contexto del tema de esta tesis, desarrollamos la correspondiente investigación, cuyo objetivo principal es formular propuestas para fortalecer la defensa de la competencia con efecto en el Perú, teniendo en consideración la aplicación de tratados internacionales, incluidos los acuerdos comerciales regionales, así como estándares internacionales que provienen del *soft law* y el Derecho comunitario andino, cuyas normas poseen aplicación inmediata y efecto directo en la jurisdicción peruana, así como preeminencia respecto de la legislación nacional. Las propuestas de fortalecimiento que genera esta tesis tienen por finalidad de intensificar la competencia en los mercados en beneficio de los consumidores intermedios o finales, es decir, en este último caso, a los ciudadanos y a sus familias.

Para cumplir el objetivo principal antes señalado, complementariamente, esta tesis tiene como objetivo desarrollar un análisis crítico acerca del contenido y aplicación de dichos tratados y estándares internacionales y del sistema de defensa de la competencia en la Comunidad Andina. Ello con el fin de contrastarlo con un análisis crítico sobre el diseño y aplicación de la política de competencia y de las normas de defensa de la competencia en la jurisdicción peruana, donde un aporte diferenciador es la experiencia en el ejercicio profesional que tiene el autor de la tesis que, como ampliaremos más adelante, en el pasado se ha desempeñado como gerente legal de la autoridad de defensa de la competencia peruana y como asesor legal de la Secretaría General de la Comunidad Andina en la materia de defensa de la competencia.

Para acometer los objetivos de esta tesis, en la investigación que ha implicado su desarrollo hemos priorizado la consulta y el análisis de tratados, instrumentos normativos, documentos que presentan contenidos de *soft law*, jurisprudencia, decisiones de autoridades de defensa de la competencia y dictámenes administrativos, tanto de fuente internacional como de fuente comunitaria europea y andina, así como de fuentes nacionales.

En esta introducción, es oportuno dejar constancia de que, reconociendo valiosas excepciones, no existe en la Comunidad Andina una producción abundante o significativa de doctrina especializada en torno a la materia a tratar vinculada al

Derecho comunitario andino en sí o a las normas de defensa de la competencia andinas. Por ello, además de utilizar una perspectiva jurídica comparada, confrontando la experiencia comunitaria andina con la experiencia comunitaria europea, hemos priorizado la consulta de doctrina europea especializada, así como de otras latitudes, y de doctrina latinoamericana disponible, en particular peruana, con el fin de decantar consideraciones y elementos de análisis útiles para dar fundamento al análisis realizado, las propuestas de fortalecimiento y las conclusiones que formula esta tesis. La carencia de un estudio detallado sobre las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina y su jurisprudencia representa un vacío que esta tesis aborda y llena, pues persigue convertirse en un punto de referencia completo, profundo y actualizado sobre estas normas comunitarias andinas.

Así, con base en los objetivos indicados y las líneas metodológicas señaladas, en el primer capítulo de esta tesis se analiza el contenido jurídico esencial de las normas de defensa de la competencia como componente fundamental de la política de competencia, considerando los objetivos fundamentales que estas persiguen, los mecanismos que contemplan y su contexto internacional. En relación con ello, se abordan los antecedentes de la Carta de la Habana y el detenido estado de la cuestión en el sistema multilateral del comercio administrado por la OMC. Asimismo, analizamos a profundidad el rol de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) en materia de políticas de competencia con énfasis en las recomendaciones de su Consejo relacionadas con el *control de conductas*, con el *control de estructuras* y la calidad regulatoria, entre otros aspectos de relevancia en la política de competencia que incluye la cooperación entre autoridades de diferentes jurisdicciones. Asimismo, en este capítulo, se analiza la política y la defensa de la competencia en los acuerdos comerciales regionales no comunitarios que tienen relevancia para el Perú, a fin de descubrir el alcance y efectos de los compromisos que establecen sobre política de competencia, considerando la liberalización y desregulación del comercio sobre mercancías y servicios, así como compromisos sobre defensa de la competencia.

En el segundo capítulo, se aborda el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el ámbito de la Unión Europea, con especial énfasis en los objetivos y mecanismos que presentan tales normas. Así, se estudia, con detalle, el

esquema del *control de conductas* que implica la prohibición, corrección y sanción de abuso de una posición dominante y de conductas colusorias. Asimismo, se analizan detenidamente el esquema del *control de estructuras* y el *régimen comunitario de ayudas públicas* de la Unión Europea. En cada escenario sustantivo, se identifican los órganos competentes y sus atribuciones, así como los cauces procedimentales correspondientes. Este capítulo se completa con la presentación de los distintivos del proceso andino de integración y su espacio económico integrado. De esta manera, se estudian los objetivos y finalidad de este proceso, a efectos de explicar su estructura institucional y el papel fundamental que juega el Derecho comunitario andino, de inspiración comunitaria europea, en este esquema de integración regional, así como el estado actual del proceso de integración andino. Ello se complementa con el análisis crítico de las normas de defensa de la competencia en el ámbito de la Comunidad Andina. Así, se analiza el contenido normativo de la Decisión 608, con énfasis en su ámbito de aplicación y en el *control de conductas* que se establece, repasando los puntos clave de la jurisprudencia comunitaria. También, se presentan los órganos competentes y sus atribuciones, así como los cauces procedimentales andinos correspondientes, develándose las dificultades que ha presentado la aplicación de este instrumento normativo y mostrando las oportunidades para fortalecer el sistema de defensa de la Competencia de la Comunidad Andina.

En relación con el ámbito nacional, en el tercer capítulo, abordamos la política y la defensa de la competencia en la jurisdicción peruana desde sus fundamentos constitucionales que establecen una economía social de mercado. Asimismo, nos dedicamos a abordar las materias sustantivas que conforman el *control de conductas* (que tiene casi treinta años de existencia) y el *control de estructuras* (que recién ha entrado en vigencia en el año 2021). En relación con cada tipo de control, identificamos su ámbito de aplicación, los órganos competentes y analizamos sus atribuciones, así como los cauces procedimentales correspondientes. Igualmente, analizamos las instituciones complementarias en el ámbito de las políticas de competencia que contemplan, entre otros, disposiciones sustantivas y autoridades a cargo de la eliminación de barreras burocráticas ilegales e irracionales, la calidad regulatoria, la institucionalidad para garantizar la apertura del comercio exterior, la regulación que garantiza la inversión extranjera y la regulación sobre la actividad empresarial del Estado. Finalmente, en este capítulo, presentamos oportunidades de

mejora y proponemos lineamientos para el fortalecimiento de la política de competencia en la jurisdicción peruana.

Las conclusiones de esta tesis sintetizan las principales consideraciones y propuestas dirigidas a fortalecer la política de competencia y el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina, así como la política y defensa de la competencia en el Perú. En particular, se refieren a la condición incompleta del sistema multilateral de comercio en relación con una política de competencia de escala global y a la relevancia del estándar internacional que implican las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Ello en un contexto donde la política y la defensa de la competencia en el ámbito la Unión Europea han decantado lecciones que resultan de aplicación al sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina; y, donde los acuerdos comerciales regionales no comunitarios de los que es parte el Perú le generan compromisos de obligatorio cumplimiento que originan un impacto positivo en su política y defensa de la competencia de nivel nacional.

Asimismo, las conclusiones proponen mejoras en relación con los programas de clemencia, con el irrestricto respeto del principio de imparcialidad y el estándar probatorio para vencer la presunción de inocencia, en relación con el *control de conductas*, tanto en el ámbito comunitario andino como en el ámbito nacional. Igualmente, proponen claros entendimientos en relación con el *control de estructuras*, que no se encuentra habilitado en el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina y que se encuentra recién implementado en el Perú. Se refieren también a las exigencias de calidad regulatoria, atendiendo a la relevancia de la recomendación del Consejo de la OCDE sobre evaluación de la competencia, y a necesarios ajustes en el ámbito de las medidas de defensa comercial, que forman parte de la política de competencia.

Me permito en esta introducción agradecer profundamente a los directores de esta tesis, doctor Jorge Antonio Quindimil López, notable experto en el proceso de integración andino, y doctora Marta Sobrido Prieto, distinguida experta en Derecho Internacional Público, quienes han sabido conducirme en esta investigación aterrizada al Derecho de la Competencia desde el enfoque de lo internacional y lo comunitario.

Asimismo, me permito explicar a qué se debe mi interés en este tema de tesis. Desde el inicio de mi carrera profesional y por veinte (20) años de ejercicio profesional, he estado dedicado a la política de competencia en sus diferentes ámbitos en diferentes instituciones y responsabilidades tales como la Secretaría General de la Comunidad Andina, en calidad de funcionario internacional; el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) del Perú, como gerente legal; y, la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV) también del Perú, como Superintendente Adjunto y Defensor del Inversionista. Actualmente, en el sector privado dirijo la práctica especializada en Derecho de la competencia y medidas de defensa comercial en una firma de abogados y, desde la labor académica, me he encontrado a cargo de impartir en diferentes facultades de Derecho y escuelas de postgrado el curso Derecho de la competencia y el curso de Derecho del comercio internacional.

Destaca en mi memoria, sobre este recorrido, la preparación del proyecto de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas vigente que, junto con el presidente del Indecopi, Jaime Thorne León, dirigimos y sustentamos ante la Presidencia del Consejo de Ministros hasta lograr su aprobación en 2008, así como también la Ley de Represión de la Competencia Desleal y la Ley de Organización y Funciones del Indecopi, actualmente vigentes. En este equipo de trabajo nos acompañaron destacados profesionales. Como asesor legal de la Comunidad Andina, participé en la resolución de diferentes procedimientos vinculados a la Decisión 608, destacando un emblemático caso (Ponce Villacís contra Ecuador) que contribuyó a motivar la designación de la primera autoridad nacional de defensa de la competencia de este Estado miembro de la Comunidad Andina. Como Defensor del Inversionista, pude también contribuir con el desarrollo de una regulación del mercado de valores con especial enfoque en las necesidades de las personas. Todo ello y las experiencias cotidianas generaron en mí el interés en el tema que se expresa en esta tesis.

Capítulo 1

La política y la defensa de la competencia en el ámbito internacional

En un sistema económico de mercado la asignación de recursos dirigidos a la satisfacción de las necesidades de las personas naturales (físicas) o jurídicas (morales) ocurre, de modo predominante, mediante la realización de transacciones. Estas se producen en un contexto de interacción entre la oferta y la demanda, bajo el mecanismo coordinador del precio¹. Bajo este sistema económico, la múltiple celebración de contratos materializa jurídicamente las transacciones entre las personas, con base en el libre ejercicio de su autonomía privada.

¹ “Adam Smith’s flash of genius was his recognition that the prices that emerged from voluntary transactions between buyers and sellers –for short, in a free market- could coordinate the activity of millions of people, each seeking his own interest, in such way as to make everyone better off” (Friedman, 1980, p. 13): “El destello de genialidad de Adam Smith fue su reconocimiento de que los precios que surgían de las transacciones voluntarias entre compradores y vendedores –en resumen, en un mercado libre- podían coordinar la actividad de millones de personas, cada una buscando su propio interés, de tal manera la situación de todos mejoraba” (traducción propia).

Desde otra perspectiva, se ha reconocido que “[e]n una economía de mercado el valor se mide en términos de precios y el proceso de valuación lo realizan los consumidores al gastar sus ingresos. Los consumidores se enfrentan a una amplia cantidad de bienes que pueden adquirir. El valor en dinero que le atribuyen a cada bien depende de la urgencia que los consumidores en conjunto tengan de ese bien con relación a los otros, de su capacidad de respaldar sus deseos con dinero y de las existencias del bien” (Leftwich, 1978, p. 16). En este mismo sentido, se ha señalado que: “[e]fficiency is achieved through the coordination of millions of individual decisions without centralized authority. It is not surprise that Friedman has great admiration for Smith's principle (...). It is not only that everyone looking for his own interest nevertheless contributes to the achievement of collective welfare, the reaching out of a common purpose, but that any interference with this complex system (...) the introduction of the single ‘command’ element, would be detrimental for this “finely ordered and effectively tuned system”” (Rivot, 2013, pp. 39-40): “La eficiencia se logra mediante la coordinación de millones de decisiones individuales sin una autoridad centralizada. No es de extrañar que Friedman sienta una gran admiración por el principio de Smith (...). No es solo que todo el que busque su propio interés, a pesar de todo, contribuya al logro del bienestar colectivo, el alcance de un propósito común, sino que cualquier interferencia con este sistema complejo (...) la introducción del elemento único de 'comando', sería perjudicial para este "sistema finamente ordenado y sintonizado eficazmente" (traducción propia). La excepción en un sistema económico de mercado es la fijación de tarifas a cargo del Estado, que se admite solamente en un escenario donde la competencia no sea posible ni viable, tal como ocurre en la prestación de servicios de suministro de agua potable o servicios relacionados con la infraestructura de transporte de uso público, que resultan de interés general.

Como se desarrolla más adelante, en un sistema económico de mercado (llamado también economía de mercado) se procura que exista la máxima competencia posible entre los agentes económicos que realizan transacciones. Para ello, un Estado diseña e implementa una política de competencia, con el fin de promover la eficiencia económica² en los mercados para el bienestar de los consumidores³. Ello implica fomentar, desde el ejercicio del poder público, que los procesos competitivos se desarrollen con la mayor intensidad posible. Exige también disuadir y corregir conductas empresariales que limiten o distorsionen indebidamente tales procesos competitivos.

Ocurre lo propio con la política de competencia que diseña e implementa una organización internacional, que posee atribuciones comunitarias en un espacio económico que integra mercados estatales, como es el caso de la Unión Europea (UE) o el caso de la Comunidad Andina (de la que es Estado miembro el Perú). En estos casos, también se persigue que exista la máxima competencia posible, con el fin de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores del espacio comunitario integrado que se encuentra bajo la administración de dichas organizaciones internacionales.

Para el cumplimiento de sus fines, toda política de competencia sea ésta de alcance nacional o de alcance comunitario, utiliza técnicas que implican tanto *regulación* como *desregulación*, lo que se reconoce claramente en el consenso internacional:

“La política de la competencia no sólo consiste en la aplicación de la Ley sobre la competencia, sino también en la liberalización y desregulación del comercio en interés del bienestar del consumidor. La finalidad del derecho (...) es regular comportamientos no competitivos

² Cabe considerar que “el concepto de eficiencia tal como se aplica en la ley sobre la competencia tradicionalmente abarca tres aspectos independientes. En primer lugar, la "eficiencia en la asignación de los recursos", se logra cuando los recursos escasos de una sociedad se asignan a la producción de bienes y servicios más deseados por los consumidores. Esto exige que, desde una perspectiva social, el precio sea igual a los costos marginales de producción y distribución. La "productividad" se alcanza cuando se producen bienes utilizando la combinación más rentable de recursos productivos disponibles con arreglo a la tecnología existente. La "eficiencia dinámica" se obtiene mediante la invención, el desarrollo y la difusión óptima de nuevos productos y procesos productivos.” (OMC, 1999, p. 7).

³ “Cuando se considere que el bienestar del consumidor es el objetivo principal de la política de competencia, dicho enfoque será diferente del basado en la eficiencia "pura", en que se ponderará la eficiencia en la medida en que exista una expectativa razonable de que sus beneficios recaigan finalmente en los consumidores y no sean retenidos por los productores” (OMC, 1999, p. 7).

por empresas, en tanto que con la desregulación se persigue reducir al mínimo la intervención del gobierno que produzca la desorganización del mercado” (UNCTAD, 2001, p. 3).

Este entendimiento revela que, por un lado, cualquier acto de poder público que restrinja, limite o impida el libre comercio, en el fondo, restringe también la libre competencia, y estará afectando el bienestar que el libre comercio es capaz de generar en los consumidores y la sociedad en general; mientras que, por otro lado, cualquier agente económico (desde un plano privado o desde un plano público empresarial) que restrinja, limite o impida la libre competencia estará afectando ese mismo bienestar, perjudicando a los consumidores y a la sociedad en general.

Por ello, la política de competencia incluye tanto el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como también la liberalización y la desregulación del comercio interno y externo. Esta tesis se centra en el primer componente, que se encuentra conformado por las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, en este primer capítulo, se analiza, desde el contexto internacional, lo esencial de la liberalización y la desregulación del comercio, como parte de los elementos esenciales de la política de competencia, que delinean la defensa de la competencia en la Comunidad Andina y el Perú.

1.1. Contenido estándar de las normas de defensa de la competencia

Las normas de defensa de la competencia son instauradas por un Estado en su jurisdicción o por una organización internacional en el espacio económico bajo su autoridad. En algunos casos, el contenido de estas normas puede estar relacionado con el cumplimiento de compromisos internacionales establecidos en acuerdos comerciales regionales (no comunitarios), denominados comúnmente tratados de libre comercio.

A continuación, desarrollamos el contenido jurídico estándar de las normas de defensa de la competencia, tomando como base las lecciones que nos entrega la experiencia comunitaria europea, que se han irradiado a Latinoamérica, por tratarse de un paradigma de alcance internacional. Asimismo, apuntamos algunos contrastes con la regulación estadounidense.

1.1.1. Objetivo y mecanismos de intervención de poder público

El objetivo de las normas de defensa de la competencia es contribuir con que exista - en el proceso competitivo- la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*⁴) (Velazco San Pedro, 2005, pp. 42-43; Ezrachi, 2018, pp. 7-8), en beneficio del interés general⁵.

Para entender este objetivo, es preciso comprender qué es el modelo de competencia perfecta y cuál es su alcance. Este modelo supone que los agentes que participan en una economía de mercado: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de toda la información necesaria sobre las ofertas de bienes y servicios disponibles y su calidad, lo que les permite asignarles un valor en el mercado; iv) poseen preferencias constantes; y, v) tienen a su disposición el mercado bienes y servicios homogéneos, que son sustitutos entre sí. El modelo de competencia perfecta supone también, como parte de su definición teórica, que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente económico desarrolle cualquier actividad empresarial y se coloque en posición de oferente o demandante en determinado mercado⁶.

⁴ Se anotan críticas a este concepto, que señalan que: “[e]l concepto de *workable competition* es importante para las autoridades, particularmente en Europa, pues les permite liberarse de la teoría económica, haciendo valer que esta no corresponde a la realidad. Utilizando esta expresión la Corte y la Comisión anuncian la adopción de reglas que les parecen adecuadas para concretar su visión de competencia. Se notará el carácter tautológico del razonamiento. La autoridad justifica sus intervenciones en nombre de la “competencia practicable”. Cuando ella debe definir esta última, recurre a sus propias decisiones: la “competencia practicable” es presentada como el tipo de competencia que parece adecuada para la sociedad europea con respecto a las decisiones tomadas por la autoridad” (Nihoul, 2005, p. 248).

⁵ Se reconoce que “(...) la competencia no es un fin en sí. Es un proceso de mercado vital que recompensa a las empresas que ofrecen precios más bajos, mayor calidad, productos nuevos y una oferta de productos más amplia. (...) La competencia también fuerza a las empresas a innovar y a reorganizar sus actividades económicas para mejorar su estructura de costes y aumentar continuamente su productividad. Con el tiempo la competencia se traduce en la aparición de productos y procesos más avanzados, expulsando del mercado a las empresas ineficaces y reasignando sus recursos productivos a nuevos competidores o a competidores más eficientes. Siempre que esté respaldado por mecanismos adecuados para promover la adaptabilidad de los trabajadores y las empresas, este proceso de adaptación estructural permanente redundará a largo plazo en una mayor prosperidad. (...) Las empresas que tienen competencia en su mercado están mejor preparadas para competir en el extranjero.” (Comisión UE, 2004a, pp. 3-4).

⁶ Respecto del modelo de competencia perfecta, Robert H. Frank considera que “son cuatro las condiciones que definen la existencia de un mercado perfectamente competitivo (...) 1. Las empresas venden un producto estandarizado. (...) 2. Las empresas son precio aceptantes. (...) 3. Los factores de producción son perfectamente móviles a largo plazo. (...) 4. Las empresas y los consumidores tienen información perfecta.” (Frank, 1992, pp. 378-379). A estas cuatro, un sector de la doctrina agrega una

Bajo este modelo, cualquier oferente de bienes o servicios que procure realizar transacciones en el mercado intentando alejarse de una posición de equilibrio, sea por distanciarse de los precios (al subirlos) o de la calidad (al disminuirla), que son determinados por la interacción entre la oferta y la demanda, es disciplinado por la dinámica de tal interacción y no resulta elegido por los demandantes de bienes y servicios para realizar transacciones. Se entiende que este modelo viabiliza la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, quienes así pueden adquirir productos a mejores combinaciones de precio y calidad, debido a que cuentan con alternativas para elegir y a que existe tensión competitiva entre quienes desean venderles bienes o prestarles servicios⁷ (Nihoul, 2005, p. 21; Witker, 2000, p. 26).

Como es ampliamente entendido, el modelo de competencia perfecta tiene una existencia teórica y no se materializa exactamente en la realidad de los mercados. Cada mercado siempre mantiene una distancia, mayor o menor, con los supuestos de este modelo. Sin embargo, mientras la realidad se acerque más a este modelo, en determinado mercado, los agentes económicos concurrentes en el mismo se verán inmersos en una contienda competitiva más intensa. Si son oferentes, deberán mejorar los elementos que conforman su oferta, aumentando la calidad o disminuyendo los precios para lograr la preferencia de los demandantes de bienes y servicios. Si se trata de agentes económicos demandantes, deberán mejorar las condiciones que conforman su demanda, lo que puede implicar el aumento de los precios que están dispuestos a pagar, el adelanto de la oportunidad del pago o su acercamiento al punto de venta o de prestación por parte del vendedor, entre otros, para lograr la adquisición de los bienes y servicios que necesitan y que gocen de una condición de escasez⁸ en determinado mercado.

quinta consistente en que el mercado debe estar compuesto por un gran número de pequeños productores (Arnold, 2001, p. 501).

⁷ A tales beneficios, desde algunas perspectivas, se agrega una mayor innovación, igualdad de riquezas, bienestar e iniciativa privada y una democracia más fuerte, producto de la dispersión del poder económico (Stucke, 2013, 165-166).

⁸ En torno al entendimiento de la escasez, resulta revelador que esta “no significa una pequeña cantidad sino que denota una relación entre aspiraciones y disponibilidades. Hay millones de kilómetros cuadrados de tierra fértil en la superficie de la Tierra, y sin embargo, la tierra fértil es escasa: no hay suficiente para tantos como los que aspiran a cultivarla.” (Lindblom, 2000, p. 47).

En consecuencia, reconociendo que existe una distancia entre la competencia perfecta como modelo teórico y la realidad de cada mercado, tal como indicamos previamente, el objetivo de las normas de defensa de la competencia –junto con otras medidas que conforman la política de competencia– es contribuir con que exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*). Ello, bajo el convencimiento de que el bienestar del ciudadano, en su dimensión de consumidor, de su grupo familiar y de la sociedad en su conjunto, tiene como una de sus causas fundamentales la eficiencia que se deriva de una intensa competencia⁹, lo cual beneficia el interés general.

Para contribuir con el objetivo de que exista la máxima competencia posible en los mercados, el poder público utiliza diferentes técnicas normativas y de actuación para la defensa de la competencia. Así, en el estándar internacional, se presentan dos tipos de mecanismos o modelos de intervención del poder público¹⁰:

- i) *Control de conductas*, mediante el cual se reciben peticiones y/o se despliegan actos de supervisión para detectar prácticas prohibidas que, realizadas por agentes económicos, afectan la competencia efectiva en el mercado. Como consecuencia de este control, se pueden aplicar medidas

⁹ No resulta sencillo asignarle un único objetivo a la política de competencia que implementa un Estado o una Organización Internacional pues, dependiendo de los valores imperantes y el contexto de cada espacio económico, estos pueden variar. Al respecto, “[e]n algunos países, como el Canadá y Nueva Zelanda, el objetivo primordial es (...) mantener y promover la competencia, insistiendo en la promoción de la eficiencia económica. En otras jurisdicciones, como en el Reino Unido, se destaca el “interés público”, un concepto más amplio que el de la simple competencia. En los Estados Unidos, la aplicación de las leyes sobre competencia se centra cada vez más en el bienestar del consumidor y en la eficiencia económica. Sin embargo, esto no ha sido siempre así. Cuando se promulgó la Ley Sherman en 1890 (y durante gran parte del siglo XX) había una clara preferencia por el “pluralismo”, en términos de difusión del poder económico. Había también la tendencia a proteger a las pequeñas empresas y a las economías locales. En la Unión Europea, la prioridad se da a la integración económica o de mercado y a impedir el dominio de las grandes empresas. En Alemania, al igual que en algunos otros Estados miembros de la Unión Europea, mantener o garantizar la libertad de acción individual y la libertad económica se consideran objetivos importantes de la legislación sobre competencia.” (Khemani, 2002, pp. 8-9). Se agrega que, a diferencia del modelo estadounidense, el modelo de la Unión Europea tiene un objetivo no económico, que es el de la integración europea, junto con el establecimiento de un mercado único (Bradford et al., 2019, p. 8).

¹⁰ La doctrina latinoamericana reconoce que: “[e]xisten dos modos generales de llevar a cabo la defensa de la competencia (...) [l]a política de comportamiento es la forma más tradicional, y consiste en una serie de procedimientos de tipo jurisdiccional por los cuales se sancionan acciones pasadas o presentes llevadas a cabo por algún agente económico en violación de ciertas normas (...). [y] La política estructural, en cambio, es un modo de hacer defensa de la competencia antes de que se produzcan las acciones consideradas nocivas, y consiste en (...) procedimientos de autorización y control de las operaciones de fusión y adquisición de empresas que buscan influir en la concentración de los mercados (...).” (contenido de corchetes añadido) (Coloma, 2003, p. 14).

correctivas y sanciones¹¹ sobre las conductas anticompetitivas. Estas conductas pueden calificar como abusos de posición de dominio o prácticas monopólicas, dependiendo de la tradición jurídica de que se trate (Cabanellas De las Cuevas, 2005a, pp. 177-178); o, pueden calificar como conductas colusorias (horizontales o verticales). Este control puede tener como consecuencia, directa o derivada, la evaluación y eventual determinación de medidas indemnizatorias en favor de los consumidores u otros agentes económicos que resulten perjudicados por las conductas declaradas como anticompetitivas.

- ii) *Control de estructuras*, mediante el cual se analizan y, eventualmente, se pueden condicionar, prohibir o escindir las concentraciones empresariales (generadas por una fusión, adquisición o constitución de empresa en común o de *joint venture*, entre otros) que, por sus circunstancias concretas, pudieran afectar significativamente la competencia efectiva en el mercado y, en consecuencia, el bienestar de los consumidores (Nihoul, 2005, pp. 276-277; Neumann, 2015, p. 48).

Estos mecanismos de intervención del poder público claramente limitan, en alguna medida, el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratación que corresponde a los sujetos de derecho que actúan como agentes económicos. Las limitaciones a la libertad que imponen el *control de conductas* y el *control de estructuras*, bajo un Estado de derecho, deben guardar necesidad, idoneidad y proporcionalidad para lograr justificación en el ordenamiento jurídico correspondiente¹².

¹¹ Desde el ámbito administrativo, “[p]or sanción entendemos un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de multa”. (García de Enterría y Fernández, 1993, p. 163). En esta línea, se afirma que “estamos ante el ejercicio de potestades “punitivas” por parte del poder público estatal, que es el ejercido por los jueces cuando castigan las conductas consideradas como delictivas, y por la Administración cuando castiga las que son consideradas como infracciones (Baca, 2018, p. 316).

¹² Coincidimos en que “[n]o se concibe (...) libertad de empresa sin el componente concurrencial. No se trata de conseguir un comercio competitivo y una industria que no lo sea. Industria y comercio han de conseguir estar en condiciones de competir en los mercados nacionales, comunitarios e internacionales. Y para ello han de someterse, estructuralmente, a las normas de competencia, a la concurrencia; (...) el derecho de la competencia afecta a la empresa (...) sea cual sea el sector económico sobre el que actúe.” (Soriano, 1998, p. 239).

Las normas de defensa de la competencia contribuyen con el ordenamiento del mercado y el aseguramiento de la contienda empresarial desde la actividad de policía que se encuentra a cargo del poder público. Esta actividad “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos” (Ariño, 2004, pp. 332-337). Bajo este entendimiento, el *control de conductas* y el *control de estructuras* tienen el propósito de evitar que el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa o la libertad de contratación, por parte de los agentes económicos, limite o distorsione indebidamente la intensidad del proceso competitivo que se exige para el adecuado funcionamiento de los mercados.

1.1.2. Control de conductas

Este control se desarrolla mediante la recepción de peticiones y/o a través de acciones de supervisión por parte de la autoridad nacional o comunitaria que se encuentre a cargo de la defensa de la competencia. Implica la realización de actividades de investigación y, dependiendo del caso, la tramitación de procesos administrativos o judiciales que pueden derivar en la imposición de medidas correctivas, sanciones y/o medidas indemnizatorias ante la realización de conductas anticompetitivas.

1.1.2.1. El abuso de posición de dominio

Se trata de una conducta económica unilateral que se encuentra prohibida debido a que afecta el eficaz funcionamiento del proceso competitivo. Se califica como una conducta anticompetitiva abusiva, bajo el estándar de la tradición jurídica continental, debido a que se considera que constituye el ejercicio indebido de poder en el mercado con base en una posición de dominio.

A) La posición de dominio en un mercado relevante o de referencia

Esta posición, que es un elemento esencial de esta conducta prohibida, es definida en el marco del proceso de integración europeo de la siguiente manera:

“En el marco de la política de competencia comunitaria, posición dominante es la que permite a una empresa o grupo de empresas comportarse con relativa independencia respecto de sus competidores, clientes y, en último término, de sus consumidores.¹³ Tal situación se produce, por lo general, cuando una empresa o grupo de empresas controlan una parte importante de la oferta en un mercado determinado, siempre que los demás factores analizados en la valoración (barreras a la entrada, capacidad de reacción de los clientes, etc.) apunten en la misma dirección” (Comisión de la UE, 1997).

Así, un agente económico se encuentra en una posición de dominio si, por determinada causa, no ve limitada o condicionada su conducta por la interacción con otros agentes en el proceso competitivo, en determinado mercado. Así, por ejemplo, una empresa que ostenta una posición de dominio no tiene que disminuir necesariamente sus precios de venta si sus competidores lo hacen; o, no tiene que pagar más por los insumos que adquiere, aunque sus competidores en la adquisición decidieran pagar mayores precios por dichos insumos¹⁴. Una posición de dominio en determinado mercado puede fundamentarse en la capacidad instalada de la empresa, su participación de mercado o en la existencia de barreras que impiden o dificultan el acceso de potenciales competidores, entre otros factores.

¹³ Definición del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia de 13 de febrero de 1979 en el asunto 85/76 Hoffmann-La Roche (...) (Nota original procedente del texto citado). Esta consideración se ha reiterado en la jurisprudencia europea, al estimarse que el TFUE “prohíbe, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una empresa, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, es decir, una situación de poder económico por parte de una empresa que le permita impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante, otorgándole la posibilidad de obrar en buena medida de forma independiente con respecto a sus competidores, sus clientes y, en última instancia, los consumidores en general” (Sentencia TJUE emitida en el asunto 322/81 Michelin).

En este mismo sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado recientemente que “el artículo 102 TFUE prohíbe, 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 interior o en una parte sustancial de este. Por tanto, sobre la empresa que ocupa una posición dominante recae una responsabilidad especial, la de no perjudicar, con su conducta, a la competencia efectiva y no falseada en el mercado interior” (Sentencia del TJUE emitida en el asunto C-152/19 Deutsche Telekom).

¹⁴ La doctrina reconoce que “el poder de mercado puede también expresarse como la diferencia entre el precio que una empresa percibe en un mercado y el precio que existiría en tal mercado en condiciones de competencia perfecta (...)” (Cabanelas de las Cuevas, 2005a, p. 165).

La existencia una posición de dominio se evalúa y determina necesariamente en relación con un mercado relevante o de referencia, el cual se configura sobre un bien o servicio (mercado de producto). Se evalúa y determina necesariamente también sobre un escenario geográfico, que es el espacio sobre el cual se produce dicho dominio (mercado geográfico). En consecuencia, para determinar el mercado relevante o de referencia se debe analizar tanto el mercado de producto como el mercado geográfico, y ello define el alcance objetivo de una (posible) posición de dominio. Así, reiteradamente, en el proceso de integración europeo se ha entendido que el mercado relevante o de referencia “se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”¹⁵. (Comisión de la UE, 1997).

Desde esta perspectiva, el mercado de producto se encuentra constituido por “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos” (Comisión de la UE, 1997). La jurisprudencia europea ha señalado sobre el mercado de producto que “el concepto de mercado relevante implica, en efecto, que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos que forman parte de un mismo mercado”¹⁶ (Sentencia TJUE emitida en el asunto 85/76 Hoffman - La Roche).

¹⁵ En este sentido, se señala que “As the Commission’s Notice makes clear, the relevant market has two dimensions, namely relevant product market and relevant geographic market. The goal is to determine the set of producers no matter where production occurs to whom customers can practically turn for supply if some target set of firms attempted to raise price by a small but non-trivial and non-transitory amount. Although the Commission issued the Notice, a definition of the relevant market has to be made on a case to case basis” (Nguyen, 2012, p. 13): “Como deja claro la Comunicación de la Comisión, el mercado relevante tiene dos dimensiones, a saber, el mercado de producto relevante y el mercado geográfico relevante. El objetivo es determinar el conjunto de productores, sin importar dónde se produzca la producción, a quienes los clientes pueden acudir prácticamente en busca de suministro si algún grupo objetivo de empresas intentara aumentar el precio en una cantidad pequeña pero no trivial y no transitoria. Aunque la Comisión emitió la Comunicación, se debe realizar una definición del mercado relevante caso por caso” (traducción propia).

¹⁶ También se ha señalado que: “El concepto de mercado de referencia implica que pueda existir una competencia efectiva entre los productos que forman parte del mismo, lo que supone un grado suficiente de intercambiabilidad, a efectos del mismo uso, entre todos los productos o servicios que forman parte de un mismo mercado. La intercambiabilidad o la sustituibilidad no se aprecian únicamente en relación con las características objetivas de los productos y servicios relevantes. Es preciso, asimismo, tomar en consideración las condiciones de competencia y la estructura de la oferta y la demanda en el mercado” (Sentencia del TJUE emitida en el asunto C-179/16 Hoffman-La Roche).

Por su parte, los lineamientos aplicables en Estados Unidos de Norteamérica en esta materia indican que el mercado de producto se construye bajo un modelo de suposición –con constatación empírica– estimando cómo se comportaría el mercado si un monopolista, que maximiza beneficios, fuera el único oferente de los productos que se proponen como base del análisis, y este decide aumentar “mínima pero significativamente” –y no transitoriamente– el precio de dichos productos. Si con dicho aumento hipotético, digamos en un cinco por ciento, los demandantes de dicho producto no migraran al consumo de otros productos, se cierra la determinación del mercado de producto. Sin embargo, si es que sí migraran al consumo de otros productos, estos se incorporan en el mercado relevante del producto, repitiéndose nuevamente el ejercicio hasta que no se produzca migración de consumo alguna¹⁷.

Por su parte, el mercado geográfico de referencia es determinado por el espacio en que los agentes económicos ofrecen o demandan el producto sobre el cual se determinó el mercado de referencia previamente, considerando cuando sea pertinente los costos de

¹⁷ En el *Horizontal Merger Guidelines*, se señalan como lineamientos para determinar el mercado de producto, cuando el oferente no diferencia precio entre los demandantes del producto, los siguientes: “Absent price discrimination, the Agency will delineate the product market to be a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products (“monopolist”) likely would impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price. That is, assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would prove to be too narrow.” (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission 1997). “En ausencia de discriminación de precios, la Agencia delimitará el mercado de productos como un producto o grupo de productos de manera que una empresa hipotética de maximización de beneficios que fuera el único vendedor presente y futuro de esos productos (“monopolista”) probablemente impondría al menos un aumento de precio “pequeño pero significativo y no transitorio”. Es decir, suponiendo que los compradores probablemente responderían a un aumento en el precio de un grupo de productos identificado tentativamente solo cambiando a otros productos, ¿qué sucedería? Si las alternativas fueran, en conjunto, lo suficientemente atractivas en sus condiciones de venta existentes, un intento de aumentar los precios daría como resultado una reducción de las ventas lo suficientemente grande como para que el aumento de precios no resultara rentable, y el grupo de productos identificado tentativamente resultaría ser demasiado estrecho” (traducción propia). Sin embargo, el *Horizontal Merger Guidelines* establece cuando el oferente es eficiente en diferenciar los precios a sus demandantes y puede hacerlo: “A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist. (...) The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price.” (U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission 1997): “Se aplica un análisis diferente cuando la discriminación de precios sería rentable para un monopolista hipotético. (...) La Agencia considerará mercados de productos relevantes adicionales que consistan en un uso o usos particulares por parte de grupos de compradores del producto para los cuales un monopolista hipotético impondría de manera rentable y por separado al menos un aumento de precio “pequeño pero significativo y no transitorio” (traducción propia).

transporte y/o de disponibilidad de los bienes o servicios bajo análisis¹⁸ (Posner, 1998, pp. 326-327). En el proceso de integración europeo se considera como mercado geográfico de referencia “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas debido, en particular, a que las condiciones de competencia en ella prevaecientes son sensiblemente distintas a aquéllas” (Comisión de la UE, 1997).

Bajo el modelo continental europeo, no se prohíbe ni se sanciona la posición misma de dominio en un mercado de referencia¹⁹. Tampoco se prohíbe ni se sanciona una posición dominante aun cuando esta sea de naturaleza monopólica²⁰. Este entendimiento normativo se expresa también en el proceso andino de integración.

¹⁸ Sobre este punto, se agrega que para definir el mercado geográfico la autoridad partirá de un hipotético y pequeño, pero significativo y no transitorio aumento en el precio de los productos ofrecidos por el agente económico analizado, de modo que: “if the firm’s profits are ultimately adversely affected by the price increase, the geographic market is too narrow. Consequently, a broader geographic market can be defined by including that region from which competition is most likely to originate following the price increase. The thought experiment is repeated and other regions are added until a broad enough geographic market has been defined in which the firm under investigation could raise prices on a profitable and sustainable basis” (Boshoff, 2013, p. 8). “Si los beneficios de la empresa se ven afectados negativamente en última instancia por el aumento de precios, el mercado geográfico es demasiado estrecho. En consecuencia, se puede definir un mercado geográfico más amplio al incluir la región de la que es más probable que se origine la competencia tras el aumento de precios. El experimento mental se repite y se agregan otras regiones hasta que se haya definido un mercado geográfico lo suficientemente amplio en el que la empresa bajo investigación podría aumentar los precios de manera rentable y sostenible.” (traducción propia).

¹⁹ Se reconoce que los orígenes de la figura del abuso de la posición de dominio que se determina en el proceso de integración europeo, “se encuentran en la legislación de varios países europeos. En el caso de Alemania, desde principios de siglo fueron utilizadas las normas del Código Civil relativas al abuso de derecho, juntamente con las específicamente dirigidas a la regulación de la competencia, con el fin de desarrollar una línea jurisprudencial limitativa del llamado “abuso de monopolio. (...) También en la legislación belga y en la holandesa se encuentran antecedentes de la regulación del abuso de posición dominante. Sin embargo, el antecedente directo de las normas incluidas en el Tratado de Roma puede encontrarse en el artículo 66 del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero, en el cual se advierte claramente la tendencia a enfocar el problema de los monopolios a través del ejercicio del poder de mercado resultante y no mediante la prohibición de su formación y existencia.” (Cabanellas de las Cuevas, 2005b, p. 178)

²⁰ Al respecto, se ha señalado que “la existencia de una empresa que ocupe una posición de dominante en el mercado, o incluso sea un monopolio en dicho mercado, no tiene por qué constituir un problema, siempre que ese monopolio no haya sido creado con la ayuda del sector público y exista la libertad de entrada y de comercio internacional. En las propias palabras de Hayek: “lo que queremos no es competencia universal, sino *posibilidad* universal de competencia” (...)” (Cabrillo, 2005, pp. 24-25).

B) La conducta abusiva

El abuso de posición de dominio como conducta prohibida, desde la determinación comunitaria europea, que resulta emblemática en el diseño y entendimiento de esta conducta en el estándar internacional, entre otros, puede consistir en: i) la imposición directa o indirecta de precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; ii) la limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; iii) la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva; o, iv) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Estas conductas se plantean en el catálogo de prohibiciones de las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea establecidas por el derecho originario. Califican como conductas prohibidas en tanto, configuren una explotación abusiva que, desde una posición de dominio, sea capaz de afectar al comercio entre sus Estados miembros²¹.

Desde la jurisprudencia europea, que es referencia en el estándar internacional, se ha precisado que el comportamiento abusivo puede producir efectos que afecten la competencia tanto en el mercado relevante donde una empresa ejerce dominio como en un mercado distinto, pero vinculado a dicho mercado, si es que así se evidencia de las circunstancias especiales del caso y considerando la conexidad de ambos mercados (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-333/94 P Tetra Pak). Además, se ha precisado que, una vez que se verifica que una empresa ostenta posición de dominio, el abuso de tal posición puede ocurrir “sin que, en principio, sea pertinente a este respecto el grado de dominio del mercado de que se trate”, considerando que “la posición dominante (...) atañe a una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia efectiva en el mercado de referencia, confiriéndole la posibilidad de comportarse con un grado apreciable de independencia frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera Sverige AB).

²¹ Cfr. Artículo 102º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Conviene en este punto, contrastar el enfoque normativo del proceso de integración europeo, que es seguido por el proceso de integración andino en relación con el abuso de posición de dominio, con el enfoque de las normas de defensa de la competencia de Estados Unidos de Norteamérica, donde se evidencia que:

“[U]na vez lograda una posición monopólica, dicha legislación no se reserva sus prohibiciones para aquellos supuestos en que ella sea utilizada de forma abusiva o inconveniente para los consumidores o el interés económico general, sino que interviene para disolver estructuras monopolísticas aun cuando ellas sean benignas o hasta beneficiosas para el sector considerado. Resulta, por lo tanto, inconveniente utilizar las decisiones y reglas desarrolladas bajo la legislación antitrust de los Estados Unidos para analizar los límites y efectos de las normas sancionatorias de los abusos de posición dominante que suponen un enfoque radicalmente distinto (...).” (Cabanellas de las Cuevas, 2005b, pp. 177 – 178).

1.1.2.2. Las conductas colusorias

Se trata de conductas económicas prohibidas que requieren de la participación concertada de más de un agente económico para afectar el eficaz funcionamiento del proceso competitivo.

Estas conductas colusorias prohibidas, desde la determinación comunitaria europea, que también resulta emblemática en el diseño y entendimiento de estas conductas en el estándar internacional, entre otros, pueden consistir en: i) la fijación directa o indirecta de los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; ii) la limitación o el control de la producción, del mercado, del desarrollo técnico o de las inversiones, iii) el reparto de los mercados o de las fuentes de abastecimiento; iv) la aplicación a terceros contratantes de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que les ocasionen una desventaja competitiva; o, v) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

Estas conductas se plantean en el catálogo de prohibiciones de las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea establecidas por el derecho originario y pueden concretarse en acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de

empresas o prácticas concertadas²². Califican como conductas prohibidas en tanto sean capaces de afectar al comercio entre sus Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia²³. Las conductas colusorias entre empresas que concurren en el mercado pueden desarrollarse bajo una modalidad horizontal o una modalidad vertical, conforme desarrollamos a continuación.

A) La conducta colusoria horizontal

Esta conducta ocurre entre agentes económicos que, siendo competidores, tienen el deber de competir, pues se trata de empresas que ofrecen (o demandan) en el mercado bienes o servicios idénticos, similares o sustitutos.

Conviene recordar que es de interés general que exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*) en cada mercado. Por ello, el hecho de que los competidores en un mercado confluyan voluntades para dejar de competir, sea fijando precios u otras condiciones; o, repartiéndose mercados o fuentes de abastecimiento, resulta opuesto a lo que se exige para el adecuado funcionamiento del proceso competitivo. Ello pues se trata de un alejamiento intolerable del modelo de competencia perfecta, que propone la existencia de una pluralidad de oferentes de bienes y servicios que actúan independientemente en el mercado, y no que los agentes económicos diferentes y competidores actúen como si fueran un mismo agente económico, cuando no lo son.

En línea de lo antes señalado, los efectos nocivos para el interés general que genera una conducta colusoria horizontal anticompetitiva son opuestos a los beneficios que genera el mayor acercamiento posible al modelo de competencia perfecta:

²² Las conductas colusorias pueden desarrollarse a través de acuerdos entre empresas, prácticas concertadas o decisiones de asociaciones de empresas, tal como evidencia la experiencia europea. Queda claro que, cuando el TFUE distingue estas conductas colusorias prohibidas “lo hace con objeto de someter a las prohibiciones de esta disposición diferentes formas de coordinación y de colusión entre empresas” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-49/92 P Comisión v. Anic). Adicionalmente, como especificación, el Tribunal ha señalado que “el concepto de «práctica concertada», en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, se refiere a una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-609/13 P Duravit AG).

²³ Cfr. Artículo 101º del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

“En un mercado con información perfecta y ausencia de externalidades, en el que concurren numerosos oferentes, ninguno con capacidad de comportamiento independiente, la rivalidad empresarial conduce a una asignación eficiente de recursos. El bien se produce al menor coste y el consumidor lo compra al precio más bajo posible.

Un cártel es un acuerdo entre competidores por el que se adopta algún tipo de compromiso –ya sea de fijación directa de precios, limitación de la producción o de reparto de mercados²⁴– para que los precios se sitúen por encima de los niveles que alcanzaría en condiciones de competencia.

Se trata de un acuerdo que no comporta eficiencias productivas, sino todo lo contrario.” (Jiménez Latorre, 2005, p. 129).

Así también, dice la doctrina europea que: “las conductas restrictivas como los *cárteles* y otras formas de concertación entre empresas (...) entrarían dentro de lo que se conoce como *fallos de mercado*, que obstaculizan su correcto funcionamiento como mecanismo de asignación eficiente de recursos escasos. En este contexto, la normativa *antitrust* tendría la función de corregir o, al menos, paliar esos fallos de manera que se asegure la eficiencia asignativa del mercado” (Velasco San Pedro, 2005, pp. 42-43).

En consecuencia, sería insólito que las conductas colusorias horizontales, desde la expresión de *cárteles*, provoquen eficiencias en una economía social de mercado, pues, por el contrario, suelen afectar los niveles de bienestar social. Así, incrementan precios, restringen la oferta o la innovación y la variedad de bienes y servicios a disposición del consumidor²⁵. Sin embargo, tal como se reconoce en el sistema europeo, es posible que algunos acuerdos entre competidores presenten eficiencias que podrían eximirlos de las sanciones que recaen, de ordinario, sobre las conductas capaces de afectar la competencia efectiva (Creus y Amador, 2005. p. 753).

²⁴ Definición tomada de OCDE, ver dos fuentes: <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf> y [http://www.oilis.oecd.org/oilis/2003doc.nsf/0/348e14fe884f67a0c1256cfc0027dacc/\\$FILE/JT00141963.DOC](http://www.oilis.oecd.org/oilis/2003doc.nsf/0/348e14fe884f67a0c1256cfc0027dacc/$FILE/JT00141963.DOC) (Nota original procedente del texto citado).

²⁵ Es preciso indicar que los *cárteles* requieren de ciertas condiciones de estabilidad, en menor o mayor medida, para su efectivo funcionamiento. Así, reconoce la doctrina que: “(...) la estabilidad de un acuerdo viene determinada por los siguientes dos elementos: estabilidad interna o capacidad para castigar desviaciones, determinada por: 1) la habilidad de los miembros para detectar desviaciones, y 2) la existencia de un mecanismo de sanción creíble. (...) estas dos variables dependen de otras muchas. (...) el número de miembros (...) la transparencia del mercado, la frecuencia con la que las empresas se enfrentan en el mercado, la información sobre la demanda, etc. estabilidad externa o respuesta de competidores y clientes, (...) Algunas de las variables fundamentales para valorar la capacidad de respuesta de competidores y clientes son: la existencia o no de barreras a la entrada, el poder de compra de los clientes y la elasticidad de la demanda.” (Jiménez Latorre, 2005, pp. 131-132).

B) La conducta colusoria vertical

Esta conducta ocurre cuando los agentes económicos que desarrollan una concertación indebida son oferentes (o demandantes) en el mercado de bienes o servicios que no compiten, ni son similares o sustitutos entre sí, sino que se ubican en diferentes niveles de una misma cadena productiva, de distribución o de prestación de servicios (Whish, 2001, p. 537).

La principal preocupación que recae sobre la realización de conductas colusorias verticales es que –mediante determinados efectos- puedan limitar la competencia en el mercado en cuanto tabiquen, compartimenten o desagreguen mercados, erijan barreras a la entrada a nuevos distribuidores o productores, o discriminen precios; pudiendo, incluso en espacios económicos integrados, afectar o impedir la adquisición de bienes o servicios, a través del bloqueo del arbitraje de la oferta que genera el comercio bajo las llamadas “importaciones paralelas” (Velasco San Pedro, 2005, p. 44 y Echebarría, 2005, p. 106).

1.1.3. Control de estructuras

Como hemos indicado previamente, mediante este tipo de control se analizan y, eventualmente, se pueden condicionar, prohibir o escindir las concentraciones empresariales (generadas por una fusión, adquisición o constitución de empresa en común o de *joint venture*, entre otros, cuyo efecto sea una transferencia o cambio de control empresarial), siempre que, por sus circunstancias concretas, se considere que pueden afectar significativamente la competencia efectiva en el mercado y, en consecuencia, el bienestar de los consumidores (Nihoul, 2005, pp. 276-277; Neumann, 2015, p. 48).

En este sentido, bajo el *control de estructuras*, no existe ni debe existir, *a priori*, una consideración acerca de que las concentraciones empresariales sean perniciosas para el funcionamiento del mercado. En general, se aprecia que las concentraciones que realizan los agentes económicos que participan en los mismos mercados o en mercados relacionados o similares, responden a la búsqueda de eficiencias, por: i)

lograr una mejor distribución de costos en la producción o en la comercialización si se trata de una *concentración horizontal* entre competidores; o, ii) lograr beneficios por la integración, bajo un mismo control, de diferentes niveles de una cadena productiva o de comercialización, que mejore el acceso a los insumos si la integración es hacia un productor o que mejore el acceso a los clientes si la integración es hacia un distribuidor, que en ambos casos se trata de una *concentración vertical*. Al respecto, se ha determinado, en el ámbito de la experiencia europea, que:

“Una concentración puede permitir a la entidad resultante ejercer poder de mercado o, en general, restringir la competencia. Sin embargo, las concentraciones también pueden hacer posible que las empresas se hagan más eficientes, consoliden su competitividad y se ahorren costes, pudiendo así bajar los precios que aplican a los consumidores. Por lo tanto, el control de las concentraciones se centra en el reducido número de concentraciones que impiden el mantenimiento de la competencia efectiva, con vistas a tomar, en su caso, las medidas necesarias para salvaguardar el proceso competitivo” (Comisión de la UE, 2004a , pp. 6-7)²⁶.

Quienes defienden la existencia de un *control de estructuras* como mecanismo de intervención para la defensa de la competencia, afirman que solamente debieran preocupar las concentraciones de empresas capaces de reforzar una posición de dominio que, por su nivel de concentración y por la naturaleza del mercado relevante o de referencia de que se trate, genere una afectación o restricción significativa sobre la competencia efectiva, al eliminar a un concurrente (que se fusiona o se adquiere) en un contexto en el que se erigen, establecen o mantienen barreras que dificultan o impiden el acceso a nuevos competidores que generen alternativas sobre la oferta o demanda del concurrente fusionado o adquirido (Soriano Garcia, 1998, pp. 577-578). Bajo este entendimiento, las *concentraciones horizontales* son las que podrían presentar los mayores retos frente a la competencia efectiva, dado que una concentración empresarial (fusión o adquisición) implicaría la eliminación de uno o más competidores en el mercado (Areeda y Kaplow, 1998, p. 143; Shapiro, 2021, p. 19; OCDE, 2020b, p. 10).

²⁶ En esta línea, coincidimos en lo sostenido en el sentido de que “las concentraciones, aunque en determinados niveles pueden dar lugar a la formación de posiciones dominantes especialmente peligrosas para la estructura competitiva de los mercados, en la mayor parte de los casos se consideran beneficiosas al potenciar la actividad económica empresarial.” (Herrero, 2005, p. 440).

Bajo un *control de estructuras* de naturaleza previa (antes de que se produzca la concentración empresarial), la autoridad nacional o la autoridad establecida por una organización internacional en un espacio económico integrado debe evaluar las fusiones o adquisiciones empresariales cuyos efectos puedan ser relevantes para los objetivos de defensa de la competencia que su legislación le haya trazado. Luego de tal evaluación, esta autoridad puede decidir: i) autorizar la operación de concentración empresarial; ii) no autorizarla (denegarla); o, iii) autorizar la operación sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones y obligaciones.

Sin embargo, la existencia de un *control de estructuras* no implica que la mayoría de las concentraciones de empresas, que se analizan, se vayan a impedir o condicionar, sino que, en los casos en que determinada concentración sea capaz de afectar significativamente la competencia efectiva, corresponderá establecer las condiciones específicas (medidas) que aseguren el adecuado funcionamiento del proceso competitivo por eficiencia en determinado mercado.

Asimismo, quienes defienden la existencia de un *control de estructuras* como mecanismo de intervención para la defensa de la competencia postulan que una de las funciones de este control es evitar que empresas competidoras, que conocen que concertar precios se encuentra prohibido y es sancionado, tengan el incentivo para concentrarse con el fin de eludir el *control de conductas* anticompetitivas. Afirman sospechar que esta fue una de las razones por las cuales, en la experiencia estadounidense, luego de algunos años de la vigencia de la Sherman Act, se instituyó la Clayton Act con el objetivo de evitar las concentraciones de efecto anticompetitivo, luego de un periodo en el que la vigencia de la Sherman Act habría generado incentivos a favor de las concentraciones²⁷.

²⁷ Al respecto, se ha considerado:

“Note that the Sherman Act covers price fixing and market sharing agreements between independent firms, as well as monopolization practices by individual companies, but not mergers (which were legal unless formed with the intention to monopolize the market using unfair methods of competition). Therefore, firms wishing to coordinate prices had the option of merging into a single firm and, by so doing, they put themselves beyond the reach of the Sherman Act. The *Clayton Act* of 1914 was therefore introduced to extend anti-trust legislation to cover mergers capable of reducing competition; it was probably the Sherman Act itself that led to a sharp increase in the number of mergers in the US. (...) The merger boom reached its climax between 1899 and 1902, after the Supreme Court had indicated by its rulings in the *Trans-Missouri Freight Rate Association* case (1897), the *Joint Traffic Association* case (1889), and the *Addyston Pipe and Steel* case (1899) that cartels carried on through trade associations were vulnerable under the Sherman Act (Chandler, 1990: 75, footnote omitted).

1.1.4. Fundamentos de la cooperación y la cortesía internacional

Cuando el impacto de una conducta colusoria horizontal o vertical, o la realización de una fusión o adquisición empresarial generan un efecto que trasciende a una jurisdicción, su control, de conductas o de estructuras, respectivamente, puede merecer la preocupación y la ocupación de más de una autoridad de defensa de la competencia. La cooperación internacional para la aplicación de las normas de defensa de la competencia se desarrolla desde la aplicación la cortesía (*comity*) en el marco del derecho internacional, concepto que, siendo amplio, puede tener algunos contornos que corresponde delimitar en función a la rama del derecho que ocupa su funcionamiento.

De manera general, se ha llegado a entender que la cortesía implica una deferencia recíproca discrecional, mediante la cual un Estado cede a la ley y las reglas (o disposiciones sobre disputas) de otro porque este tiene un mayor interés y, por tanto, una mayor vinculación con la situación que es objeto de la aplicación del Derecho (Fox, 2010, p. 268). Es decir, la cortesía genera que un Estado o una organización internacional deje de lado la aplicación de su Derecho para aplicar –de diferentes maneras e intensidades– el Derecho de otro sujeto de derecho internacional, con el fin de proteger intereses legítimos de este. Evidentemente, ello implica que cuando haya una situación equiparable, el sujeto de derecho internacional al que favoreció la

The Clayton Act also explicitly forbids other practices, such as price discrimination, which lessens competition and interlocking directorates among competing firms. (...)” (Motta 2004: 5).

“Téngase en cuenta que la Ley Sherman cubre la fijación de precios y los acuerdos de reparto del mercado entre empresas independientes, así como las prácticas de monopolización de empresas individuales, pero no las fusiones (que eran legales a menos que se formaran con la intención de monopolizar el mercado utilizando métodos de competencia desleales). Por lo tanto, las empresas que deseaban coordinar los precios tenían la opción de fusionarse en una sola empresa y, al hacerlo, se colocaban fuera del alcance de la Ley Sherman. Por tanto, se introdujo la Ley Clayton de 1914 para ampliar la legislación antimonopolio a las fusiones capaces de reducir la competencia; probablemente fue la propia Ley Sherman la que condujo a un fuerte aumento del número de fusiones en Estados Unidos.

(...) El auge de las fusiones alcanzó su clímax entre 1899 y 1902, después de que la Corte Suprema indicara en sus fallos en el caso *Trans-Missouri Freight Rate Association* (1897), el caso *Joint Traffic Association* (1889) y el caso *Addyston Pipe and Steel* (1899) que los cárteles operados a través de asociaciones comerciales eran vulnerables a las provisiones de la Ley Sherman (Chandler, 1990: 75, nota al pie omitida).

La Ley Clayton también prohíbe explícitamente otras prácticas como la discriminación de precios, que reduce la competencia y los directorios entrelazados entre empresas competidoras. (...)” (traducción propia).

aplicación de la cortesía deberá, recíprocamente, hacer lo propio, cuando ello corresponda.

La cortesía puede ser entendida también como un acto pasivo de reconocimiento con la finalidad de permitir, en la propia jurisdicción, actos legislativos, ejecutivos o judiciales emitidos en otra jurisdicción (Slaughter, 2004, p. 250). La cortesía, al permitir una aplicación extraterritorial de una norma, debe ser analizada siempre caso por caso (Avi-Yonah, 2003, p. 12). Asimismo, su naturaleza recíproca hace necesario entenderla como un concepto que debe ser validado de Estado a Estado (Fox, 2010, p. 269). Es decir, sus límites y aplicación se determinan en función de las interacciones de los sujetos de derecho internacional interesados en aplicarla, por lo que suele encontrarse regulada en instrumentos de derecho internacional, tal como son los tratados.

La cortesía es una institución jurídica que puede ser utilizada para aumentar el rol de las políticas públicas y la política internacional sobre los tribunales o las autoridades de competencia (Worster, 2008, p. 123); o, también para orientar de estos tribunales o autoridades hacia determinada actuación específica (Schultz y Ridi, 2017, p. 586). Es decir, en el ámbito interno, la cortesía ordena y limite a la actuación de las autoridades debido a que existen intereses y situaciones que justifican relativizar la supremacía de la legislación propia, en función al paradigma de interdependencia estatal existente en el mundo moderno.

La cortesía y la cooperación internacional que esta implica en el ámbito de la defensa de la competencia puede ser dividida, a grandes rasgos, en cortesía negativa y cortesía positiva, según los actos que se puedan realizar o condicionar en virtud de ella.

1.1.4.1. La cortesía negativa

Este tipo de cortesía en el ámbito de la defensa de la competencia tuvo como referencia determinadas actuaciones desarrolladas por tribunales de Estados Unidos de Norteamérica, que podían calificarse como extraterritoriales y dieron lugar a recomendaciones en el ámbito de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que funcionaron como un modelo para acuerdos entre Estados,

con el fin de evitar conflictos derivados de una aplicación extraterritorial de las leyes de competencia (Campbell y Rowley, 2008, pp. 299-300).

En este contexto, en el marco de la OCDE, se ha señalado que la cortesía negativa implica la consideración de una autoridad sobre cómo evitar que su legislación y la aplicación de esta dañen intereses relevantes de otro Estado u organización internacional. Ello significa reconocer que una determinada aplicación legislativa, por parte de la autoridad de competencia de una jurisdicción, puede afectar adversamente determinados intereses relevantes en otra jurisdicción y que ello puede producir daño o conflictos. Por ejemplo, diferentes autoridades de competencia podrían arribar a constataciones o resultados contradictorios después de procedimientos de investigación independientes que podrían socavar el objetivo de remediación de, al menos, una de las autoridades involucradas en jurisdicción (OCDE, 2015, p. 1).

Ello significa que la cortesía negativa persigue esencialmente estimular, en la autoridad de competencia de una jurisdicción, la consideración de los intereses de otra jurisdicción y, con base en ello, evitar causarle daños, y no necesariamente desarrollar actos específicos. Bajo la observancia de la cortesía negativa podría, incluso, considerarse la necesidad de no actuar de cierta manera para evitar el daño sobre los intereses de otro Estado u organización internacional. Es este entendimiento lo que otorga el carácter negativo a este tipo de cortesía.

El concepto queda cristalizado al entender que un Estado u organización internacional que considere que una investigación o procedimiento llevados a cabo por la autoridad de competencia de otro Estado u organización internacional, en aplicación de sus normas de defensa de la competencia, pueden perjudicar intereses importantes que le atañen, debiera estar en capacidad de transmitir sus consideraciones y opiniones sobre el asunto a la autoridad que investiga o conduce el procedimiento (OCDE, 2015). La cortesía negativa, tal como se ha explicado, se ha plasmado en acuerdos de cooperación en materia de defensa de la competencia considerados como de primera generación (Dabbah, 2010).

1.1.4.2. La cortesía positiva

En el ámbito de la defensa de la competencia, la cortesía positiva se enfoca en facilitar la aplicación cooperativa e incluso coordinada de la legislación en esta materia, por parte de diferentes autoridades de competencia, más que en evitar efectos negativos derivados de la actuación de una de estas autoridades en la jurisdicción de la otra (Slaughter, 2004, p. 252).

Uno de los orígenes de este tipo de cortesía es el Acuerdo de Cooperación en Competencia celebrado entre Estados Unidos de Norteamérica y la Comisión Europea en 1991. Este acuerdo ha sido reconocido como el primer instrumento que incluyó previsiones sobre cortesía positiva y es considerado como una de las bases para el desarrollo de las normas sobre cooperación en materia de competencia a nivel mundial (UNCTAD, 2013, p. 13).

En consideración de la OCDE, la cortesía positiva implica la consideración, por parte de la autoridad de competencia de un Estado o de una organización internacional, de la solicitud de la autoridad de otra jurisdicción para que abra o amplíe un procedimiento de vinculado a la aplicación de normas de defensa de la competencia, con el propósito de remediar una conducta anticompetitiva que afecte sustancial y negativamente los intereses de la jurisdicción del solicitante (OCDE, 1999, p. 5).

Es decir, en virtud de esta institución jurídica internacional, un Estado o una organización internacional que considere que sus intereses están siendo afectados por una conducta anticompetitiva realizada fuera de su jurisdicción (por ejemplo, en el caso de una conducta colusoria horizontal), pero que tiene efectos negativos en ella, puede solicitar a una acción a la autoridad de competencia de la jurisdicción donde se acuerda y ejecuta tal conducta colusoria. Ello puede consistir en que esta autoridad actúe iniciando un procedimiento de investigación para sancionar o corregir dicha conducta anticompetitiva; o, amplíe un procedimiento para que incluya en la investigación aspectos de la conducta colusoria que están generando daño en la jurisdicción del solicitante.

Es importante no confundir la institución jurídica de la cortesía positiva con la asistencia de una autoridad de competencia en una investigación de la autoridad de competencia de otra jurisdicción. La cortesía positiva implica que la autoridad que

recibe la solicitud inicie o amplíe un procedimiento propio de investigación, no se refiere a una simple asistencia investigativa, aunque se entiende que ciertos casos podrían plantear algunas zonas grises (OCDE, 1999).

Un aspecto distintivo de la cortesía positiva es el hecho que debe ser solicitada para ser considerada como tal. Una situación donde una autoridad de competencia de un Estado o de una organización internacional amplía o inicia un procedimiento de investigación donde se salvaguardan o atienden intereses de otra jurisdicción, sin que la autoridad de esta lo haya solicitado, no cabría dentro del concepto de cortesía positiva (OCDE, 1999). Si bien esta cortesía implica una solicitud de actividad por parte de una autoridad de competencia de un Estado o de una organización internacional a autoridad de otra jurisdicción, ello no implica necesariamente que la solicitante pierde toda capacidad de acción frente a la conducta anticompetitiva. Es perfectamente válido que, en caso la actuación de la autoridad a la que se haya remitido la solicitud no satisfaga las necesidades de jurisdicción solicitante, la autoridad correspondiente a esta última actúe legalmente contra la conducta anticompetitiva sobre los mercados bajo su competencia, en la medida de sus legítimas posibilidades. En este caso, el uso de la cortesía positiva podría involucrar un aplazamiento de la persecución legal de determinadas conductas prohibidas mas no una renuncia a estas (Otero, 2001, p. 24).

En esta línea, cuando una autoridad de competencia de un Estado o de una organización internacional considere que se han realizado actos anticompetitivos dañinos para su jurisdicción, en el territorio correspondiente a otra jurisdicción, puede solicitar una consulta a la autoridad de esa otra jurisdicción. Si esta reconoce que empresas o personas situadas en su territorio participan en conductas anticompetitivas o en concentraciones empresariales (fusiones o adquisiciones) capaces de restringir significativamente la competencia, perjudicando los intereses de la jurisdicción solicitante, debiera adoptar de forma voluntaria, y teniendo también en cuenta sus intereses legítimos, todas las medidas correctivas que considere adecuadas, incluidas las que correspondan a sus normas de defensa de la competencia (OCDE, 2014b).

En consecuencia, la cortesía positiva ha generado que la defensa de la competencia en el plano internacional se realice bajo un esquema donde se prioriza la cooperación y la

consulta, tanto administrativa como política, en un contexto donde la defensa de la competencia –en ciertas jurisdicciones– ha pasado de una persecución civil a una persecución administrativa y penal de conductas anticompetitivas, lo cual parece haber contribuido con disuadir tales conductas (Dornis, 2017, p. 462).

Finalmente, se reflexiona sobre el posible desuso en el que habría caído la figura de la cortesía positiva. Quienes lo señalan así, estiman que después de la década de los noventa no ha existido gran avance en el uso práctico de esta institución jurídica. Ello, afirman, podría explicarse por el hecho que los esfuerzos bilaterales que funcionan con base de la cortesía positiva –al regularla– podrían haber sido subsumidos o absorbidos por la cooperación en esquema red, como la que se produce en la Red Internacional de Competencia, la Red Europea de Competencia y sus contrapartes regionales (Marsden, 2010, p. 303).

1.1.4.3. La aplicación de la cortesía en la Unión Europea

A pesar de no tener una regulación expresa en la legislación europea, la cortesía en materia de defensa de la competencia no solo es una parte fundamental del Acuerdo de Cooperación en Competencia de 1991 celebrado entre Estados Unidos de Norteamérica y la Unión Europea, en su vertiente positiva, sino que también cimienta la cooperación entre la Unión Europea y sujetos de derecho internacional (Geradin et al., 2010, p. 30).

La Comisión Europea, en un reporte inicial sobre los efectos de dicho acuerdo, señaló que la experiencia de cooperación con las autoridades estadounidenses había sido bastante provechosa (Comisión Europea, 1996, p. 6). Este reporte registra una serie de lineamientos para entender la naturaleza de la cooperación en cada caso específico. Así, señala que estos pueden ser, en orden, la “discusión y coordinación potencial del cronograma (de procedimientos)”, la “evaluación de los efectos competitivos en los mercados de productos” y “sobre el mercado geográfico”, la determinación del efecto anticompetitivo, la “evaluación de otras leyes de jurisdicción o efectos”, la “coordinación de los recursos (que es) el extremo ideal de la cooperación” y, finalmente, la “cortesía positiva” (Mathis, 1997, p. 48). Sin embargo, la falta de

carácter efectivamente vinculante de estas previsiones habría hecho que en la práctica se presenten algunas debilidades en la cooperación (Geradin et al., 2010, pp. 30-31).

Son relevantes también los acuerdos celebrados entre la Unión Europea y Canadá, y entre la Unión Europea y Japón, los cuales también contienen previsiones relativas a notificación de actividades de protección de la competencia, cooperación y coordinación en estas e intercambio de información. Estos acuerdos también incluyen la posibilidad de actuar en virtud de la cortesía positiva. El acuerdo entre la Unión Europea y Suiza fue el primero en incluir previsiones para permitir el intercambio de información entre autoridades de competencia, incluidas pruebas obtenidas en las investigaciones (Fernández Pérez, 2014).

Finalmente, es necesario mencionar que la delimitación y la repartición de competencias y funciones entre la Comisión Europea y las distintas autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea tienen una naturaleza absolutamente distinta a la que corresponde a la institución jurídica de la cortesía. Se trata de un esquema que articula las atribuciones comunitarias de la Unión Europea, como organización internacional, que ostenta funciones para la defensa de la competencia en un espacio económico donde se integran mercados estatales, con las funciones de autoridades también estatales que se engranan en este esquema comunitario, que no es simple coordinación o cooperación (Otero, 2001, p. 26), tal como se analiza en el segundo capítulo de esta tesis.

1.1.4.4. La aplicación de la cortesía en el Perú

En el ámbito internacional, el Perú mantiene compromisos internacionales que incluyen previsiones sobre cortesía en materia de defensa de la competencia. Estos se encuentran dentro de acuerdos comerciales regionales, cuya finalidad es el establecimiento de áreas o zonas de libre comercio. A continuación, nos referimos los aspectos más resaltantes.

De manera general, la mayor parte de acuerdos comerciales regionales celebrados por el Perú califican como tratados de libre comercio y contienen un capítulo sobre defensa de la competencia. En este tipo de capítulos, suele existir previsiones capaces

de activar la cortesía negativa, usualmente dentro de la sección denominada “notificaciones”. Ello puede apreciarse, por ejemplo, en los acuerdos comerciales regionales con Chile²⁸, Corea²⁹, Costa Rica³⁰ y Japón³¹.

De otro lado, la previsión de la cortesía positiva en los acuerdos comerciales regionales en los que participa el Perú no es tan uniforme, pues presenta diferentes expresiones en los diferentes acuerdos. Por ejemplo, el acuerdo celebrado con Chile contiene provisiones específicas y explícitas sobre cortesía positiva dentro de su artículo 8.3, pues señala de manera clara la facultad de ambos Estados de solicitar el inicio de una investigación por actos contrarios a la competencia en el territorio del otro país³². Bajo este compromiso, la autoridad de competencia del Estado al que se le ha solicitado la cortesía, deberá iniciar la investigación. Esta es una de las provisiones más claras en la materia dentro de los acuerdos comerciales regionales que vinculan a Perú.

²⁸ “Artículo 8.6: Notificaciones

1. Cada autoridad de libre competencia notificará a la autoridad de libre competencia de la otra Parte una actividad de aplicación de sus legislaciones que pueda afectar intereses importantes de la otra Parte (...).”

²⁹ “Artículo 15.4: Notificaciones

1. Cada Parte, a través de su autoridad de competencia, notificará en idioma inglés a la autoridad de competencia de la otra Parte de una actividad de aplicación relacionada con una conducta empresarial anticompetitiva, si ésta considera que dicha actividad de aplicación puede afectar intereses importantes de la otra Parte.”

³⁰ “Artículo 11.4: Notificaciones

1. La autoridad de competencia de una Parte notificará a la autoridad de competencia de la otra Parte acerca de cualquier actividad de aplicación de su legislación de competencia, si considera que ésta puede afectar intereses importantes de la otra Parte.”

³¹ “Artículo 10 Notificación

1. La autoridad de competencia de cada Parte notificará a la autoridad de competencia de la otra Parte de las actividades de aplicación de la Parte que realiza la notificación que su autoridad de competencia considera que puedan afectar los intereses importantes de la otra Parte.”

³² “Artículo 8.3: Prácticas de Negocios Anticompetitivas con Efectos Transfronterizos

1. Las Partes tendrán la facultad de perseguir aquellas prácticas de negocios anticompetitivas que se generen en su territorio, cuyos efectos se manifiesten en el territorio de la otra Parte.

2. Cuando una Parte detecte indicios de realización de prácticas de negocios anticompetitivas generadas en el territorio de la otra Parte que produzcan efectos en su territorio, podrá solicitar a la otra Parte el inicio de una investigación.

3. La Parte solicitada deberá realizar la investigación de conformidad con los procedimientos previstos en su legislación de libre competencia.”

El acuerdo con Japón también contiene previsiones específicas para regular la cortesía positiva, aunque estas se encuentran en un acuerdo de implementación³³. Es notorio resaltar que en este tratado existe un desarrollo ligeramente superior sobre el procedimiento a seguir para ejercer la cortesía positiva. Por su parte, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea también contiene una referencia a la facultad de solicitar el inicio de un procedimiento contra una conducta anticompetitiva, cuando una parte del acuerdo considere que esta tiene un efecto adverso en el territorio de las dos partes o en sus relaciones comerciales³⁴.

En el caso del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú, este contiene previsiones menos desarrolladas que los suscritos con Chile y Japón, pero que incluyen una referencia explícita al principio de cortesía positiva, y prevé que las autoridades de competencia de cada Estado negocien un instrumento de cooperación que se ocupe, entre otros, de la notificación, las consultas, la cortesía positiva y negativa, la asistencia técnica y el intercambio de información³⁵.

Por su parte, ante compromisos tenues o menos precisos, en relación con la previsión de la institución jurídica de la cortesía positiva, en el marco de la OCDE (2013a), igualmente se ha considerado que existen provisiones sobre cortesía positiva bajo los compromisos sobre “consultas”, que registra el acuerdo con Costa Rica³⁶ (pp. 25-26),

³³ “Artículo 13 Cooperación Relacionada con Actividades Anticompetitivas en el País de una Parte que Afecte de Manera Adversa los Intereses de la Otra Parte

1. Si la autoridad de competencia de una Parte considera que las actividades anticompetitivas realizadas en el país de la otra Parte afectan adversamente los intereses importantes de la primera Parte, la autoridad de competencia de la primera Parte, teniendo en cuenta la importancia de evitar conflictos derivados de sus actividades de aplicación en relación con tales actividades anticompetitivas y teniendo en cuenta que la autoridad de competencia de la otra Parte podrá estar en condiciones de llevar a cabo actividades de aplicación más efectivas en relación con tales actividades anticompetitivas, podrá solicitar que la autoridad de competencia de la otra Parte inicie las actividades de aplicación apropiadas. (...)”

³⁴ “Artículo 261 Cooperación e intercambio de información

(...) 5. Si una Parte considera que una práctica anticompetitiva definida en el artículo 259, párrafo 2, llevada a cabo en el territorio de otra Parte tiene un efecto adverso en el territorio de las dos Partes o en las relaciones comerciales entre dichas Partes, esa Parte podrá pedir a dicha otra Parte iniciar las actividades de cumplimiento de las leyes previstas en su legislación.”

³⁵ “Artículo 1304: Cooperación

(...) En este sentido, las Partes, a través de sus respectivas autoridades de competencia, negociarán un instrumento de cooperación que se ocupe, entre otros asuntos, de la notificación, las consultas, la cortesía positiva y negativa, la asistencia técnica y el intercambio de información.”

³⁶ “Artículo 11.6: Consultas

que son similares a los que compromisos que tiene el Perú en los acuerdos comerciales regionales con, por ejemplo, Estados Unidos de Norteamérica³⁷ y Corea del Sur³⁸.

Finalmente, es necesario mencionar que la delimitación y la repartición de competencias y funciones entre la Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN) y las distintas autoridades de competencia de los Estados miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú), de manera similar a como sucede con la Unión Europea, tienen también una naturaleza absolutamente distinta a la que corresponde a la institución jurídica de la cortesía. Se trata de un esquema que articula las atribuciones comunitarias de la Comunidad Andina como organización internacional, que ostenta funciones para la defensa de la competencia en un espacio económico donde se integran mercados estatales, con las funciones de autoridades de competencia también estatales que se engranan en este esquema comunitario, que no es simple coordinación o cooperación, tal como se analiza también en el segundo capítulo de esta tesis.

1.2. La política y la defensa de la competencia en el ámbito multilateral

Para fomentar el entendimiento entre las Partes o para abordar asuntos específicos que surjan en virtud de este Capítulo, cada Parte deberá, a solicitud de la otra Parte, iniciar consultas. La Parte solicitante indicará en qué forma el asunto afecta el comercio entre las Partes. La Parte requerida deberá otorgar la mayor consideración a las inquietudes de la otra Parte.”

³⁷ “Artículo 13.9: Consultas

Para fomentar el entendimiento entre las Partes, o para abordar asuntos específicos que surjan bajo este Capítulo, cada Parte deberá, a solicitud de cualquier otra Parte, iniciar consultas. En su solicitud la Parte indicará, de ser relevante, en qué forma el asunto afecta el comercio o la inversión entre las Partes. La Parte aludida deberá otorgar la mayor consideración a las inquietudes de la otra Parte.”

En complemento, debe considerarse que el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica establece también como marco de cooperación:

“Artículo 13.3: Cooperación

1. Las Partes acuerdan cooperar en el área de la política de competencia. Las Partes reconocen la importancia de la cooperación y la coordinación entre sus respectivas autoridades para lograr la aplicación efectiva de la legislación de libre competencia en la zona de libre comercio.

(...).”

³⁸ “Artículo 15.5: Consultas

1.A fin de fomentar el entendimiento mutuo entre las Partes o para abordar asuntos específicos que surjan en virtud de este Capítulo, y sin perjuicio de la autonomía de cada Parte para desarrollar, mantener y aplicar sus leyes y políticas de competencia, a solicitud de la otra Parte, cada Parte deberá iniciar consultas sobre las cuestiones planteadas por la otra Parte.

2. La Parte a la que se le haya realizado una solicitud de consultas, otorgará la mayor consideración a las preocupaciones de la otra Parte.”

1.2.1. La Carta de la Habana como antecedente fallido en el establecimiento de disciplinas multilaterales sobre defensa de la competencia

Como antecedente internacional de relevancia, cabe referir la Carta de la Habana (aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo de 1948), cuyo objetivo era establecer la Organización Internacional de Comercio, así como disciplinas multilaterales sobre comercio, empleo, desarrollo y políticas de competencia, entre otros temas bajo su administración. En su Capítulo V, este instrumento internacional estipulaba lo siguiente sobre prácticas comerciales restrictivas:

“Artículo 46

Política general en materia de prácticas comerciales restrictivas

1. Cada Miembro tomará medidas apropiadas y cooperará con la Organización para evitar, por parte de empresas comerciales privadas o públicas, prácticas comerciales que en el comercio internacional restrinjan la competencia, limiten el acceso a los mercados o favorezcan el control monopolista en todos los casos en que tales prácticas produzcan efectos perjudiciales en la expansión de la producción o del comercio (...).”

De haber entrado en vigor, las estipulaciones de la Carta de la Habana hubieran permitido a la Organización Internacional de Comercio desarrollar investigaciones (requiriendo la cooperación de los Estados miembros en la provisión de información); y, llegar a conclusiones sobre la existencia o no de conductas comerciales restrictivas que afecten la competencia en el contexto del comercio internacional³⁹.

³⁹ Al respecto cabe considerar que la siguiente definición establecida por la propia Carta de la Habana:

“Artículo 54

Interpretación y definición

(...)

2. Para los efectos de este Capítulo

a) el término "prácticas comerciales" no se interpretará en el sentido de incluir contratos celebrados entre dos partes como entre vendedor y comprador, arrendador y arrendatario, o principal y agente; a condición de que tales contratos no se utilicen para restringir la competencia, limitar el acceso a los mercados o favorecer el control monopolista;

(...).”

Asimismo, la Carta de la Habana determinó que las siguientes prácticas debían ser necesariamente objeto de una investigación, ante una queja presentada por un Estado miembro:

“a) la fijación de precios, términos o condiciones que han de observarse en las transacciones con otros, respecto a la compra, la venta o el arriendo de cualquier producto;

La Carta de la Habana prohibía la realización de conductas restrictivas de la competencia, estableciendo, para cada Estado miembro de la Organización Internacional de Comercio, la obligación de evitar, por sí mismo y en cooperación con tal organización, conductas realizadas por agentes en el mercado, consistentes tanto en el abuso de una posición de dominio como en conductas colusorias anticompetitivas capaces de afectar la expansión de la producción o del comercio.

La Carta de la Habana preveía, en consecuencia, un verdadero sistema multilateral de defensa de la competencia, que incluía, además de un procedimiento de consultas⁴⁰, un procedimiento de investigación a cargo de la señalada organización. Se estipulaba que este podía iniciarse a solicitud de cualquier Estado miembro que se reputase afectado por sí mismo o en nombre de cualquier privado, persona, empresa u organización que, bajo su jurisdicción, se pueda considerar afectado. Ello revela que dicha investigación se diseñó para permitir que un Estado miembro, por sí mismo; o, ejerciendo la representación de consumidores (intermedios o finales), perjudicados por conductas comerciales restrictivas (anticompetitivas), pueda solicitar la investigación⁴¹. Incluso, se puede sostener que el Estado, al solicitar dicha investigación en nombre de un privado, habría podido impulsar el procedimiento de investigación representando un

-
- b) la exclusión de empresas de cualquier mercado territorial o campo de actividad comercial; la repartición o división de un mercado territorial o campo de actividad comercial; la repartición de la clientela o la fijación de cuotas de venta o de compra;
 - c) la discriminación contra determinadas empresas;
 - d) la limitación de la producción o la fijación de cuotas de producción;
 - e) la obstrucción, mediante acuerdo al efecto, del desarrollo o de la aplicación de procedimientos técnicos o de inventos, estén o no patentados;
 - f) la extensión del uso de los derechos derivados de patentes, marcas de fábrica o de derechos a la propiedad intelectual, otorgados por un Miembro, a objetos que, conforme a sus leyes y reglamentos, no estén comprendidos en tales concesiones o, bien, a productos o condiciones de producción, de utilización o de venta que tampoco sean objeto de tales concesiones;
 - g) cualquier práctica similar que la Organización, por una mayoría de dos tercios de los Miembros presentes y votantes, pueda calificar de práctica comercial restrictiva.”

⁴⁰ Este procedimiento adicional podía ser alternativo y convergente al de investigación, siendo el rol de la Organización Internacional del Comercio facilitar el acercamiento de un Estado que se considerara perjudicado por la realización de prácticas restrictivas por parte de una empresa bajo la jurisdicción de otro Estado miembro, en el objetivo de lograr soluciones mutuamente satisfactorias sobre las conductas cuestionadas. Solamente en el caso de que la conducta reclamada fuera realizada por una empresa o entidad comercial pública del otro Estado, el procedimiento de consultas debía preceder al de investigación y la solicitud de investigación solamente podía presentarse a nombre del Estado y no en representación de un particular. Cfr. Artículo 47° de la Carta de la Habana.

⁴¹ Cfr. Artículo 48° de la Carta de la Habana.

interés privado y no necesariamente su propio interés como sujeto de derecho internacional.

Luego del procedimiento de investigación, conforme a lo estipulado por la Carta de la Habana, si las constataciones hubieran revelado la ocurrencia de conductas comerciales restrictivas cuyo efecto hubiera causado, continuaba causando o podía causar en un momento posterior e inminente una afectación a la expansión del comercio o la producción, la Organización Internacional de Comercio podía: i) pedir a los miembros correspondientes adoptar medidas para evitar dicha situación; ii) recomendarles medidas correctivas para que sean aplicadas conforme a su ordenamiento interno; y, iii) pedir informes a los Estados sobre la aplicación de dichas medidas⁴². Cada Estado miembro, conforme a este instrumento internacional, se hubiera encontrado obligado a considerar las conclusiones y recomendaciones de esta organización, obligándose a informarle, si esta lo solicitara, sobre las consideraciones por las cuáles no acogía determinadas conclusiones o recomendaciones⁴³.

Respecto de estos y otros compromisos, la Carta de la Habana señalaba que los Estados miembros podían recurrir a un arbitraje si se consideraban perjudicados por una acción u omisión de un Estado miembro. De mantenerse la controversia y si las partes no se ponían de acuerdo para lograr una solución o para acudir al arbitraje, la Organización Internacional de Comercio podía emitir recomendaciones para solucionar la situación. De subsistir la controversia, esta organización podía autorizar a los Estados miembros perjudicados a restringir concesiones o sus obligaciones⁴⁴.

Cada miembro de la Organización Internacional de Comercio, bajo la Carta de la Habana, se obligaba a mantener en su jurisdicción las normas y los procedimientos necesarios para evitar que se produzcan las conductas comerciales restrictivas antes definidas. Este compromiso, sin embargo, no prejuzgaba sobre la naturaleza del sistema económico de cada Estado miembro ni sobre el esquema de propiedad sobre los medios de producción, pero sí exigía a los Estados marcar un nivel mínimo en

⁴² Cfr. Artículo 48° de la Carta de la Habana.

⁴³ Cfr. Artículo 50° de la Carta de la Habana.

⁴⁴ Cfr. Artículos 92° a 95° de la Carta de la Habana.

política de competencia y normas de defensa de la competencia⁴⁵. Además, preveía la posibilidad de que los Estados miembros cooperen para hacer más eficaz la aplicación de medidas correctivas contra las conductas comerciales restrictivas⁴⁶; y, asignaba a la Organización Internacional de Comercio funciones de promoción de la competencia, bajo la realización de estudios, análisis y recomendaciones sobre hechos o instrumentos normativos nacionales o internacionales⁴⁷.

La Carta de la Habana fue un instrumento internacional ciertamente muy completo en relación con sus previsiones sobre la política de competencia y las normas de defensa de la competencia. Sin embargo, nunca entró en vigor debido a que no recibió las ratificaciones correspondientes. Pese a ello, resalta como un instrumento convencional que establece parámetros de referencia de alta relevancia, dado que había previsto un sistema internacional de defensa de la competencia que incluía mecanismos para el control de conductas anticompetitivas y mecanismos dirigidos a promover globalmente la competencia.

1.2.2. Los avances en la defensa de la competencia en el ámbito de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)

En ausencia de un marco para la defensa de la competencia en el ámbito internacional, en 1980 se determinó el Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas, aprobado a título de recomendaciones por la Asamblea General de esta organización internacional. Simultáneamente, esta asamblea decidió que la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) estuviera a cargo de esta materia, junto con asignarle los recursos para que se realicen las tareas planteadas por dichos principios y normas, a través de la Resolución 35/63 (1980). Las actividades desarrolladas en el seno de la UNCTAD⁴⁸ resultan de

⁴⁵ Cfr. Artículo 50° de la Carta de la Habana.

⁴⁶ Cfr. Artículo 51° de la Carta de la Habana.

⁴⁷ Cfr. Artículo 49° de la Carta de la Habana.

⁴⁸ La doctrina señala que la vigencia del GATT de 1947 y su identificación inicial con economías de mercado occidentales “generó una reacción contra él por parte de los países en vías de desarrollo,

relevancia y referencia para el Perú y los demás miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia y Ecuador), considerando que todos son miembros de Naciones Unidas.

1.2.2.1. El Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas

Como parte de las actividades de la UNCTAD, se han producido diferentes conferencias a cargo de examinar este instrumento internacional, aprobándose en 2000 la última versión revisada del Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas.

Este instrumento internacional presenta: i) principios generales para promover la defensa de la competencia a escala global, con el propósito de evitar los efectos desfavorables de las conductas comerciales restrictivas (anticompetitivas) sobre el comercio internacional y el desarrollo; y, ii) principios de conducta aplicables a las empresas, incluidas las transnacionales, dirigidos a afianzar su respeto de las normas de defensa de la competencia en los espacios económicos en los que operen, así como su sometimiento a las autoridades nacionales o comunitarias que resulten competentes para evaluar dicho cumplimiento normativo. Asimismo, este instrumento internacional remarca la necesidad de que las normas de defensa de la competencia sean públicas y de fácil acceso (UNCTAD, 2000, pp. 11-13).

El Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas enfatiza que las empresas deben abstenerse de desarrollar colusiones anticompetitivas y de abusar de la posición de dominio que puedan ostentar en un mercado. Así, se plantea un listado extensivo de las conductas que pueden ser consideradas como prácticas colusorias y de abuso de posición de dominio (UNCTAD, 2000, pp. 13-16). Asimismo, enfatiza que las empresas deben abstenerse de realizar concentraciones empresariales que puedan limitar el acceso a los mercados o restringir indebidamente

plasmado, entre otros extremos, en la creación, en 1964, de la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD) y de la Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial (ONUDI). Ambos surgieron como organismos dependientes de la Asamblea General —la ONUDI, empero, adquirió la condición de organismo especializado en 1980—, contando de partida con una mayor sensibilidad hacia los intereses de los países en desarrollo.” (Esplugues y Stucchi, 2021).

el proceso competitivo. Sin embargo, este instrumento internacional contiene un conjunto de recomendaciones –como señalamos previamente– que presentan un significativo valor referencial, pero no un conjunto de compromisos de naturaleza vinculante.

Asimismo, este conjunto de principios y normas, que han sido convenidos multilateralmente en el seno de las Naciones Unidas, recomienda la armonización de las políticas de competencia nacionales –lo que incluye las normas de defensa de la competencia– para que sean compatibles, así como el establecimiento o mejora de los mecanismos de intercambio de información y ayuda en esta materia, en particular, en los planos regional y subregional. Este instrumento internacional establece también un mecanismo institucional internacional que sirve de foro, espacio de estudio y emisor de recomendaciones sobre materias de competencia, consistente en la realización periódica de una Reunión de un Grupo Intergubernamental de Expertos.

Los objetivos que presenta este instrumento internacional son los siguientes:

- “1. Lograr que las prácticas comerciales restrictivas no impidan ni anulen la consecución de los beneficios a que debería dar lugar la liberalización de las barreras arancelarias y no arancelarias que afectan al comercio mundial, en particular al comercio y al desarrollo de los países en desarrollo.
2. Alcanzar una mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo, especialmente de los países en desarrollo, con arreglo a los objetivos nacionales de desarrollo económico y social y a las estructuras económicas existentes, por ejemplo, mediante: a) La creación, el fomento y la protección de la competencia; b) El control de la concentración del capital, o del poder económico, o de ambas cosas; c) El fomento de las innovaciones.
3. Proteger y promover el bienestar social en general y, en particular, los intereses de los consumidores, tanto en los países desarrollados como en los países en desarrollo.
4. Eliminar las desventajas que para el comercio y el desarrollo puedan entrañar las prácticas comerciales restrictivas de las empresas transnacionales o de otras empresas y contribuir así a maximizar las ventajas para el comercio internacional y en particular para el comercio y el desarrollo de los países en desarrollo.

5. Formular un Conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas para su adopción en el plano internacional, y facilitar así la adopción y el fortalecimiento de las leyes y políticas en esa esfera en los planos nacional y regional.” (UNCTAD, 2000, pp. 9-10).

De la revisión de estos objetivos, se evidencia que este instrumento internacional expresa un consenso acerca de que la defensa de la competencia hace parte, junto con la liberalización y la desregulación del comercio, de lo que conforma una política de competencia desde el plano internacional para el bienestar de los consumidores. Aun cuando se trata de conjunto de recomendaciones, este instrumento multilateral resalta como uno de los puntos de referencia de mayor relevancia en el ámbito de la defensa de la competencia a nivel internacional.

Finalmente, este instrumento internacional plantea que los Estados con experiencia en estas materias la compartan con otros Estados, destacando la necesidad de intercambio de información entre países (UNCTAD, 2000, pp. 16-17). En relación con la cooperación, este conjunto de principios y normas también ponen en relieve la necesidad de realizar consultas entre Estados cuando surja un problema relacionado con la defensa de la competencia, con el fin de llegar a soluciones aceptables, de otorgar asistencia técnica y asesoría para la mejora de la legislación, y de elaborar leyes tipo sobre prácticas comerciales restrictivas (UNCTAD, 2000, pp. 17-20).

1.2.2.2. La ley tipo de defensa de la competencia y sus elementos esenciales

En cumplimiento de lo recomendado por el Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas, en el seno la UNCTAD, se ha elaborado una ley tipo de defensa de la competencia con el propósito de contribuir con una referencia específica y concreta para el establecimiento de legislación adecuada para la defensa de la competencia. La versión unificada más reciente de esta ley tipo data de 2007.

Este instrumento modelo cuenta con trece capítulos que abarcan, de manera general, los temas más relevantes que debieran ser cubiertos por una ley de defensa de la competencia en jurisdicciones estatales o bajo administración de una organización

internacional que posee atribuciones comunitarias en un espacio económico integrado.

Dichos capítulos determinan, esencialmente:

- i) En el primer capítulo, los objetivos de la ley tipo son “controlar o eliminar convenios o acuerdos restrictivos entre empresas, las fusiones y adquisiciones o el abuso de una posición dominante en el mercado” (UNCTAD, 2007, p. 3), siempre y cuando estos impliquen una restricción indebida de la competencia. Es decir, se trata de un instrumento unificado que contiene los dos mecanismos o modelos de intervención: *control de conductas* y *control de estructuras*.
- ii) En el segundo capítulo, las definiciones principales y su ámbito de aplicación, que recaen sobre los actos comerciales de toda empresa y los actos de gestión de toda persona natural, mas no sobre actos soberanos del Estado (UNCTAD, 2007, pp. 3-4).
- iii) En el tercer capítulo, el listado de conductas prohibidas de carácter colusorio, precisando que, conforme a esta ley tipo, existiría la posibilidad de autorizar tales conductas, de manera previa, si es que la autoridad de competencia considera que pueden llegar a generar más beneficios que perjuicios (UNCTAD, 2007, p. 4).
- iv) En el cuarto capítulo, la configuración y prohibición del abuso de posición de dominio, junto con el listado de conductas que califican como tal abuso. Al igual que en el capítulo previo, señala los supuestos bajo los que, conforme a esta ley tipo, pueden ser autorizadas dichas conductas (UNCTAD, 2007, pp. 4-5).
- v) En el quinto capítulo, el procedimiento para autorizar, de manera previa, las conductas previstas en los capítulos tercero y cuarto. Esta ley tipo contempla la posibilidad de notificar variaciones, realizar revisiones periódicas y retirar una autorización otorgada (UNCTAD, 2007, pp. 5-6).
- vi) En el sexto capítulo, el control de concentraciones empresariales. Se determina, de manera general, los tipos de actos a ser controlados, así como

los criterios básicos para evaluar un acto de concentración. También se señalan criterios base para el procedimiento que será tramitado ante las autoridades correspondientes (UNCTAD, 2007, p. 6).

- vii) En el séptimo capítulo, las disposiciones relativas a la relación entre los organismos reguladores y la autoridad de competencia. Se señala que toda regulación económica y administrativa debiera ser examinada por la autoridad de competencia antes de ser aprobada. Todo obstáculo a la competencia que la regulación pueda generar debe ser detectado por la autoridad de competencia (UNCTAD, 2007, pp. 6-7) para que pueda ser evitado oportunamente.
- viii) En el octavo capítulo, que la legislación de protección al consumidor podría ser independiente de la legislación de protección de la competencia, lo cual parece estar claro a nivel internacional (UNCTAD, 2007, p. 7).
- ix) En el noveno capítulo, una referencia a los aspectos fundamentales relativos al organismo encargado de la aplicación de la ley de defensa de la competencia, que deben ser considerados y que son, por ejemplo, las previsiones sobre su conformación y la destitución de sus miembros, entre otros (UNCTAD, 2007, p. 7).
- x) En el décimo capítulo, las funciones del organismo encargado de la aplicación de la ley de defensa competencia. Se lista una serie de facultades que este debe realizar, como son la investigación, la emisión de resoluciones, la elaboración de reglamentos y estudios, entre otros. Asimismo, señala la obligación de proteger información confidencial obtenida de empresas o relativa a personas naturales que otorguen información a la autoridad de competencia (UNCTAD, 2007, pp. 7-8).
- xi) En el décimo primer capítulo, los tipos de conductas que pueden generar una sanción por parte de la autoridad de competencia –por ejemplo, infringir la ley, desobedecer resoluciones o no suministrar información requerida– y lista las posibles sanciones a imponer –por ejemplo, multas,

prisión, venta de activos o restitución a consumidores perjudicados (UNCTAD, 2007, p. 8).

- xii) En el décimo segundo capítulo, la posibilidad de interponer recursos ante la misma entidad o ante un organismo judicial contra resoluciones emitidas en aplicación de la ley de defensa de la competencia (UNCTAD, 2007, p. 8).
- xiii) En el décimo tercer capítulo, que para obtener resarcimiento por actos contrarios a la ley de defensa competencia se debe iniciar un proceso civil ante la autoridad judicial competente (UNCTAD, 2007, p. 9).

Es muy importante notar que esta ley tipo de defensa de la competencia, así como los comentarios referenciales y explicativos que la acompañan, son objeto de permanente revisión para adaptarlos a las nuevas prácticas legislativas de las diferentes jurisdicciones. Así, se han realizado estudios y revisiones en las diferentes Conferencias de las Naciones Unidas sobre competencia y protección al consumidor realizadas cada cinco años. En este marco, en el Informe sobre la séptima conferencia, realizada en 2015, se señala, por ejemplo, la relevancia de continuar evaluando cuestiones relacionadas con la protección del consumidor previstas en el octavo capítulo (UNCTAD, 2015, p. 17), lo cual probablemente en el futuro permita profundizar la reflexión y las referencias en la relación que existe entre la defensa de la competencia y la protección del consumidor.

Otras cuestiones relativas a la ley tipo de defensa de la competencia que han sido debatidas en la última Conferencia sobre competencia y protección al consumidor realizada en 2020 –cuyo informe ha sido publicado recientemente (UNCTAD, 2020c)– son: i) por un lado, un análisis a las provisiones del tercer capítulo, especialmente en relación al uso del término “acuerdo”; y, ii) por otro lado, la formulación de la prohibición de conductas colusorias y la forma de regular los acuerdos verticales (UNCTAD, 2020a). También se analizó la metodología para determinar la existencia de una posición de dominio, contenida en el cuarto capítulo (UNCTAD, 2020b). En estas revisiones se tienen en cuenta los aportes formulados por los Estados y la forma en la que está regulada la defensa de la competencia en las legislaciones que se aplican en sus jurisdicciones.

1.2.3. El estado de la cuestión en la Organización Mundial del Comercio (OMC)

La OMC inicia funciones en 1995, sobre la base de estructura internacional que había establecido el Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT) de 1947. La OMC es una organización internacional de alcance multilateral que cuenta con más de 163 Estados miembros. Su propósito es contribuir con la progresiva liberalización del comercio de mercancías y de servicios entre las jurisdicciones de sus miembros, así como con la protección de la propiedad intelectual. El Perú y los demás miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia y Ecuador) son miembros de la OMC.

1.2.3.1. La administración de la liberalización y la regulación del comercio internacional multilateral

A) Sobre mercancías

Ante el fracaso de la Carta de la Habana, que nunca entró en vigor debido a que no recibió las ratificaciones correspondientes, lo que impidió que la Organización Internacional de Comercio iniciara funciones, algunos Estados orientados hacia economías de mercado y apertura comercial desarrollaron un entendimiento comercial común en materia de liberalización progresiva del comercio de mercancías. Este entendimiento se materializó en 1947 en el GATT, previsto inicialmente como un acuerdo provisional sin una estructura institucional compleja, y que fue actualizado en 1994 y pasó a ser administrado por la OMC (CCI, UNCTAD y OMC, 1996).

El GATT vigente se concentra en que los miembros de esta organización:

- i) Progresivamente reduzcan los aranceles aduaneros, mediante la consolidación de topes que, por acuerdo de voluntades de los miembros de la OMC, como consecuencia de sucesivas rondas de negociación, no deben

ser superados por cada tipo de mercancía conforme a la lista que corresponde a cada miembro de la organización⁴⁹.

- ii) Como regla general, no impongan barreras comerciales no arancelarias (gravámenes y restricciones) que encarezcan o impidan la importación, regulando sus excepciones específicas, no económicas (dirigidas a cumplir objetivos legítimos como la protección de la vida, la salud, el patrimonio histórico, el orden público o la moral que cada miembro determine como su estándar) y económicas (derechos antidumping, derechos compensatorios o medidas de salvaguardia)⁵⁰.
- iii) No apliquen tratamientos discriminatorios, que pongan en ventaja a las mercancías nacionales frente a las mercancías extranjeras similares importadas (trato nacional)⁵¹.
- iv) No apliquen tratamientos discriminatorios que pongan en ventaja a mercancías de una procedencia extranjera frente a mercancías similares de otra procedencia también extranjera (trato de nación más favorecida)⁵².

En suma, con base en la progresiva liberalización del comercio de mercancías que administra la OMC, se promueve la intensificación de la competencia en los mercados de sus miembros que reciben la importación en beneficio de sus consumidores intermedios o finales. Ello, conforme se ha referido, al tratarse de liberalización del comercio externo, se encuentra incluido en el contenido de la política de competencia.

B) Sobre servicios

El Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), administrado por la OMC, significa un primer paso en el sistema multilateral administrado por la OMC para la liberalización del comercio de servicios (que no incluye el ejercicio de

⁴⁹ Cfr. Artículo II del GATT.

⁵⁰ Cfr. Artículo VI, VIII, IX, XIII del GATT.

⁵¹ Cfr. Artículo III del GATT.

⁵² Cfr. Artículo I del GATT.

facultades de poder público). Esta liberalización aún se encuentra en una fase inicial de desarrollo en el ámbito multilateral administrado por la OMC.

En este contexto, cada miembro de la OMC asume compromisos específicos, contenidos en una lista positiva⁵³, donde se registran cuáles son los sectores y las modalidades de prestación que determinado miembro abre al comercio de servicios, obligándose, en principio, a no establecer limitaciones sobre la cantidad de operadores, la cantidad de transacciones, la cantidad de personas físicas o la participación del capital extranjero en el comercio internacional de servicios ni al trato nacional (que exige no aplicar tratamientos discriminatorios, que pongan en ventaja a los servicios o prestadores de servicios nacionales frente a los extranjeros similares⁵⁴). Ello, salvo que el miembro de que se trate se haya reservado tal derecho expresamente. En los sectores no incluidos en dicha lista positiva, los miembros de la OMC siempre podrían establecer válidamente este tipo de restricciones o cualquier otra (CCI, UNCTAD y OMC, 1996).

El GATS también se concentra en que los miembros de la OMC no apliquen tratamientos discriminatorios que pongan en ventaja a servicios de una procedencia extranjera frente a servicios similares de otra procedencia también extranjera (trato de nación más favorecida⁵⁵). A ello, se suma el compromiso de transparencia que obliga a los miembros de la OMC a publicar, con prontitud, todas las medidas pertinentes que impliquen una regulación en materia de servicios bajo alcance del GATS. Lo antes mencionado constituye un conjunto de primeros avances para una futura intensificación de la competencia en los mercados de los miembros de la OMC que reciben la prestación de servicios extranjeros, en beneficio de sus consumidores intermedios o finales. Conforme a lo mencionado, al referirse estas disciplinas a la liberalización del comercio externo, se encuentran incluidas en el contenido de la política de competencia.

1.2.3.2. La ausencia de disciplinas multilaterales sobre defensa de la competencia

⁵³ Cfr. Artículo XIX y XX del GATS.

⁵⁴ Cfr. Artículo XVII del GATS.

⁵⁵ Cfr. Artículo II del GATS.

En el ámbito multilateral del comercio que administra esta organización internacional, no existe un instrumento internacional que establezca un sistema global de defensa de la competencia, tal como lo proponía la Carta de la Habana que no entró en vigor⁵⁶. Es decir, no existe en el escenario internacional un tratado internacional en esta materia que tenga alcance global, dirigido a evitar o corregir eficazmente conductas o estructuras que limiten el proceso competitivo o que lo distorsionen indebidamente.

Pese a ello, como hito relevante en el ámbito de la OMC, mediante la Declaración Ministerial de Doha de diciembre de 2001, emitida por la Conferencia Ministerial de esta organización internacional, se reconocieron razones en favor de un marco multilateral “destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo”, preparando el camino para la celebración de negociaciones previo consenso explícito⁵⁷. En el marco de esta organización internacional, se desarrollaron, incluso, labores preparatorias a cargo de un Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia, que servía de foro para el intercambio de ideas sobre la naturaleza, el alcance y los elementos de un posible marco multilateral sobre política de competencia.

Sin embargo, como consecuencia de los resultados poco auspiciosos de la Conferencia Ministerial de Cancún de septiembre de 2003, en la actualidad, en el marco de la

⁵⁶ A diferencia de lo que se proponía para la Organización Internacional del Comercio, los instrumentos jurídicos internacionales que acompañaron a la Organización Mundial del Comercio (OMC) no incluyeron el tratamiento general de disciplinas en torno a la defensa de la competencia. Sin embargo, concita especial atención que disciplinas para la protección de los derechos de propiedad intelectual sí hayan logrado un acuerdo multilateral bajo el alcance de los compromisos del *todo único* de la OMC.

⁵⁷ En este marco, se generó el siguiente mandato para el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia:

“23. Reconociendo los argumentos en favor de un marco multilateral destinado a mejorar la contribución de la política de competencia al comercio internacional y al desarrollo (...) convenimos en que después del quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial se celebrarán negociaciones sobre la base de una decisión que se ha de adoptar, por consenso explícito, en ese período de sesiones respecto de las modalidades de las negociaciones.
(...)”

25. En el período que transcurra hasta el quinto período de sesiones, la labor (...) se centrará en la aclaración de lo siguiente: principios fundamentales, incluidas la transparencia, la no discriminación y la equidad procesal, y disposiciones sobre los cárteles intrínsecamente nocivos; modalidades de cooperación voluntaria; y apoyo para el fortalecimiento progresivo de las instituciones encargadas de la competencia en los países en desarrollo mediante la creación de capacidad.”

OMC, no solamente no existen compromisos integrales⁵⁸ en materia de defensa de la competencia, sino que, además, no se encuentra en curso negociación alguna dirigida a procurar la existencia de un eventual marco multilateral en esta materia. Si bien, en la Declaración Ministerial de Singapur de diciembre de 1996, emitida por la Conferencia Ministerial de la OMC, se acordó “establecer un grupo de trabajo encargado de examinar la relación entre comercio e inversión; y establecer un grupo de trabajo encargado de estudiar las cuestiones que planteen los Miembros acerca de la interacción entre comercio y política de competencia, incluidas las prácticas anticompetitivas, con vistas a identificar cualesquiera áreas que puedan merecer ulterior atención en el marco de la OMC”, luego de la referida Conferencia Ministerial de Cancún, la Decisión del Consejo General de la OMC de agosto de 2004 implicó que la interacción entre comercio y política de competencia sea un tema excluido del Programa de Trabajo determinado por la Declaración Ministerial de Doha. Esta exclusión resulta paradójica debido a que:

“Existe un unísono sobre los objetivos de la OMC y las políticas generales de competencia; ambos apuntan a establecer un régimen de comercio justo. Las prácticas comerciales desleales son una consecuencia directa de la liberalización de los regímenes comerciales. La decisión de expulsar la política de competencia del ámbito de la OMC dificultará la aplicación de tales políticas” (Shikha, 2010, p. 93).

Como reflexión valiosa, antes de la exclusión indicada, el Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC, en su informe de labores, registrado en el año 2003 (último emitido), expresó que:

⁵⁸ Existen algunos compromisos aislados en el sistema multilateral del comercio, que contribuyen con la defensa de la competencia. Así, por ejemplo, en el artículo VIII del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) se establece, en materia de *Monopolios y proveedores exclusivos de servicios*, entre otros, que los Miembros de la Organización Mundial del Comercio “se asegurarán de que ningún proveedor monopolista de un servicio en su territorio actúe, al suministrar el servicio objeto de monopolio en el mercado pertinente”, de modo incompatible con las obligaciones que corresponden al Miembro en materia de *Trato de la nación más favorecida* o de sus compromisos específicos de apertura comercial en materia de comercio internacional de servicios. Asimismo, en el artículo 40 del Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, en lo concerniente al control de prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales, [l]os Miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología” y, en consecuencia, expresamente reconocen que ninguna disposición de este Acuerdo les impide adoptar medidas para impedir o controlar tales prácticas.

“[U]n aspecto importante (...) sería la capacidad de usar instrumentos de la legislación regional, por oposición a la legislación nacional, en materia de competencia. Un buen precedente de este enfoque se encontraba en la historia de la Comunidad Europea, en donde las normas de la competencia regional habían sido un elemento central del tratado original de la CE y no había sido hasta fecha reciente cuando todos los Estados miembros de la Comunidad habían adoptado su propio régimen de competencia. En relación con ese punto, se aceptó la sugerencia de que los países cuya economía no fuera de gran magnitud podrían no obtener beneficios de una política nacional en materia de competencia; los instrumentos y autoridades regionales de competencia serían una forma perfectamente válida de aplicar el tipo de marco multilateral.”

Esta constatación del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia de la OMC pone de relieve la utilidad las normas de defensa de la competencia emitidas y administradas por una organización internacional, que posee atribuciones comunitarias en un espacio económico cuya finalidad es integrar mercados estatales. Como analizaremos en el segundo capítulo de esta tesis, su relevancia puede ser significativa en un espacio económico integrado como el que administra la Comunidad Andina, más aún cuando no existe un instrumento internacional que establezca un sistema global de defensa de la competencia. Así, pese a la carencia de un marco de defensa de la competencia en el ámbito internacional, queda puesto en relieve que las normas de defensa de la competencia en espacios económicos integrados⁵⁹ tienen la capacidad de evitar que se afecte la competencia efectiva, impidiendo que se perjudique el interés de los consumidores.

Si bien no existe un sistema global de defensa de la competencia, se evidencia cierto consenso acerca de que este debiera incluir, cuando menos: i) principios fundamentales de comercio, tales como no discriminación, transparencia, debido proceso y trato especial y diferenciado; ii) principios fundamentales de competencia, tales como prohibición de acuerdos o colusiones anticompetitivas, prohibición del abuso de la posición de dominio y control de fusiones y adquisiciones; y, iii) principios de cooperación voluntaria entre autoridades de competencia nacionales y

⁵⁹ De modo general, la experiencia de los Acuerdos Comerciales Regionales permite observar una paradoja con el sistema multilateral de comercio administrado por la OMC, cuyos Miembros decidieron no negociar un marco multilateral durante la Ronda Doha; y, dichos acuerdos en los cuales, muchos Estados que son Miembros de la OMC han asumido compromisos en materia de defensa de la competencia (Evenett, 2005, p. 39).

autoridades con atribuciones en espacios económicos integrados (UNCTAD, 2002, p. 24).

En consecuencia, apreciamos que el sistema multilateral de comercio es un sistema incompleto debido a que sus disciplinas vinculantes se ocupan de las barreras legislativas o gubernamentales que afectan el comercio de bienes y servicios, pero no contempla disciplinas generales que impidan barreras empresariales que implican conductas anticompetitivas, como fue el objetivo del Capítulo V de la Carta de la Habana (UNCTAD, 2002, pp. 20-21), dejando así incompleto el amplio espectro de lo que implicaría una política de competencia de escala global.

1.2.4. El rol de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

La OCDE es una organización internacional plurilateral establecida sobre la base de la Organización Europea de Cooperación Económica, sucediendo a esta en su posición como sujeto de derecho internacional. Conforme a la Convención de la OCDE, esta organización internacional tiene entre sus objetivos promover políticas públicas dirigidas a la expansión de la economía y el empleo, aumentando el nivel de vida, y dirigidas a contribuir con la expansión del comercio mundial sobre base multilateral bajo el principio de no discriminación⁶⁰.

Bajo este mandato, en el marco de las funciones que le confiere el literal b) del artículo 5 de la Convención de la OCDE⁶¹, esta organización internacional ha emitido una serie de recomendaciones en materia de defensa de la competencia que, para Estados no miembros, como el Perú, significan, a manera de *soft law*, valiosos parámetros de referencia para el diseño y el mejoramiento de su política de

⁶⁰ Cfr. Artículo I de la Convención de la OCDE.

⁶¹ “**Artículo V**

Con el fin de alcanzar sus objetivos la Organización puede:

(...)

b) hacer recomendaciones a los miembros;”

competencia y de sus normas de defensa de la competencia⁶². Estas recomendaciones abarcan diversos aspectos específicos relacionados con el *control de conductas* y con el *control de estructuras*, así como sobre la regulación que impacta en la promoción de la competencia. En este sentido, constituyen recomendaciones referenciales propiamente en el ámbito amplio de la política de competencia, que incluyen la regulación y la desregulación del comercio de bienes y servicios.

A continuación, analizaremos tanto las recomendaciones vigentes, emitidas por la OCDE y que resultan relevantes en materia de políticas de competencia debido a que expresan estándares internacionales en esta materia, como el reciente Examen Interpares realizado en 2018 por la OCDE y el BID sobre el Derecho y Política de Competencia sobre el Perú.

1.2.4.1. Recomendaciones del Consejo relacionadas con el control de conductas

A) Recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos

Esta recomendación fue adoptada en 2019 y dejó sin efecto una recomendación sobre la materia adoptada en 1998⁶³. Esta nueva recomendación define a los *cárteles*

⁶² En la actualidad Perú no es un país miembro de la OCDE, es considerado un país socio y candidato a la adhesión. El único país miembro de la Comunidad Andina que también es miembro de la OCDE, desde el 2020, es Colombia.

Actualmente los países miembros de la OCDE son: Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Chile, Colombia, Corea del Sur, Costa Rica, Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estados Unidos, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Italia, Japón, Letonia, Lituania, Luxemburgo, México, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Suecia, Suiza y Turquía.

⁶³ La recomendación aprobada en 1998 y dejada sin efecto no contenía la misma amplitud y diversidad de provisiones que la recomendación aprobada en 2019. Se limitaba a incentivar la cooperación entre agencias de competencia y a crear el marco normativo general para que esta se produzca. (OCDE, 1998). No llegó a establecer pautas para temas como programas de clemencia o cooperación con otro tipo de autoridades. Estas limitaciones fueron determinantes para que realizara un reporte sobre sus efectos y vigencia, que tuvo como base el análisis de los casos y la legislación de diversos Estados, así como una encuesta a sus Gobiernos. Así, si bien la relevancia de la recomendación aprobada en 1998 es clara, era necesario actualizarla para orientar las reformas internas y los desarrollos de políticas de competencia que mejoren la efectividad de la aplicación de las leyes de control de *cárteles*, teniendo en cuenta especialmente los desarrollos encontrados entre los encuestados (OCDE, 2019c, p. 7).

intrínsecamente nocivos (*hard-core cartels*) como las conductas colusorias horizontales (entre competidores), que implican acuerdos o prácticas anticompetitivos que tienen por objetivo, entre otros, fijar precios, restringir la oferta, o dividir o repartir clientes o mercados, provocando daños significativos a los destinatarios del proceso competitivo.

Ante ello, el objetivo principal de esta recomendación es plantear un enfrentamiento directo de los *cárteles* intrínsecamente nocivos, al señalar que estos deben ser considerados ilegales incluso sin necesidad de probar un verdadero daño a los mercados. Se plantea que las políticas de competencia deben orientarse siempre a disuadir y detener cualquier tipo de *cártel* intrínsecamente nocivo, al ser considerado, por esta recomendación, como la violación más severa contra las normas de defensa de la competencia. El riguroso enjuiciamiento de estos *cárteles* es un objetivo de política prioritario para la OCDE y, en esta recomendación, se plantea que debiera ser una prioridad de aplicación para las autoridades de competencia de las jurisdicciones que se adhieran a esta recomendación (OCDE, 2019a).

Con este fin, la recomendación señala diversas pautas para mejorar las normas de defensa de la competencia que se aplican para enfrentar estos *cárteles*. Al respecto, se plantea como un imperativo, en toda jurisdicción, específicamente un esquema eficaz para analizar información sobre las contrataciones públicas (que son espacios que podrían cobijar *cárteles* intrínsecamente nocivos); y, de modo general, la implementación de un sistema de detección de *cárteles* efectivo, que incluya un programa de clemencia funcional. Se estima que el desarrollo de los programas de clemencia (*leniency*) –que a cambio de confesiones y delaciones de conductas anticompetitivas que involucran a otros infractores, otorgan reducción o exención de sanciones– es uno de los avances más importantes de los últimos años en las jurisdicciones que conforman la OCDE. Estos programas permiten satisfacer la necesidad que tienen las autoridades para mejorar la detección y sanción de conductas anticompetitivas, y su aplicación revela una mayor cantidad de procesos iniciados de oficio por parte de las autoridades de competencia (OCDE, 2019c).

También se sugiere dotar a las autoridades de competencia de poderes de inspección intrusivos, como son las visitas inopinadas y el acceso a información electrónica, con

el fin de mejorar la capacidad de investigación de una autoridad de competencia (OCDE, 2019a). Adicionalmente, se orienta a incentivar tanto la cooperación con otras entidades para hacer más eficaz el trabajo de investigación al interior de una jurisdicción, como a promover el uso de métodos de terminación anticipada del procedimiento, privilegiando la punición celer pero severa. Otro punto central de esta recomendación pone de relieve la necesidad de implementar un mecanismo para que quien haya sido dañado por el *cártel* pueda obtener una reparación (OCDE, 2019a).

B) Recomendación sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones en la contratación pública

Esta recomendación fue adoptada en 2012 y ha sido objeto de evaluación en 2016. El objetivo principal de esta recomendación, que incluye una guía detallada, es determinar pautas básicas para evitar la manipulación de licitaciones o concursos en los procesos de contratación pública (*bid rigging in public procurement*). Ello se expresa en dos ejes principales de acción sobre tales licitaciones o concursos: hacerlos más competitivos y saber identificar cuando hay indicios de colusión.

En relación con el primer eje, la OCDE recomienda incrementar el nivel de competencia en los procesos de licitación pública a través de diversos mecanismos, tales como maximizar la cantidad de posibles competidores; reducir la capacidad de comunicación entre competidores; no desincentivar la participación de empresas pequeñas y medianas; y, comunicar con claridad las infracciones en las que pueden incurrir los competidores que intenten manipular el proceso, así como sus correspondientes sanciones.

En relación con el segundo eje, relacionado con la identificación de situaciones potencialmente anticompetitivas en los procesos de licitación, se sugiere el entrenamiento de funcionarios públicos y el trabajo conjunto entre el ente licitador y la autoridad de competencia con el fin de mejorar la detección, la investigación y la eventual sanción de conductas anticompetitivas.

El informe emitido en 2016 sobre evaluación de esta recomendación tuvo por finalidad evaluar el efecto que esta presentó en la jurisdicción de los Estados que se adhirieron a

ella. Este informe reportó que los efectos de la recomendación habían sido mayoritariamente positivos y que no se requería un cambio en la misma. Cabe destacar que muchos Estados han logrado cambios normativos y procedimentales derivados del seguimiento de las pautas contenidas esta recomendación, que se ha convertido en una de las principales referencias en la materia (OCDE, 2016c). Asimismo, este informe identificó una serie de áreas donde puede procurarse mayor desarrollo, especialmente en la mejora de la cooperación entre autoridades de competencia, de contratación pública y de anticorrupción. Esto podría devenir en mejoras normativas y procedimentales.

En consecuencia, esta recomendación establece relevantes pautas de referencia para el trabajo de los funcionarios y servidores públicos en procesos –donde se dispone de recursos públicos para procurar el bienestar general– como son las licitaciones o concursos en los procesos de contratación pública, que son susceptibles de ser afectadas por una manipulación (*bid rigging in public procurement*).

1.2.4.2. Recomendaciones del Consejo relacionadas con el control de estructuras

A) Recomendación sobre la evaluación de concentraciones empresariales

Esta recomendación fue adoptada en 2005 y ha sido objeto de revisión en 2013. Su objetivo principal es proporcionar un marco de referencia básico para la regulación del control de concentraciones (fusiones y adquisiciones) empresariales. En consecuencia, propone una serie de pautas para establecer o mejorar esta regulación, incluyendo los procedimientos propiamente considerados, el nivel de coordinación y cooperación con otras autoridades, y las relaciones con procedimientos en otras jurisdicciones.

Entre las principales pautas establecidas por esta recomendación se encuentra evitar la imposición de costos y cargas innecesarias sobre los administrados, la exigencia de

transparencia, el trato equitativo de empresas extranjeras y el aseguramiento de normas claras en relación con el control de fusiones y adquisiciones. Es relevante notar que la recomendación enfatiza que el procedimiento de control sea amigable con los administrados, a través de criterios claros en la aplicación de las normas que sean flexibles y razonables. Se hace un énfasis muy especial en la flexibilidad del procedimiento y en evitar ralentizar innecesariamente las operaciones de concentración empresarial (OCDE, 2005).

Asimismo, se exhorta a evitar inconsistencias en los resultados de los procedimientos de control de concentraciones empresariales realizados en diferentes jurisdicciones, ello a través de la coordinación, cooperación e intercambio de información entre las autoridades de diferentes jurisdicciones (OCDE, 2005).

Con la finalidad de evaluar el impacto de esta recomendación y la necesidad de mejoras en ella o cambios, se emitió un informe en 2013. Este informe se fundamentó en una serie de encuestas realizadas a países miembros y no miembros de la OCDE y concluyó que esta recomendación había contribuido con la mejora de prácticas de control de concentraciones, por lo que no se estimó la necesidad de implementar cambios.

Sin embargo, este informe reportó que había una serie de aspectos en el control de concentraciones que habían estado desarrollándose en la práctica internacional, pero que no habían sido cubiertos por la recomendación. Estos son “la convergencia de los criterios sustantivos con respecto a los cuales se revisan las concentraciones”, “el marco cada vez más basado en la economía para la revisión de concentraciones” y “los desarrollos recientes en los remedios impuestos por las autoridades al aprobar transacciones potencialmente anticompetitivas” (OCDE, 2013b, p. 36). Ello ha permitido notar que existe una tendencia clara respecto a la uniformización de criterios y métodos de evaluación, lo que permite apreciar que en este campo podría estarse configurando un sistema internacional que evoluciona progresivamente mediante la retroalimentación mutua.

Pese a lo anterior, debe notarse que en el plano internacional no existe uniformidad absoluta sobre el diseño del control de concentraciones empresariales. Si bien impera

el control previo y obligatorio cuando la transacción supera determinados umbrales que reflejen relevancia económica en determinada jurisdicción, existen otros diseños que se deben tener en cuenta:

“Some important features of merger control regimes that can differ across jurisdictions are whether an authority undertakes ex ante or ex post assessments and whether the notification of an intended or consumed transaction is mandatory or voluntary. Only a limited number of jurisdictions (eight) employs a voluntary merger notification or post-merger notification and assessment regime. The large majority of merger control regimes requires mandatory pre-merger notification for transactions that meet certain thresholds defined using criteria, such as turnover, asset, market share, or transaction value.” (OCDE, 2021, p. 11)⁶⁴.

Y como analizaremos en el tercer capítulo, de modo contrastante y, a la vez, aglutinante, el Perú se encuentra con una reciente regulación vigente que establece un obligatorio control previo de concentraciones (fusiones y adquisiciones) empresariales en los casos en que se superen determinados umbrales. Sin embargo, también existe en el Perú un posible obligatorio control posterior, aun cuando la transacción no supere los umbrales que la ley establece. Asimismo, también en esta jurisdicción existe un control previo de naturaleza voluntaria. Todo ello se ha establecido, según se señala oficialmente, con el propósito de evitar que las concentraciones empresariales sean capaces de restringir significativamente la competencia.

B) Recomendación sobre la separación estructural en las industrias reguladas

Esta recomendación fue originalmente adoptada en 2001 y fue modificada en diversas oportunidades. La versión actual de la recomendación fue adoptada en 2016. El objetivo principal de esta recomendación es incentivar el análisis minucioso de los beneficios y los perjuicios al evaluar acciones ante una empresa regulada que esté operando en un mercado competitivo o que pueda hacerlo en el futuro. La OCDE ha

⁶⁴ “Algunas características importantes de los regímenes de control de fusiones que pueden diferir entre jurisdicciones son si una autoridad realiza evaluaciones ex ante o ex post y si la notificación de una transacción prevista o consumada es obligatoria o voluntaria. Solo un número limitado de jurisdicciones (ocho) emplea un régimen voluntario de notificación de fusión o notificación y evaluación posterior a la fusión. La gran mayoría de los regímenes de control de fusiones requieren una notificación obligatoria previa a la fusión para las transacciones que cumplen con ciertos umbrales definidos mediante criterios, como el volumen de negocios, los activos, la participación de mercado o el valor de la transacción” (traducción propia).

recomendado que, al momento de realizar este tipo de análisis, se tenga en cuenta principalmente:

“Los efectos sobre la competencia, los efectos sobre la calidad y el costo de la regulación, los efectos sobre los incentivos corporativos para invertir, los costos de transición de las modificaciones estructurales y los beneficios económicos y públicos de la integración vertical, sobre la base de las características económicas de la industria en el país analizado” (OCDE, 2016a, p 6).

Cabe destacar que esta recomendación se limita a describir los tipos de elementos a analizar, sin proponer una carga valorativa sobre la forma en la que este análisis debe realizarse. La OCDE también ha señalado que toda evaluación debe realizarse en función al contexto en el que se encuentra el país y el sector, sea que se trate de un contexto de liberalización o uno de aumento de regulación económica (2016a).

Para comprender mejor el contexto y razonamiento detrás de esta recomendación es necesario remitirse al informe que propició la versión actual de la recomendación. Este se basó en una serie de análisis y encuestas realizadas en diferentes jurisdicciones sobre la separación estructural de sus industrias reguladas y competitivas. Se ha señalado que estas herramientas permitieron notar que los beneficios de la separación estructural no son exclusivos de las industrias de redes, sino que pueden aplicar muy bien en otros tipos de industrias. Otro aspecto relevante en este informe propone incorporar los estudios de mercado de manera explícita dentro de las herramientas disponibles para el análisis de la estructura de un sector, lo cual parece idóneo para que la información empírica pueda confrontar eventuales juicios o prejuicios de valor o sesgos subjetivos en las autoridades (OCDE, 2016b).

1.2.4.3. Recomendación del Consejo sobre evaluación de la competencia

Esta recomendación fue adoptada en 2019, dejando sin efecto dos recomendaciones: una referida a políticas de competencia y sectores exceptuados o regulados, adoptada en 1979⁶⁵, y una referida a la evaluación de la competencia, adoptada en 2009. El

⁶⁵ La recomendación de 1979 perseguía que las jurisdicciones partes adherentes empezaran una revisión integral de todos sus regímenes regulatorios o de excepción sobre las normas de defensa de la competencia, tomando en cuenta si es que los objetivos buscados al momento de crear tales regímenes habían sido cumplidos y si era necesario mantenerlos para cumplir tales objetivos (OCDE, 1979).

objetivo principal de esta recomendación nueva es incentivar la identificación y revisión de políticas públicas y regulación que pudiera generar restricciones innecesarias sobre el proceso competitivo⁶⁶.

Esta recomendación tiene tres ejes, el primero se refiere a la identificación de políticas públicas o regulaciones que podrían restringir el proceso competitivo; el segundo versa sobre la revisión de estas políticas y regulaciones; y, el tercero se refiere a cómo tal identificación y revisión deben ser parte integral de las instituciones (OCDE, 2019b).

La identificación de políticas públicas o regulación, existente o propuestas, persigue generar un proceso estable y permanente para conocer cuáles de ellas pueden restringir la competencia. Se debe prestar especial atención, en particular, a aquellas que podrían limitar la cantidad de participantes en el mercado, las acciones que estos pueden tomar, sus incentivos de conducta y las alternativas e información disponible para los consumidores (OCDE, 2019b, p. 6). Un aspecto importante de la recomendación versa sobre las excepciones que se establecen sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia, especialmente en sectores regulados. La OCDE indica que estas, en caso de existir, deben estar claramente limitadas, su interpretación siempre debe ser restrictiva y deben estar siendo constantemente evaluadas (OCDE, 2019b, p. 6).

Los últimos dos ejes de la recomendación promueven la creación de un proceso que revise de manera constante todas las políticas públicas y regulaciones, existentes o propuestas, para evitar cualquier tipo de restricción innecesaria sobre el proceso competitivo, priorizando las alternativas que más favorezcan la intensidad de la competencia y haciendo que los principios de esta evaluación sean parte de la institucionalidad de los poderes públicos. Ello, considerando que la política de competencia comprende también la liberalización y la desregulación del comercio.

⁶⁶ La consolidación de las recomendaciones de 1979 y 2009 se dio en el marco de una revisión general de todos los instrumentos de la OCDE y bajo la siguiente consideración: “la Recomendación de 2009 era más completa y actualizada que la Recomendación de 1979, y señaló que, si bien no se centró en las exenciones de la ley de competencia para ciertos sectores, las metodologías que propuso seguían siendo relevantes para examinar el impacto de tales exenciones” (OCDE, 2019b, p. 3). Por otra parte, la recomendación de 2009 tenía una redacción parecida a la recomendación vigente, pero se limitaba estrictamente al análisis de políticas públicas que pudieran restringir la competencia sin hacer mención a regímenes especiales o industrias reguladas (OCDE, 2009). En este sentido, la recomendación vigente ha logrado unificar ambas recomendaciones basándose en prácticas recientes.

En suma, esta recomendación promueve altos estándares de calidad regulatoria mediante la previsión de procesos previos (ex ante) o posteriores (ex post) que permitan evitar o eliminar, respectivamente, políticas y regulaciones capaces de afectar la actuación de los agentes económicos de un modo que se restrinja el proceso competitivo sin un objetivo legítimo; o, mediante medidas carentes de idoneidad o de proporcionalidad. Estas orientaciones cobran especial relevancia para el caso peruano, como apreciaremos en el tercer capítulo, considerando que en esta jurisdicción se han dado pasos para asegurar la calidad regulatoria en determinados procesos normativos y que, hace décadas, con éxito, se ha establecido un sistema de eliminación de *barreras burocráticas* que permite inaplicar normas o exigencias que, siendo ilegales o irracionales, sean capaces de afectar el ingreso o permanencia de los agentes económicos en determinados mercados, lo que atenúa la intensidad del proceso competitivo. Consideramos que esta disciplina resulta complementaria a las normas de defensa de la competencia, dado que son capaces de resguardar tal intensidad, haciendo parte de la política de competencia.

1.2.4.4. Recomendación del Consejo sobre la cooperación internacional en la aplicación de las normas de defensa de la competencia

Esta recomendación fue adoptada en 2014, dejando sin efecto la recomendación adoptada en 1995 sobre esta materia (OCDE, 1995), significando una sensible mejora en su contenido y cobertura de temas⁶⁷. Su objetivo principal es presentar una serie de pautas para mejorar la cooperación y la coordinación entre autoridades de competencia en procedimientos que puedan afectar a más de una jurisdicción. Con este propósito, esta recomendación sugiere principalmente lo siguiente:

⁶⁷ En su momento, la OCDE señaló en un informe que:

“El trabajo preparatorio realizado por el Comité de la Competencia para la revisión de la Recomendación de 1995 revela experiencias significativas durante las dos últimas décadas con la cooperación internacional entre Miembros y no Miembros debido particularmente al rápido aumento en el número de casos multijurisdiccionales. Dos mecanismos establecidos por la Recomendación de 1995, es decir, notificaciones y coordinación de acciones, han sido utilizados con relativa frecuencia por las autoridades de competencia, mientras que otros mecanismos, p. Ej. los procedimientos de consulta y conciliación rara vez se han utilizado en la práctica. Además, el Comité de Competencia identificó varias otras áreas en las que la Recomendación de 1995 podría mejorarse”. (OCDE, 2014a, p. 2).

- i) El compromiso con la cooperación internacional efectiva, que reduzca los impactos negativos de las normas de defensa de la competencia de cada jurisdicción sobre la capacidad de cooperación internacional en procedimientos e investigaciones específicos, incentivando la claridad y la publicidad de las reglas que regulan estos procedimientos (OCDE, 2014b).
- ii) La autoridad de una jurisdicción que se adhiera a esta recomendación, y que considere que una investigación o un procedimiento que esté siendo llevado a cabo por la autoridad de otra jurisdicción que también sea adherente, en aplicación de sus leyes de defensa de la competencia, puede afectar sus importantes intereses, debiera transmitir sus puntos de vista sobre el asunto o solicitar consultas con la autoridad de la investigación o el procedimiento (OCDE, 2014b, p. 6). También se estipula que la autoridad de una jurisdicción debiera poder entablar consultas, en caso empresas situadas en otra jurisdicción estén realizando actos anticompetitivos que dañen sus intereses, con la autoridad de la jurisdicción donde tales empresas se encuentren situadas. La responsabilidad compartida subyace como concepto base en estos aspectos de esta recomendación (OCDE, 2014b).
- iii) Resulta necesario que las autoridades de las jurisdicciones adherentes notifiquen debida, clara y eficientemente sobre los procedimientos en trámite que puedan afectar los intereses de otras jurisdicciones (OCDE, 2014b).
- iv) Cuando diferentes autoridades de competencia investigan hechos capaces de afectar a más de una jurisdicción, relacionados con conductas anticompetitivas o con fusiones y adquisiciones (concentraciones) empresariales capaces de afectar significativamente el proceso competitivo, se recomiendan altos estándares de cooperación y coordinación para el impulso de los correspondientes procedimientos (OCDE, 2014b).
- v) Respecto del intercambio de información en investigaciones o procedimientos de competencia, se pretende que las autoridades se provean de información relevante, entre sí, con el fin de realizar acciones efectivas

para defender la libre competencia, en las mejores condiciones posibles, pero marcando parámetros exigentes de protección de la información y confidencialidad, incluyendo mecanismos recomendados para evitar fugas de información. Asimismo, se resalta la necesidad de evaluar el intercambio de información caso por caso y no de manera general (OCDE, 2014b).

- vi) El compromiso con el constante apoyo voluntario entre las autoridades de competencia cuando investiguen casos relacionados con conductas anticompetitivas o con fusiones y adquisiciones (concentraciones) empresariales capaces de afectar significativamente el proceso competitivo. Ello puede incluir la búsqueda o toma de evidencia de una autoridad en nombre de la autoridad de competencia de otra jurisdicción, considerando equilibradamente los recursos disponibles y las prioridades de la primera (OCDE, 2014b).

1.2.4.5. Examen Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia en el Perú

Como consecuencia de este examen realizado en el 2018 sobre la jurisdicción peruana, se emitió un informe que presenta expresiones alentadoras. Este documento ha estimado que el sistema de defensa de la competencia peruano se encuentra, en general, alineado con los estándares internacionales vigentes y que las últimas reformas aplicadas han permitido valorados avances (OCDE, 2018).

Sin embargo, este examen también ha resaltado una serie de aspectos que deben ser mejorados en la legislación y en la actuación de las autoridades de competencia para que puedan alcanzar los estándares internacionales que expresa la OCDE. Así, en el Examen Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia en el Perú se ha expresado lo siguiente:

- i) *En relación con el aspecto institucional orgánico*, se recomienda mejorar el marco normativo de selección de personas que ocuparán puestos clave del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de

la Propiedad Intelectual (Indecopi) que, como organización administrativa, cobija a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que es el órgano administrativo instituido como la autoridad principal en materia de defensa de la competencia en el país. Específicamente, se recomienda mejorar el proceso de selección de las personas que conforman el Consejo Directivo, con el fin de reducir sustancialmente el riesgo de politización de la entidad. Según el informe, ello podría lograrse mediante cambios en quien elige a estos miembros y hacerlo de forma escalonada en diferentes momentos. Asimismo, se ha recomendado aumentar el personal dedicado a defensa de la competencia y aumentar los salarios del personal para hacerlos más competitivos frente al sector privado, con el fin de retener el talento humano de la institución y asegurar altos estándares resolutivos. A ello deben sumarse esfuerzos por especializar más al Indecopi y aumentar la coordinación entre sus diferentes áreas técnicas (OCDE, 2018).

- ii) *En relación con el aspecto institucional funcional*, se ha recomendado que el Indecopi “quede facultado para formular comentarios sobre la incidencia que los actos de legislación primaria tienen en los ámbitos de su competencia” (OCDE, 2018, p. 149). Esto quiere decir que se debiera otorgar al Indecopi la capacidad de hacer evaluaciones sobre la legislación en general (y se debe entender sobre los proyectos normativos también), en relación con el impacto que generan en el proceso competitivo en los diferentes mercados. Ello con el fin de promover e intensificar la competencia, así como para evitar que esta se vea atenuada o afectada. Evidentemente, esta orientación se encuentra alineada con lo señalado en la recomendación de la OCDE sobre evaluación de la competencia, aprobada en 2019, que fomenta la identificación y revisión de políticas públicas y regulaciones que tengan el potencial de dañar o afectar la competencia en ciertos mercados (OCDE, 2019b).
- iii) *En relación con el control de conductas en el ámbito de las colusiones horizontales*, el informe señala la necesidad de proteger y reforzar el programa de clemencia que había venido desarrollándose durante los años previos al examen. Se señala que sería muy positivo “fortalecer los

procedimientos de avenencia y compromiso de cese” (OCDE, 2018, p. 145), ya que permitiría resolver más casos a menor costo. Ambos aspectos se encuentran alineados con las orientaciones contenidas en la recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos, dado que se enfatiza la sugerencia de implementar y fortalecer mecanismos para concluir eficazmente, de manera anticipada, la mayor cantidad de procedimientos relacionados con colusiones horizontales (OCDE, 2019a).

Cabe anotar que el Indecopi, después de este examen, en relación con acciones que pueden resultar eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos, emitió los Lineamientos del Programa de Recompensas (Indecopi, 2019) con el propósito de ampliar las herramientas disponibles para la detección de *cárteles*. A diferencia del programa de clemencia, este programa de recompensas está dirigido a beneficiar a personas naturales que no hayan cometido la infracción, pero que, por su rol o posición, poseen información valiosa sobre la ejecución de la conducta. Complementariamente, el Indecopi ha procurado contribuir con una cultura de *private enforcement*, al emitir los Lineamientos sobre Resarcimiento de Daños Causados a Consumidores como Consecuencia de Conductas Anticompetitivas (Indecopi, 2021a). Este documento orientativo establece las pautas que seguirá el Indecopi al interponer demandas de resarcimiento a favor de los consumidores afectados por *cárteles*, así como para la respectiva ejecución de la decisión judicial.

- iv) *En relación con el control de conductas en el ámbito de las adquisiciones y licitaciones públicas*, se ha recomendado prestar atención a las conductas anticompetitivas en este ámbito, especialmente en concertación de posturas, ya que, a pesar de algunos casos puntuales, “la labor investigadora y sancionadora de la concertación de posturas en licitaciones en Perú es testimonial y (...) existe una evidente falta de coordinación entre el Indecopi y los correspondientes órganos de contratación pública” (OCDE, 2018, p. 141). En estrecha relación con las pautas contenidas en la recomendación sobre la lucha contra la manipulación de licitaciones en la

contratación pública (OCDE, 2012), se recomienda específicamente, por ejemplo, un trabajo más estrecho de la autoridad de competencia con el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado del Perú. En todo caso, el examen llega a resaltar los avances en la materia como la publicación de la Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas (Indecopi, 2018) y las recomendaciones normativas para fomentar la competencia en las contrataciones públicas, ambas emitidas en 2018.

- v) *En relación con el control de estructuras*, se ha señalado que uno de los principales vacíos que tenía el sistema de defensa de la competencia en el Perú era la falta de un sistema de control de concentraciones para todos los sectores económicos. Ello se alinea con la recomendación emitida por la OCDE en 2005 sobre evaluación de concentraciones empresariales, que invita a implementar un sistema general basado en notificaciones obligatorias determinadas por umbrales económicos. Así, la OCDE se convirtió, para el Perú, en el principal promotor internacional del establecimiento de un control de fusiones y adquisiciones empresariales. En este examen, se señaló que este sistema es básico para un adecuado marco de defensa de la competencia, debido a que “permite frenar operaciones restrictivas de la competencia susceptibles de irrogar perjuicios a los consumidores al coartar la libre competencia entre empresas rivales y/o eliminar competidores” (OCDE, 2018, p. 136). Con posterioridad a la emisión del informe de este examen inter-pares, en junio de 2021 ha entrado en vigencia en el Perú la Ley que establece un control fusiones y adquisiciones empresariales – Ley 31112, que resulta de aplicación para todos los sectores de la economía, dando cumplimiento a esta recomendación.
- vi) *En relación con el debido proceso y la imparcialidad*, debe apreciarse que en los procedimientos correctivos y sancionadores en materia de defensa de la competencia el *fiscal administrativo* (la Secretaría Técnica) actualmente sesiona a solas (sin la presencia de los agentes económicos imputados), tratando casos específicos con la autoridad que decide (la Comisión), luego

de formalizada una acusación; y, este *fiscal administrativo* prepara el proyecto de decisión final a la Comisión. En este punto, la OCDE y el BID han señalado, utilizando el cuidadoso lenguaje diplomático que les caracteriza, que: “si bien se da una separación formal entre la Secretaría Técnica y la Comisión, existe la impresión generalizada de que, en la práctica, los límites entre las funciones de instrucción y toma de decisiones se estarían desdibujando”, recomendando, por ello, que “el Indecopi garantice que el proceso de toma de decisiones es plenamente autónomo de la investigación de las infracciones a la competencia” (OCDE, 2018, pp. 145-146). Como analizaremos en el tercer capítulo de esta tesis, esta indebida práctica afecta el debido proceso y la imparcialidad que se requiere necesariamente, lo cual debe ser corregido.

Estas son las recomendaciones y referencias más resaltantes que ha generado el examen Inter-pares hecho por la OCDE y el BID a la jurisdicción peruana. Las recomendaciones específicas, como consecuencia de este tipo de exámenes, han mostrado ser efectivas para uniformizar legislación en países con culturas muy distintas, alineándolas progresivamente con las recomendaciones generales emitidas por el Consejo de la OCDE en materia de defensa de la competencia.

1.3. La política y la defensa de la competencia en los acuerdos comerciales regionales (no comunitarios)

Considerando que la política de competencia incluye tanto el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como también la liberalización y la desregulación del comercio, abordaremos ambos aspectos desde los compromisos asumidos por el Perú en acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria.

1.3.1. Liberalización y desregulación del comercio

La liberalización del comercio tiene por efecto intensificar el proceso competitivo en los mercados bajo jurisdicción de los Estados u organizaciones internacionales que celebran un acuerdo comercial regional. A mayor apertura comercial, se produce

mayor intensidad en la competencia por eficiencia, lo que, a su vez, aumenta el excedente de los consumidores intermedios o finales, quienes pueden elegir entre mercancías (bienes) y servicios que pugnan, en una contienda concurrencial, por ofrecerle las mejores combinaciones de precio y calidad.

Por ello, cualquier acto de poder público que restrinja, limite o impida el libre comercio, en esencia, restringe también la libre competencia y afecta el bienestar que el libre intercambio económico es capaz de generar en los consumidores y la sociedad en su conjunto.

1.3.1.1. Reglas sobre mercancías

A continuación, analizaremos los compromisos más relevantes de los acuerdos comerciales regionales celebrados por el Perú, que califican como tratados de libre comercio (TLC), y que se encuentran dirigidos a establecer un área de libre comercio de mercancías con sus contrapartes, estimulando la intensidad del proceso competitivo y mejorando su acercamiento al modelo de competencia perfecta.

A) Reglas de origen

La liberación del comercio de mercancías entre las partes de un TLC recae únicamente sobre aquellas que califiquen como originarias de cada una de las partes o del área de libre comercio de que se trate. En consecuencia, las reglas de origen determinarán si la importación de una mercancía requiere el pago de aranceles completos, el pago de aranceles reducidos o, simplemente, no requiere tal pago.

Existen casos en los que la determinación de origen se presenta como un asunto sencillo. Este es el caso de la determinación de origen de las mercancías obtenidas de la actividad minera, agrícola o ganadera. Al respecto, por ejemplo, será razonable deducir que el cobre extraído de un yacimiento minero ubicado en el Perú es originario de este país, así como lo serán los filamentos de cobre que se produzcan en su territorio sobre la base de dicho material. Los vegetales sembrados y cosechados en el territorio de una parte también resultarán originarios; así como el ganado que nace, crece y se beneficia en el mismo territorio, y la carne y el cuero que se obtiene de cada

ejemplar. Sin embargo, en el caso de las mercancías cuya producción es compleja, en lo artesanal o en lo industrial, puede resultar más complejo determinar su calificación jurídica de originaria, más aún cuando en su producción puede utilizarse insumos importados de otras jurisdicciones.

En cada caso, se deben aplicar las normas de origen que determine el correspondiente TLC, tanto en el texto de su capítulo sobre reglas generales de origen como en sus anexos de reglas específicas, por cada tipo de mercancía, cuando estos se encuentren incorporados al correspondiente tratado. Por ejemplo, como reglas generales, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica establece:

“Art. 4.1. Mercancías originarias

Salvo que se disponga lo contrario en este capítulo, cada parte dispondrá que una mercancía es originaria cuando:

- (a) la mercancía es obtenida en su totalidad o producida enteramente en el territorio de una o más de las partes;
- (b) es producida enteramente en el territorio de una o más de las partes y
 - i) cada uno de los materiales no originarios empleados en la producción de la mercancía sufre el correspondiente cambio en la clasificación arancelaria, especificado en el anexo 4.1 o en el anexo 3-A («Reglas específicas de origen del sector textil y del vestido»), o
 - ii) la mercancía, de otro modo, satisface cualquier requisito de valor de contenido regional aplicable u otros requisitos especificados en el anexo 4.1 o en el anexo 3-A («Reglas específicas de origen del sector textil y del vestido»), y la mercancía cumple con los demás requisitos aplicables de este capítulo; o
- (c) la mercancía es producida enteramente en el territorio de una o más de las partes, a partir exclusivamente de materiales originarios.”

Las reglas generales que presenta el citado artículo deben aplicarse considerando que este TLC, en su art. 4.23, define producción como “cultivo, extracción, cosecha, pesca, crianza, caza con trampas, caza, manufactura, procesamiento, ensamblado o desensamblado de una mercancía” y material como “una mercancía que es utilizada en la producción de otra mercancía, incluyendo una parte o un ingrediente”. Asimismo, el art. 4.1 arriba citado exige que las mercancías, para ser originarias, sean “obtenidas en su totalidad” o “producidas enteramente” en el territorio del Perú y/o Estados Unidos de Norteamérica. Ello significa, como ocurre en diversos TLC, que la calificación de una mercancía se predica como originaria del área de libre comercio y no exclusivamente como originaria de una de las partes del tratado. Esto implica que se

exige que la obtención o la fabricación se produzca: 1) en uno de los dos Estados; o 2) en ambos Estados, pudiendo ser primero en uno y luego en otro.

En el caso del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, como en otros TLC en los que participa el Perú, se prescriben cuatro tipos de reglas de origen que, alternativamente, confieren origen a una mercancía: i) una regla de obtención o producción plena; ii) una regla de transformación significativa o salto de partida; iii) una regla de producción con un valor determinado de insumos; y, iv) una regla comprehensiva.

El cumplimiento de las reglas de origen se acredita con la presentación de una prueba de origen, que es el certificado de origen o la declaración de origen, emitida de conformidad con cada tratado. Ello que permite que, al momento de la importación, se otorgue la preferencia arancelaria, consistente en una reducción o eliminación del arancel correspondiente a la mercancía originaria, conforme a lo que indique el programa de liberación del correspondiente TLC. En algunos de estos tratados existen reglas que, excepcionalmente, indican que las partes no exigirán una certificación de origen o información que respalde que una mercancía es originaria si el valor aduanero de la importación no supera montos significativos previamente definidos.

B) Programa de liberación

El cumplimiento del programa de liberación en un TLC tiene por finalidad el establecimiento del área de libre comercio de mercancías entre quienes lo suscriben, pues su ejecución permite que las mercancías originarias, exportadas desde una parte e importadas en la otra parte, reciban progresivamente la aplicación de menores aranceles para su circulación internacional hasta llegar a su eliminación absoluta. Debe apreciarse que, en el caso del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea, la contraparte de los Estados andinos es una organización internacional que funciona como una unidad aduanera, por ello la aplicación del programa de liberación se refiere a las exportaciones e importaciones que se realicen desde y hacia los territorios de los miembros de dicha unión.

La aplicación de un arancel tiene un efecto de barrera sobre las importaciones, en mayor o menor medida, pues las encarece⁶⁸. Ello genera, consecuentemente, una atenuación de la intensidad del proceso competitivo en los mercados donde tal importación se encarece. Por ello, uno de los objetivos de mayor importancia de un TLC, en materia de libre circulación de mercancías, con impacto positivo en la intensificación de la competencia, es la eliminación progresiva de los aranceles que se aplican a la importación de aquellas –que califiquen como originarias– entre las jurisdicciones que conforman el área de libre comercio. Cada TLC establece plazos para tal eliminación por cada tipo de mercancía. Algunos aranceles se eliminan a la vigencia del TLC y otros, usualmente, año tras año, en plazos máximos usuales de cinco, diez, quince o más años. Para conocer el plazo de desgravación de cada mercancía, deberán consultarse las disposiciones específicas del correspondiente TLC que, en los instrumentos de última generación, se encuentran especificados en anexos que forman parte integrante del mismo tratado.

Anotamos que, adicionalmente, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica prohíbe el establecimiento de aranceles a la exportación, pues, pese a que no es una práctica actual, es perfectamente posible que, en ejercicio de su autonomía, un Estado decidiera establecerlos. Esta regla también desea evitar el encarecimiento de las exportaciones que es capaz de atenuar la intensidad del proceso competitivo en los mercados donde se reciben las importaciones.

C) Compromiso general de no aplicar gravámenes

Un gravamen es cualquier recargo de índole dineraria explícita que es establecido en ejercicio de poder público y que posee efectos equivalentes a los de un arancel, aun cuando no posea esta denominación. Consiste en cualquier cobro que se aplique a la circulación internacional de una mercancía, sin importar si posee un carácter fiscal,

⁶⁸ Al respecto, ese de considerar que “un arancel es un impuesto que el gobierno exige a los productos extranjeros con objeto de elevar su precio de venta en el mercado interior y, así, proteger los productos nacionales para que no sufran la competencia de los bienes más baratos” (Mochón, 2001, p. 161).

monetario, cambiario o de cualquier naturaleza, siempre que incida sobre las importaciones o exportaciones de mercancías, de modo tal que las encarezca o las impida.

El establecimiento o aplicación de cualquier gravamen se encuentra usualmente prohibido por un TLC con el fin de evitar que en el área de libre comercio se realicen cobros a las importaciones o exportaciones de las mercancías que califiquen como originarias. Si ello no se prohibiera de modo general, el establecimiento de gravámenes podría limitar el acceso al mercado que las partes de un TLC se han concedido, perjudicando la eficacia del programa de liberación, la fluidez de las importaciones y la intensidad del proceso competitivo. Ello pues las barreras al comercio sean arancelarias o paraarancelarias (como los gravámenes) restringen las alternativas de los demandantes de mercancías en el mercado de importación.

Al respecto, el Tratado de Libre Comercio entre China y Perú indica:

“Art. 13: Cargas y Formalidades Administrativas

1. Cada Parte garantizará, de conformidad con el Artículo VIII.1 del GATT de 1994 y sus notas interpretativas, que todos los derechos y cargas de cualquier naturaleza (distintos de los aranceles aduaneros, los cargos equivalentes a un impuesto interno u otros cargos internos aplicados de conformidad con el Artículo III.2 del GATT de 1994, y los derechos antidumping y compensatorios) aplicados a la importación o exportación o en relación con las mismas, se limiten al costo aproximado de los servicios prestados y no representen una protección indirecta a las mercancías nacionales ni un impuesto a las importaciones o exportaciones para propósitos fiscales. (...)”.

Conforme se puede apreciar del artículo citado, como ocurre en otros acuerdos comerciales regionales en los que el Perú es parte, en este TLC se encuentran exceptuadas del concepto de gravamen las tasas y cargas análogas cuando corresponden al costo de los servicios prestados –y que resulten necesarios y no arbitrarios– con ocasión de la exportación o importación de una mercancía.

D) Compromiso general de no aplicar restricciones

Una restricción puede configurarse como una norma, una decisión, un acto o una conducta que proviene del poder público de alguno de los Estados u organizaciones internacionales comprometidos en la liberación del comercio de mercancías y que tenga por efecto dificultar, encarecer, limitar, restringir o prohibir de algún modo la circulación de una mercancía en particular o de todas las incursas bajo el alcance del proceso de liberación comercial.

Una restricción, en consecuencia, puede manifestarse desde: i) cualquier norma positiva, consuetudinaria o de otro tipo; ii) cualquier decisión judicial, acto administrativo, acto de la administración, hecho administrativo o situación material generada por instrucciones, demoras, suspensiones, exigencias u otros; y/o iii) cualquier conducta, incluyendo las omisiones y las secuencias concatenadas de acciones y/u omisiones; siempre que presente los efectos contrarios a la libre circulación de mercancías antes indicados. Una restricción perjudica, como barrera paraarancelaria o no arancelaria, la eficacia del programa de liberación, la fluidez de las importaciones y la intensidad del proceso competitivo.

A continuación, presentamos una tipología de restricciones que, no siendo exhaustiva, permite identificar las variedades de restricciones a la circulación de mercancías que se encuentran prohibidas –de manera general– en los acuerdos comerciales regionales, en concordancia con el artículo XI del GATT, considerando que la liberalización del comercio exige que la libre circulación de mercancías sea libre e ilimitada, así como no restringida ni condicionada:

- i) *Restricciones cuantitativas absolutas*, cuando el Estado aplica una prohibición a la importación o la exportación de una determinada mercancía. Por ejemplo, una restricción cuantitativa absoluta se configuraría con la vigencia de una norma que estableciera la prohibición de importación de prendas de vestir, con la finalidad de estimular la producción local, al asegurarle toda la participación de mercado, lo cual restringiría el proceso competitivo en el país.
- ii) *Restricciones cuantitativas relativas*, cuando se aplican en forma de contingentes o cuotas. Es decir, cuando establecen limitaciones parciales a

la cantidad de mercancías de un género o especie que se pueden importar o exportar, mediante la fijación de valores máximos de unidades de la mercancía o valores máximos de unidades de medida que la representen, por ejemplo, toneladas. Una restricción relativa, por ejemplo, se configuraría con la vigencia de una norma que permitiera la importación de prendas de vestir solamente hasta por un número determinado de toneladas al año, con la finalidad de asegurar, a la producción local, el suministro de prendas para la satisfacción de la demanda por encima de ese nivel, lo cual también restringiría el proceso competitivo en el país.

- iii) *Restricciones cualitativas*, que son aquellas que impiden, dificultan o encarecen la circulación de mercancías, exigiendo condiciones a la importación o exportación, de modo particular o de modo general, incluyéndose las restricciones administrativas por exigencias documentales o demoras excesivas en los procedimientos de importación y/o de exportación. También son restricciones cualitativas, medidas sobre las mercancías (por ejemplo, una norma para exigir que las bebidas alcohólicas solamente ingresen al territorio del Estado importador si es que se encuentran envasadas en botellas de plástico con capacidad para 287 mililitros) que resulten arbitrarias y carentes de toda explicación y razonabilidad, y que encarezcan y dificultan la importación. Estas restricciones, como las cuantitativas, también se encuentran prohibidas, pues el objetivo es evitar que se genere cualquier forma de protección a la industria nacional y/o que se afecte injustificadamente el libre comercio, lo cual restringiría la intensidad del proceso competitivo en el país.

E) Excepciones

Los acuerdos comerciales regionales persiguen que las mercancías originarias puedan circular libremente del territorio de una parte al territorio de la otra, sin pagar aranceles y sin sufrir la aplicación de barreras no arancelarias como son los

gravámenes o las restricciones. Sin embargo, existen excepciones pactadas en el mismo tratado que impiden el logro pleno de este objetivo, las cuales permiten restringir el proceso competitivo en el mercado donde se reciben las importaciones.

Dichas excepciones permiten, a cada parte, aplicar en determinados casos aranceles, gravámenes y restricciones a la circulación de mercancías. Las excepciones deben encontrarse establecidas y habilitadas expresamente en el tratado mismo y deben ser interpretadas y aplicadas siempre de modo restrictivo, pues son capaces de afectar el libre comercio pactado, la intensidad del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores⁶⁹. Las excepciones más usuales, como se aprecia a continuación, son las siguientes:

- i) *Excepciones específicas sobre mercancías expresamente indicadas*, que responden a un señalamiento específico en el texto de correspondiente acuerdo y se sustentan en la autonomía de la voluntad de las partes que lo han negociado y ratificado. Estas excepciones específicas excluyen expresamente de los beneficios del área de libre comercio a determinadas mercancías, sin que sea necesaria una expresión de causa, aun cuando su motivación se pueda deducir como ambiental, política o de protección a determinada industria nacional. Así ocurre, por ejemplo, en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, que permite al Perú establecer restricciones sobre la importación de “*ropa y calzado usado; vehículos automotores usados, motores, partes y repuestos usados de uso automotor; bienes usados, maquinaria, y equipo usados que utilicen fuentes radioactivas*”. Incluso, las excepciones específicas pueden excluir total o parcialmente de la libre circulación a las mercancías agrícolas, permitiendo, entre otros, la aplicación de gravámenes y/o restricciones a su importación.

⁶⁹ Al respecto, constatamos que: “Once an exception is found, certain canons of construction come into play. One of that is often referred to in terms of exceptions is the principle expressed in Latin as *exceptio est strictissimae applicationis*. In accordance with this principle, exceptions to treaty obligations are interpreted restrictively”. (Qureshi, 2006, p. 104). “Una vez que se encuentra una excepción, entran en juego ciertos cánones de construcción. Uno de los que a menudo se menciona en términos de excepciones es el principio expresado en latín como *exceptio est strictissimae applicationis*. De acuerdo con este principio, las excepciones a las obligaciones contenidas en tratados se interpretan de manera restrictiva” (traducción propia).

- ii) *Excepciones no económicas*, cuya debida aplicación en un caso concreto responden a una lógica que no se opone a la apertura del comercio, sino que se fundamentan en el cumplimiento de objetivos legítimos como la protección de la vida, la salud, el patrimonio histórico, el orden público o la moral que cada Estado determine como su estándar. Mediante la técnica de incorporación por remisión, como ocurre también en otros TLC de última generación, el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú indica que “*el Artículo XX del GATT de 1994 y sus notas interpretativas se incorporan a, y forman parte integrante, de este Acuerdo, mutatis mutandis*”⁷⁰.

Desde la perspectiva de la importación⁷¹, algunas de las excepciones no económicas citadas privilegian un interés general social sobre el interés general económico de importar libremente. Es el caso de las excepciones necesarias para proteger la moral pública y las necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos. En aplicación de estas excepciones, sería perfectamente válido, por ejemplo, que un Estado prohíba la importación de revistas pornográficas, siempre que no permita la producción ni el comercio de dichas mercancías en su mercado interno.

⁷⁰ El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (GATT) establece:

“Art. XX. Excepciones generales

(...)

a) necesarias para proteger la moral pública;

b) necesarias para proteger la salud y la vida de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;

(...)

d) necesarias para lograr la observancia de las leyes y de los reglamentos (...)

f) impuestas para proteger los tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico;

g) relativas a la conservación de los recursos naturales agotables, a condición de que tales medidas se apliquen conjuntamente con restricciones a la producción o al consumo nacionales (...).”

⁷¹ Desde el ángulo de la exportación, es posible que se establezcan restricciones cuantitativas absolutas o restricciones cualitativas a la exportación de tesoros nacionales de valor artístico, histórico o arqueológico; así como también restricciones cuantitativas relativas sobre la exportación de mercancías obtenidas de recursos naturales agotables, tales como combustibles de hidrocarburos u otros, siempre que las medidas de que se trate tengan un correlato y complemento en restricciones a la producción o al consumo en el territorio del Estado desde el cual se exportan estas mercancías. El objetivo, en este último caso, es, lógicamente, que no se discrimine el acceso a mercancías obtenidas de recursos naturales agotables, en condiciones de escasez mundial, cuando su destino es el consumo en el territorio de la otra parte del área de libre comercio.

Así, como ocurre también en otros TLC de última generación, el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú establece, en su art. 28.1, que “las Partes entienden que las medidas a las que se refiere el Artículo XX(b) del GATT de 1994 incluyen medidas en materia ambiental necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal, y que el Artículo XX(g) del GATT de 1994 se aplica a medidas relacionadas con la conservación de recursos naturales agotables, vivos o no vivos”.

Estas excepciones, de ninguna forma, se deben utilizar de modo que configuren restricciones con un fin proteccionista encubierto.

Debe tenerse especial cuidado con estas excepciones, pues cuando son aplicadas de modo que restringen la importación siempre es posible sospechar que son utilizadas como pretextos para restablecer niveles de protección perdidos como consecuencia de la ejecución del programa de liberación. Por ello, la aplicación de excepciones no económicas debe responder siempre a exigencias de necesidad, razonabilidad, idoneidad y proporcionalidad, como principios para su validez y legitimidad. En este sentido, por ejemplo, una medida restrictiva que pretenda ser aplicada para lograr la protección de la salud de las personas o de los animales y/o la preservación de los vegetales debe ser idónea para evitar razonablemente el efecto perjudicial detectado y además debe ser proporcional en el sentido de generar el menor efecto restrictivo sobre el intercambio comercial de mercancías en el área de libre comercio. Es decir, frente a varias medidas restrictivas posibles e igualmente idóneas para mitigar una afectación a la sociedad, se debe aplicar aquella medida restrictiva que, en suma, ocasione el menor efecto de barrera al comercio. A esta preocupación sobre lo razonable y lo proporcional en la aplicación de medidas para lograr la protección de la salud de las personas o de los animales y/o la preservación de los vegetales se dedica la temática vinculada a las medidas sanitarias y fitosanitarias y aquella vinculada a los obstáculos técnicos al comercio. En diversos TLC en los que participa el Perú, las partes han confirmado los compromisos multilaterales que han asumido bajo los Acuerdos sobre Obstáculos Técnicos al Comercio y sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias, que administra la Organización Mundial del Comercio (OMC).

- iii) *Medidas de defensa comercial (excepciones económicas)*, que son barreras a la importación que persiguen una finalidad de protección a la industria local y que toman forma de gravámenes y restricciones, mediante la aplicación de derechos antidumping, derechos compensatorios y medidas de salvaguardia. Las medidas de defensa comercial se encuentran

permitidas expresamente por los tratados de libre comercio, con base en disciplinas administradas por la Organización Mundial del Comercio (OMC). Por su parte, los acuerdos comerciales regionales, usualmente, mantienen la posibilidad de establecer estas medidas, de conformidad con lo contemplado en los tratados correspondientes administrados por la OMC, estableciendo en algunos casos compromisos especiales.

Los derechos antidumping son gravámenes que se pueden establecer en el caso que una parte reciba importaciones de mercancías similares a las que produce su industria nacional y la importación de dichas mercancías se realice a precio *dumping*. Es decir –como regla general– a un precio menor que el precio que corresponde a la misma mercancía cuando esta se destina a su mercado de origen. Estos derechos son distintos al arancel que corresponde a la importación de mercancías. Los derechos *antidumping* nunca deben superar el margen de dumping, que es el diferencial entre el precio normal y el precio de exportación de la mercancía que se importa, pues este derecho tiene por finalidad neutralizar su efecto. Es aplicado, en principio, solamente sobre las mercancías importadas que provienen de la empresa o las empresas que desarrollan la práctica *dumping* (OMC, 2003b, p. 7). Una condición necesaria para la imposición de un derecho antidumping es que la autoridad de la jurisdicción que recibe la importación constatare la existencia de daño importante o de amenaza de daño importante sobre la rama de producción nacional de mercancías similares a las importadas, causadas por la importación a precio *dumping*⁷².

⁷² Desde algunas perspectivas el *dumping* ha sido calificado como un acto de competencia desleal internacional por cuanto se considera que el precio mayor que cobra un productor en su mercado de procedencia “subsidiaria” el precio menor de la misma mercancía en el mercado destino de la exportación, lo que afecta a los productores locales de dicho mercado (MINDREAU, M., 2005, p. 58). Esta consideración no valora el hecho de que los precios se fijan en función de la competencia que existe en cada mercado, sino en el efecto negativo sobre la industria local, aun cuando ello pueda beneficiar a los consumidores. Desde otra perspectiva, se considera que la afectación indebida sobre el competidor se podría producir únicamente si el precio de venta para exportación fuera menor que el costo, lo que podría ser contrario a las disciplinas de la libre competencia más que contrario a las disciplinas que prohíben la competencia desleal, tal como ocurre con las prácticas predatorias de quien ostenta una posición de dominio en un mercado relevante. La doctrina recuerda: “as originally envisaged by economists such as Viner (...) antidumping action would be justified against *predatory dumping* only. However, *predatory dumping* has never been proven to exist” (Vermulst, 2005, p. 1). “Tal como lo previeron originalmente economistas como Viner (...), la acción antidumping estaría justificada únicamente contra el dumping predatorio. Sin embargo, nunca se ha demostrado que exista el dumping predatorio” (traducción propia) y que “Advocates of the U.S. antidumping law claims that dumping is

Los derechos compensatorios son gravámenes que se pueden establecer en el caso que una parte reciba importaciones de mercancías similares a las que produce su industria nacional y dichas mercancías importadas sean beneficiarias de un subsidio⁷³. Estos derechos son distintos al arancel que corresponde a la importación de mercancías. Los derechos compensatorios nunca deben superar el monto del subsidio que, como beneficio, recibe la mercancía que se importa, pues este derecho tiene por finalidad neutralizar su efecto. Una condición necesaria para la imposición de un derecho compensatorio también es que la autoridad de la jurisdicción que recibe la importación constate la existencia de daño importante o de amenaza de daño importante sobre la rama de producción nacional de mercancías similares a las importadas, causadas por el subsidio que beneficia a la mercancía importada⁷⁴.

Las medidas de salvaguardia son las también denominadas “cláusulas de escape”. Típicamente permiten a los participantes de un proceso de liberación del comercio proteger temporalmente a sus productores nacionales de mercancías, en caso de que se produjera el aumento en las importaciones de mercancías similares provenientes de otras jurisdicciones.

an unfair trade practice” (Lindsay e Ikenson, 2003, p. 17). “Los defensores de la ley antidumping de EE. UU. afirman que el dumping es una práctica comercial desleal” (traducción propia).

⁷³ Un subsidio o subvención aplicado a una mercancía es toda ayuda proveniente de un Estado o de una organización internacional que, en ejercicio de poder público, signifique una contribución financiera que puede tener forma de: i) transferencia de fondos o financiamiento preferencial; ii) entrega de bienes o servicios; iii) compra de bienes; iv) no recaudación o condonación de tributos o ingresos públicos que corresponden aplicarse; o v) mecanismos para sostener los ingresos o los precios de manera tal que se aumenten las exportaciones o disminuyan las exportaciones. Dicha ayuda para calificar un subsidio o subvención debe tener por efecto —de beneficio— aumentar los ingresos y/o contribuir en reducir los costos de producción de una determinada empresa o rama de producción que, de modo específico, haciéndola más competitiva. Este resultado de competitividad es artificial, pues no se basa en su propia eficiencia sino por la ayuda del subsidio o subvención. Cfr. Artículo 1 del Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias.

⁷⁴ Debe, sin embargo, reconocerse que todo derecho compensatorio (*countervailing duty*) o derecho *antidumping* puede generar el mismo efecto de disminución de bienestar que el que genera un arancel a los consumidores, tal como se reconoce de la línea de pensamiento de Sykes y Trebilcock, conforme refiere: “The argument in favor of countervailing duties, of course, is weakened by such economic analyses as those presented in Sykes and Trebilcock papers, which show that countervailing duties have the welfare-limiting effects of any tariff”. (Jackson, 2000, p. 97). “El argumento a favor de los derechos compensatorios, por supuesto, se ve debilitado por análisis económicos como los presentados en los documentos de Sykes y Trebilcock, que muestran que los derechos compensatorios tienen los efectos limitantes del bienestar de cualquier arancel” (traducción propia).

Estas medidas permiten restituir aranceles, así como imponer gravámenes o restricciones cuantitativas sobre las importaciones. El aumento de las importaciones que se debe constatar para imponer estas medidas debe ser de una magnitud tal que cause o amenace causar un daño grave a los productores locales. En este caso, para aplicar válidamente medidas de salvaguardia no se requiere que el daño grave sea generado por una conducta específica de las empresas exportadoras, tal como ocurre en la diferenciación de precios que genera el *dumping*, ni por una conducta específica de un Estado que genera beneficios sobre la mercancía exportada como ocurre en el caso de los subsidios. Es suficiente verificar el significativo aumento de importaciones de mercancías que cause o amenace causar un daño grave a los productores nacionales. Las medidas de salvaguardia, en áreas de libre comercio generalmente se aplican a las importaciones que provienen de la contraparte que conforme el área de libre comercio⁷⁵. Estas no son incompatibles con la posibilidad de aplicar medidas de salvaguardia multilaterales al amparo de las disciplinas administradas por la OMC (Stucchi, 2015, pp. 335-339). Cada acuerdo comercial regional en el que participa el Perú tiene especificaciones propias que deben revisarse para precisar que otros tipos de medidas de salvaguardia, distintas a las típicas aquí explicadas, pueden aplicarse en cada área de libre comercio.

- iv) *Excepciones jurídicas*, que son las previstas en diversos acuerdos comerciales, a nivel global y en los que participa el Perú, mediante las cuales se considera una excepción legítima a la eliminación de aranceles el hecho de que un arancel aumente o se reestablezca como consecuencia de una autorización que provenga: i) de un cuerpo arbitral que permite dicha medida como retorsión a manera de sanción por el incumplimiento de alguno de los compromisos comerciales previstos en el correspondiente

⁷⁵ Se establece la posibilidad de establecer una medida de salvaguardia no global. Es decir, una que no recaiga sobre las mercancías originarias de los demás Miembros de la OMC, sino únicamente sobre las mercancías originarias de la contraparte. Su aplicación debe ser estrictamente excepcional y debidamente fundamentada, debido a que su establecimiento es capaz de encarecer y limitar el comercio, restringe la libre competencia, en perjuicio de los consumidores intermedios o finales y de la sociedad en general.

acuerdo comercial regional; o, ii) del Órgano de Solución de Controversias de la Organización Mundial del Comercio (OMC).

1.3.1.2 Reglas sobre servicios

A continuación, analizaremos los compromisos más relevantes de los acuerdos comerciales regionales celebrados por el Perú, que califican como tratados de libre comercio (TLC), y que se encuentran dirigidos a establecer un área de libre comercio de servicios con sus contrapartes, estimulando la intensidad del proceso competitivo y mejorando su acercamiento al modelo de competencia perfecta.

La liberalización del comercio de servicios entre las partes de un tratado de libre comercio se aplica, usualmente, tanto a servicios no presenciales (los que se prestan o suministran “del territorio de una parte al territorio de otra parte”) y a los servicios presenciales en todas sus manifestaciones (los que se prestan o suministran “en el territorio de una parte, por una persona de esa parte, a una persona de otra parte”, es decir de consumo en el extranjero, y a aquellos que se prestan o suministran “por un nacional de una parte en el territorio de otra parte”, es decir con traslado del prestador)⁷⁶, como se evidencia, por ejemplo, en la expresión textual del artículo 11.14 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica.

Los compromisos sobre libre circulación de servicios que analizamos, a continuación, se aplican, en principio, a todos los sectores de actividad. Sin embargo, es usual que los acuerdos comerciales regionales puedan establecer conjuntos especiales de compromisos para el sector telecomunicaciones y para los servicios financieros, entre otros. Asimismo, estos compromisos sobre libre circulación de servicios, usualmente, no se aplican a las inversiones extranjeras que suelen tener conjuntos de compromisos especiales para su promoción y su protección, sea en tratados bilaterales de protección de inversiones; o, en capítulos especiales en acuerdos comerciales regionales.

A) Vinculación del prestador

⁷⁶ Cfr. Artículo 11.14 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica.

Propiamente, los servicios no requieren calificar como originarios para que puedan ser objeto de libre intercambio en el mercado ampliado que establece un acuerdo comercial regional. Sin embargo, estos tratados, cuando establecen disciplinas en estas materias, exigen una vinculación de los prestadores con las partes del acuerdo, y si esta no existe, es factible y perfectamente posible que las partes apliquen una denegación de beneficios a los prestadores de servicios cuando dicha vinculación no exista (Stucchi, 2008, p. 109). Así lo indica, por ejemplo, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica:

“Artículo 11.11

Denegación de beneficios

1. Una parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un proveedor de servicios de otra parte si el proveedor de servicios es una empresa de propiedad de o controlada por personas de un país que no sea parte, y la parte que deniegue los beneficios:

- a) no mantiene relaciones diplomáticas con el país que no es parte; o
- b) adopta o mantiene medidas en relación con el país que no es parte o una persona del país que no es parte, que prohíbe transacciones con esa empresa o que serían violadas o eludidas si los beneficios de este capítulo se otorgan a esa empresa.

2. Sujeto al artículo 21.4 («Consultas»), una parte podrá denegar los beneficios de este capítulo a un proveedor de servicios de otra parte si el proveedor de servicios es una empresa de propiedad de o controlada por personas de un país que no sea parte o de la parte que deniega el derecho si la empresa no tiene actividades comerciales sustanciales en el territorio de esa otra parte.”

Así, conforme a este tratado, podrían existir casos en los que, incluso cuando un prestador de servicios sea una empresa organizada o constituida de conformidad con la legislación de una de las partes, se le podrá denegar la libre exportación de servicios si es que la propiedad es controlada por nacionales o por empresas de jurisdicciones distintas al Perú o Estados Unidos y si “no tiene actividades comerciales sustanciales” en una de las partes que forman esta área de libre comercio de servicios. Existe así, una exigencia implícita y general de que las actividades del prestador deben ser sustanciales en la jurisdicción de una de las partes uno de dichos Estados, de modo que así se evite la posibilidad de que le sean denegados los beneficios de la apertura que intensifica la competencia en el mercado que recibe la prestación del servicio.

B) Acceso a los mercados

Todo acuerdo comercial regional, que tiene por objeto liberar el comercio de servicios, procura una apertura sectorial sustancial. Ello implica que, en cuanto a número de sectores y volumen de comercio en ellos, la apertura debe ser significativa en los diferentes tipos de servicio. Esta apertura sustancial, sin embargo, tiene algunas excepciones que presentamos más adelante.

Los compromisos de acceso a los mercados se dirigen a evitar que el establecimiento de determinadas medidas implique restricciones que signifiquen o puedan significar limitaciones sobre el proveedor de una parte para que ofrezca o efectivamente preste servicios a los demandantes (consumidores intermedios o finales) de la jurisdicción de la otra parte. Por ejemplo, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú señala que:

“Artículo 12.5: Restricciones Cuantitativas No Discriminatorias
Ninguna Parte podrá, sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, adoptar o mantener medidas que:

(a) impongan limitaciones:

(i) al número de proveedores de servicios⁷⁷, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

(ii) al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

(iii) al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas⁷⁸;

(iv) al número total de personas naturales que pueden emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas; o

(b) restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio.”

⁷⁷ “Las Partes entienden que “proveedores de servicios” tiene el mismo significado que “servicios y proveedores de servicios” en el Artículo XVI del AGCS.” (Nota de la cita original).

⁷⁸ El inciso (iii) no abarca las medidas de una Parte que limitan los insumos destinados al suministro de servicios. (Nota de la cita original).

Estos compromisos impiden expresamente, a las partes del tratado, que se restrinja el proceso competitivo en el área de libre comercio de servicios, limitando o restringiendo que los oferentes de servicios de la otra parte puedan ofrecer y realizar transacciones con sus consumidores, por colocar indebidamente contingentes o cuotas, que resultan contrarios a un sistema de mercado.

Asimismo, estos compromisos, cuyo detalle se debe consultar en cada acuerdo dirigido a establecer un área de libre comercio de servicios, marcan un contraste con el sistema multilateral administrado por la OMC que se encuentra en una fase inicial de liberación del comercio de servicios (Stucchi, 2004). Así, bajo la integración regional que permite un área de libre comercio de servicios, se contribuye con intensificar el proceso competitivo pues los compromisos de acceso a los mercados neutralizan, entre las partes, que se establezcan restricciones aplicables a los prestadores de servicios de la otra parte.

A diferencia del caso de las mercancías, a la circulación internacional de servicios no se aplican aranceles. Las reglas de liberación del intercambio de servicios para el acceso a los mercados se enfocan en evitar restricciones como las antes explicadas, así como barreras al comercio que surjan de la reglamentación o regulación nacional y/o del no reconocimiento de títulos de aptitud.

C) Reglamentación y transparencia

El objetivo de los compromisos en esta materia es evitar que, luego de la apertura recíproca de mercados en materia de servicios, entre las partes de un acuerdo comercial regional, esta se afecte o restrinja a causa de la aplicación de normas jurídicas internas o de la expedición de actos administrativos que, entre otros pronunciamientos de poder público, fueran irrazonables, subjetivos o carentes de imparcialidad. Estas previsiones resultan necesarias para que, por causa de actos de poder público no se afecte la intensidad del proceso competitivo que se espera al interior del área de libre comercio de servicios que conforma un acuerdo comercial regional.

En este contexto, es gravitante que la regulación que se aplica a la prestación de determinados servicios, incluidos los procedimientos ante las autoridades que correspondan, no constituya obstáculos innecesarios al comercio de servicios por establecer exigencias que configuren restricciones que excedan una razonable o proporcional garantía sobre el interés general en asegurar la calidad o las condiciones mínimas necesarias de determinados servicios. Reglas en este sentido son previstas, con diferente alcance y especificación, en los acuerdos comerciales regionales en los que participa el Perú. Así, por ejemplo, existen previsiones de esta naturaleza en el Tratado de Libre Comercio entre China y Perú⁷⁹, aun cuando este establece una apertura parcial (bajo lista positiva), y en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica⁸⁰, que plantea una apertura general.

En complemento de lo anterior, en este tipo de acuerdos se pactan reglas de transparencia que toda regulación aplicable al comercio de servicios debe cumplir, incluyendo las medidas emitidas por una autoridad o por una entidad no estatal que ha recibido la delegación de tal ejercicio. Entre otros, se trata de reglas dirigidas a

⁷⁹ “Artículo 110: Reglamentación Nacional

1. En los sectores en los que se contraigan compromisos específicos, cada Parte se asegurará de que todas las medidas de aplicación general que afecten al comercio de servicios sean administradas de manera razonable, objetiva e imparcial.

(...)

4. Con objeto de asegurarse de que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, las normas técnicas y las prescripciones en materia de licencias no constituyan obstáculos innecesarios al comercio de servicios, cada Parte se fijará como objetivo garantizar que esas prescripciones: (a) se basen en criterios objetivos y transparentes, como la competencia y la capacidad de suministrar el servicio; (b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio; y (c) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.

(...)”.

⁸⁰ “Artículo 11.7

Reglamentación nacional

1. Cuando una parte exija autorización para el suministro de un servicio, las autoridades competentes de la parte, en un periodo de tiempo razonable (...) informarán al solicitante sobre la decisión respecto a su solicitud. (...)

2. Con objeto de asegurar que las medidas relativas a las prescripciones y procedimientos en materia de títulos de aptitud, normas técnicas y prescripciones en materia de licencias no constituyan barreras innecesarias al comercio de servicios, cada parte procurará asegurar, de manera apropiada para cada sector individual, que tales medidas:

(a) se basen en criterios objetivos y transparentes, tales como la competencia y la habilidad para suministrar el servicio;

(b) no sean más gravosas de lo necesario para asegurar la calidad del servicio; y

(c) en el caso de los procedimientos en materia de licencias, no constituyan de por sí una restricción al suministro del servicio.

(...)”.

asegurar: i) mecanismos para atender consultas de interesados sobre dicha regulación; ii) recibir comentarios sobre regulación en proyecto; y, iii) un plazo razonable entre la publicación de la regulación y su entrada en vigencia. En este sentido, se expresan también, con diferentes especificaciones e intensidades, los compromisos del Perú en el Tratado de Libre Comercio entre China y Perú (artículo 114) y en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica (artículo 11.8).

D) Títulos de aptitud y reconocimiento

En esta materia de regulación, con impacto directo en los títulos académicos y profesionales, desde la experiencia internacional y dependiendo del sector de servicios de que se trate, algunos Estados han optado por alguna de las siguientes tres alternativas: i) reconocer unilateralmente los títulos de aptitud de otro Estado y concederles validez; ii) acordar con otro u otros Estados el reconocimiento mutuo y recíproco de títulos de aptitud para concederles validez mutuamente; o, iii) no reconocer los títulos de aptitud de otro Estado y tampoco concederles validez.

Usualmente, los acuerdos comerciales regionales establecen la posibilidad de reconocimiento de dichos títulos mediante cualquier vía, incluidos los acuerdos o convenios y la armonización, y en algunos casos se expresan obligaciones de actividad, incluso bajo la conformación de grupos de trabajo, pero no obligaciones de resultado en relación con el reconocimiento de los títulos de aptitud de la contraparte y su validez (Stucchi, 2008, pp. 117-119).

De esta manera, por ejemplo, en el Tratado de libre comercio entre Canadá y Perú se ha establecido, en su artículo 910 que “para efectos del cumplimiento, en todo o en parte, de sus normas o criterios para la autorización, concesión de licencias o certificación de los proveedores de servicios (...) una Parte podrá reconocer la educación o experiencia obtenida, los requisitos cumplidos o las licencias o certificaciones concedidas en un determinado país. (...) que podrá efectuarse mediante armonización o de otro modo, podrá basarse en un acuerdo o convenio con el país en cuestión, o podrá ser otorgado de forma autónoma”.

E) Compromisos sobre presencia local

Para asegurar la libre circulación de servicios en el área de libre comercio, las partes en un acuerdo comercial regional suelen pactar que ninguna podrá exigir a un prestador de servicios de la otra parte que establezca o mantenga oficinas, establecimientos o alguna forma de presencia empresarial. Este compromiso procura que los servicios de tipo no presencial y aquellos de tipo presencial con desplazamiento del consumidor a la ubicación del prestador no se vean encarecidos con exigencias que signifiquen algún tipo de presencia innecesaria del proveedor en la jurisdicción del consumidor, pues ello claramente encarecería injustificadamente los costos de prestación del servicio y afectaría la intensidad de la competencia por eficiencia en el mercado de los demandantes de servicios, al restarles alternativas que pudieran escoger para obtener la mejor combinación posible de precio y calidad.

El objetivo de estos compromisos es lograr que los prestadores de servicios que conforman el área de libre comercio establezcan formas de presencia únicamente si, en ejercicio de su libre iniciativa, consideran conveniente o necesario hacerlo. Caso contrario, la exigencia de una presencia local únicamente produciría un aumento en los costos de producción del servicio, lo que implicaría una restricción a su libre circulación internacional. Bajo este compromiso, en consecuencia, no se puede exigir a un prestador de servicios de un Estado que tenga la condición de residente en el territorio donde se encuentra el consumidor o que mantenga oficinas de representación o cualquier otra forma de empresa o presencia. Así lo enfatizan, por ejemplo, los compromisos contenidos en el Tratado de libre comercio entre Canadá y Perú⁸¹, y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica⁸².

F) Aseguramiento de la circulación de capital

⁸¹ “Artículo 907: Presencia Local

Ninguna Parte podrá exigir al proveedor de servicios de la otra Parte establecer o mantener una oficina de representación u otra forma de empresa, o ser residente, en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio.”

⁸² “Artículo 11.5: Presencia Local

Ninguna Parte podrá exigir al proveedor de servicios de otra Parte establecer o mantener oficinas de representación o cualquier otra forma de empresa, o ser residente en su territorio como condición para el suministro transfronterizo de un servicio.”

Las partes de un acuerdo comercial regional, como aquellos en los que el Perú es parte, se suelen comprometer a permitir que toda transferencia de capital vinculado al suministro de servicios internacional o como pago por contraprestación del mismo se efectúe sin restricción alguna, libremente, sin demora, tanto hacia el territorio como desde el territorio de cada parte. Estas transferencias deben permitirse en moneda de libre circulación, a tipos de cambio de mercado. Así lo expresa, por ejemplo, el Tratado de Libre Comercio entre la República del Perú y la República de Costa Rica⁸³, siendo que, los compromisos de este tipo precisan y complementan los compromisos previamente asumidos en el GATS⁸⁴.

El objetivo de este tipo de compromiso es evitar que el flujo del capital que sustenta la prestación de un servicio o del capital que circula como pago por tal prestación pueda restringirse de alguna manera. Por ejemplo, restringir el pago, aun cuando se permita la prestación de un servicio, es una forma de dificultar o impedir su prestación en la realidad, considerando que ningún agente económico desea prestar servicios si no puede recibir su contraprestación libremente y sin restricciones. Restringir la circulación de capital, incluyendo lo concerniente al pago, por parte de un Estado o una organización internacional, sería un acto público que afectaría la participación de oferentes de servicios en sus mercados, afectando el proceso competitivo y perjudicando a los consumidores intermedios o finales.

Cabe mencionar que este compromiso reconoce, como circunstancia válida, que las transferencias antes indicadas puedan ser impedidas o retrasadas en el contexto de la

⁸³ “Artículo 13.12: Transferencias y Pagos

1. Cada Parte permitirá que todas las transferencias y pagos relacionados con el suministro transfronterizo de servicios se efectúen de manera libre y sin demora hacia y desde su territorio.

2. Cada Parte permitirá que todas las transferencias y pagos relacionados con el suministro transfronterizo de servicios se hagan en moneda de libre circulación al tipo de cambio vigente en el mercado en la fecha de la transferencia.

3. No obstante lo dispuesto en los párrafos 1 y 2, una Parte podrá impedir o retrasar la realización de la transferencia o pago, por medio de la aplicación equitativa, no discriminatoria y de buena fe de su legislación nacional respecto a:

- (a) quiebra, insolvencia o protección de los derechos de los acreedores;
- (b) emisión, comercio u operación de valores, futuros, opciones o derivados;
- (c) informes financieros o mantenimiento de registros de transferencias cuando sea necesario para colaborar en el cumplimiento de la ley o con las autoridades reguladoras de asuntos financieros;
- (d) infracciones criminales o penales; o
- (e) garantía del cumplimiento de órdenes o fallos judiciales o administrativos.”

⁸⁴ Cfr. Artículo XI del GATS.

aplicación de normas internas sobre insolvencia o quiebra, instrumentos financieros o infracciones penales, entre otras, que resguardan el orden público de una jurisdicción.

G) Excepciones

Los acuerdos comerciales regionales persiguen que los servicios cubiertos por sus compromisos puedan circular libremente del territorio de una parte al territorio de la otra, sin sufrir restricciones injustificadas. Sin embargo, existen excepciones pactadas, en el mismo tratado, que impiden el logro pleno de este objetivo, lo cual implica permitir la restricción del proceso competitivo en el mercado donde se reciben las prestaciones.

Dichas excepciones permiten, a cada parte, como se aprecia a continuación, aplicar restricciones o dificultar la circulación de servicios. Las excepciones deben encontrarse establecidas y habilitadas expresamente en el tratado mismo y deben ser interpretadas y aplicadas siempre de modo restrictivo (Qureshi, 2006, p. 104), pues son capaces de afectar el libre comercio pactado, la intensidad del proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Las excepciones más usuales, como se aprecia a continuación, son las siguientes:

- i) *Excepciones específicas*, que responden a un señalamiento específico en el texto del correspondiente acuerdo y se sustentan en la autonomía de la voluntad de las partes que lo han negociado y ratificado, con el fin de restringir el acceso al mercado pactado. Estas excepciones específicas pueden permitir expresamente medidas disconformes o contrarias al libre comercio de servicios que las partes acuerdan mantener (por existir al momento del vigor del acuerdo); o, listarlas para que, siendo disconformes con lo pactado, su imposición sea tolerada entre las partes. Estas medidas disconformes pueden restringir el acceso a los mercados, al trato nacional y la no exigencia presencia local por actividad o por sectores.
- ii) *Excepciones por exclusión del ámbito de aplicación de los compromisos en materia de servicios*, que como se indica en numerales precedentes y en posteriores, lo pactado de modo general, en la experiencia de los acuerdos

comerciales regionales en materia de servicios, no se aplica de modo total o parcial a: la contratación pública, los servicios aéreos y los principales servicios que los apoyan, los servicios financieros, los subsidios aplicados sobre la prestación de determinado servicio, las relaciones laborales y/o las condiciones migratorias y los servicios en ejercicio de función pública sin competencia con otros prestadores. En cada caso, como en todos los compromisos, debe consultarse en acuerdo específico para obtener nitidez en la precisión de lo pactado y de lo excluido.

- iii) *Excepciones no económicas*, cuya debida aplicación en un caso concreto responden a una lógica que no se opone a la apertura del comercio, sino que se fundamentan en el cumplimiento de objetivos legítimos como la protección de la vida, la salud, el orden público o la moral que cada Estado determine como su estándar. Mediante la técnica de incorporación por remisión, como ocurre también en otros TLC de última generación, por ejemplo, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, en su artículo 22.1, indica que en materia de circulación de servicios “el artículo XIV del AGCS (GATS) (incluyendo las notas de pie de página) se incorpora a este acuerdo y forma parte del mismo, mutatis mutandis (...)” y “las partes entienden que las medidas a que se refiere el artículo XIV (b) del AGCS⁸⁵ incluyen medidas en materia ambiental

⁸⁵ “Artículo XIV

Excepciones generales

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para proteger la moral o mantener el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente acuerdo, con inclusión de los relativos a:
 - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
 - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
 - iii) la seguridad;
- d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o la recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros miembros;
- e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble

necesarias para proteger la vida o la salud humana, animal o vegetal”. Como se ha explicado previamente, en relación con los compromisos sobre mercancías, el propósito es evitar que estas medidas se apliquen con efecto o finalidad de protección a la empresa local. Por ello, la aplicación de estas excepciones, también en lo concerniente a circulación de servicios, debe responder siempre a las exigencias de lo razonable y de lo proporcional como principios de validez, tal como se ha explicado previamente⁸⁶.

1.3.1.3. Reglas sobre no discriminación

El principio de no discriminación en materia de comercio tiene dos expresiones que son como caras de una misma moneda. Se trata del compromiso de trato nacional y del compromiso de nación más favorecida. Ambos tienen por finalidad, como veremos en los siguientes puntos, exigir que una mercancía o una prestación de servicios no sean tratadas de modo diferenciado respecto de otra mercancía o prestación similar o competidora. Estas reglas, en consecuencia, contribuyen con respaldar los intercambios comerciales internacionales que intensifican el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, en los mercados donde se produce la importación.

Estos compromisos, como expresión del principio de no discriminación, se pactan expresamente en los acuerdos comerciales regionales, por lo que, dependiendo de su formulación, presentarán alcances y contornos especiales que deben tenerse en cada caso:

imposición contenida en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el miembro.”

⁸⁶ En el caso de la circulación de servicios, el establecimiento de medidas “necesarias para proteger la moral o mantener el orden público” como excepción, en aplicación del artículo del literal a) antes citado, es más rigurosa que en el caso de circulación de mercancías pues en materia de servicios procede invocarlas válidamente únicamente “cuando se plantee una amenaza verdadera y suficientemente grave para uno de los intereses fundamentales de la sociedad”, conforme al artículo XIV del GATS. Adicionalmente, corresponde poner en relieve que la excepción determinada en el literal c), como medidas “necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente acuerdo”, permite enfatizar la validez de medidas en defensa de los derechos de los consumidores para salvaguardar sus intereses ante posibles prácticas indebidas en su perjuicio, así como en defensa de los derechos del ciudadano en cuanto a su intimidad y seguridad.

- i) *Trato nacional*, respecto de la formulación de este compromiso, en relación con las mercancías, las partes de un acuerdo comercial regional se obligan a otorgar a aquellas que califiquen como originarias de la otra parte un trato, general o particular, igual al que recibe una mercancía idéntica o similar, producida en la jurisdicción que recibe la importación⁸⁷. En relación con la presentación de servicios, tal como se ha indicado previamente, en el ámbito multilateral administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC), el trato nacional no es un compromiso general que se aplique de modo estándar al comercio de servicios, en aplicación del GATS, entre los Miembros de la OMC (como sí ocurre para mercancías), por ello en los acuerdos comerciales regionales que establecen un área de libre comercio de servicios se estipula expresamente este compromiso⁸⁸. Se pacta como regla general que podría admitir algunas *excepciones específicas*, como ocurre también para el caso de mercancías.

⁸⁷ Los acuerdos comerciales regionales en los que participan el Perú, como es el caso del Acuerdo Comercial de la Unión Europea con Colombia, Ecuador y Perú, así como del Tratado de Libre Comercio entre Chile y Perú y el Tratado de Libre Comercio entre China y Perú, entre otros, se remiten o incorporan por remisión el compromiso que, al respecto, las partes ya han asumido en el GATT, el cual indica:

“Art. III. Trato nacional en materia de tributación y de reglamentación interiores

1. Las partes (...) reconocen que los impuestos y otras cargas interiores, así como las leyes, reglamentos y prescripciones que afecten a la venta, la oferta para la venta, la compra, el transporte, la distribución o el uso de productos en el mercado interior (...) no deberían aplicarse a los productos importados o nacionales de manera que se proteja la producción nacional. (...).”

Esta remisión no solamente revela el vigor jurídico del sistema multilateral de comercio que administra la Organización Mundial del Comercio (OMC) y el consenso que mantiene, sino que permite especificaciones adicionales, para evitar escenarios de duda, como el que plantea el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) Perú – Estados Unidos de Norteamérica:

“Art. 2.2. Trato nacional

(...) 2. El trato a ser otorgado (...) significa, con respecto a un gobierno de nivel regional, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese gobierno de nivel regional conceda a cualquiera de las mercancías similares, directamente competidoras o sustituibles, según sea el caso, de la parte de la cual forma parte. (...).”

Conforme se indica en compromisos de este tipo, ante un trato diferenciado departamental, provincial o estadual, a la mercancía importada se le aplicará el mejor trato posible que la parte que la recibe puede otorgarle. Esta precisión permite que no se traslade una posible discriminación, que se verifique en el mercado interno, basada en orígenes locales, a las mercancías importadas.

⁸⁸ Al respecto, se plantea en el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) Perú – Estados Unidos de Norteamérica:

“Artículo 11.2

Trato nacional

1. Cada parte otorgará a los proveedores de servicios de otra parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a sus proveedores de servicios.

2. El trato otorgado por una parte de conformidad con el párrafo 1 significa, respecto a un nivel regional de gobierno, un trato no menos favorable que el trato más favorable que ese nivel regional de gobierno

Este compromiso tiene por objeto evitar que, mediante leyes o reglamentación nacionales, se discrimine entre las mercancías y prestadores locales y los que poseen procedencia extranjera, de modo tal que se proteja o privilegie en el mercado a la oferta nacional. En resumen, la cláusula de trato nacional se dirige a evitar una discriminación en el mercado interno de una las partes que forman parte de un área de libre comercio.

Instaurada la apertura comercial, la finalidad es que ninguna de las partes que conforma el área de libre comercio pueda establecer, en la dinámica de su mercado interno, medidas para proteger a su industria nacional o prestadores nacionales. Dichas medidas se encuentran prohibidas y podrían configurarse mediante exigencias, tanto legales como administrativas (incluyendo las tributarias), que tengan como efecto imponer un trato que perjudique o encarezca comparativamente a la oferta importada frente a una oferta nacional similar, directamente competidora o sustituta, a fin de hacerla menos competitiva, de modo artificial (Van den Bossche y Zdouc, p. 2005, pp. 327-320). La cláusula de trato nacional persigue que el proceso competitivo se produzca en igualdad de condiciones jurídicas y económicas entre la oferta nacional y la oferta importada. Con esta cláusula, se persigue evitar que se perjudiquen las condiciones de competencia, generando privilegios y protección de la oferta nacional, lo que estimula la intensidad de la competencia y beneficia a los consumidores finales e intermedios.

En el comercio internacional una excepción importante que suele establecerse al compromiso de trato nacional es el tratamiento de las compras estatales. Así, es posible que, según pacten las partes en un TLC, puedan válidamente beneficiar o privilegiar de algún modo la adquisición de mercancías o servicios nacionales por sobre aquellos de origen extranjero. Ello puede ocurrir, por ejemplo, otorgando mayores puntajes en la calificación a las ofertas nacionales en los concursos o licitaciones que conducen a la contratación pública. Este tipo de excepciones, debe dejarse

otorgue, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de la parte de la cual forma parte integrante.”

anotado, no contribuyen con respaldar los intercambios comerciales internacionales que intensifican el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores finales, intermedios o estatales, en los mercados donde se produce la importación⁸⁹.

- ii) *Cláusula de nación más favorecida*, conforme a la cual corresponde, al Estado u organización internacional que lo asume, otorgar a la mercancía o el servicio que se importa desde otra jurisdicción el “mejor trato otorgado” a otra mercancía o servicio extranjeros, incluido el tratamiento al comerciante y/o al prestador extranjero. Ello implica que, ante la existencia de tratos diferentes, se le aplicará el mejor trato posible que se otorga a los extranjeros, sea en materia arancelaria, fiscal, reglamentaria, regulatoria o de cualquier otra índole, según corresponda. El objetivo de este compromiso pactado en un acuerdo comercial es que el proceso de apertura de comercio, entre las partes y entre sus territorios, sea, en principio, aquel cuya liberación del comercio entre las partes sea la mayor liberación que cada una concede hacia el exterior.

La cláusula de nación más favorecida es la segunda cara de la moneda de los compromisos de no discriminación porque evita que, por ejemplo, un Estado u organización internacional menos favorablemente a las mercancías o servicios de una jurisdicción extranjera frente al tratamiento que, en las mismas condiciones, otorga a mercancías o servicios de una tercera jurisdicción.

Sin embargo, este compromiso, que es consustancial al sistema multilateral de comercio administrado por la Organización Mundial del Comercio (OMC)⁹⁰, no lo es un sistema regional de comercio como el instaurado por

⁸⁹ Así, en la Unión Europea, “[...] desde el inicio de los años setenta [...] se ha ido sucediendo un número considerable de normas —mediante la técnica de la ‘aproximación legislativa’— con el objeto de paliar las barreras a la contratación pública en la Comunidad y tratar de reducir la frecuente práctica, y, en lo posible, invertir la tendencia de la “compra nacional”, abriendo dichos sectores a la competencia intracomunitaria entre los distintos operadores” (Fernández, M., 2005, pp. 585-621).

⁹⁰ El art. XXIV del GATT y la cláusula de habilitación emanada de la Ronda de Tokio permiten el establecimiento de áreas de libre comercio, uniones aduaneras y determinados sistemas de preferencias sin otorgar, a los demás Miembros de la Organización Mundial del Comercio (OMC), la mayor liberación del comercio que, en el ámbito de las mercancías, se conceden las partes de un acuerdo

un TLC. Ello considerando que, precisamente, el establecimiento de un área de libre comercio genera excepciones a la cláusula de nación más favorecida pactada en el sistema multilateral del comercio, establecida – como regla general– por el artículo I del GATT (para el caso de mercancías) y por el artículo II del GATS (para el caso de servicios). Así, la previsión de esta cláusula no ha sido usual en los acuerdos comerciales regionales en los que participa el Perú y en los casos en que se ha previsto, resulta significativamente restringida⁹¹.

Sin embargo, en materia de comercio de servicios, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú prevé una cláusula o trato de nación más favorecida amplia, al señalar que “cada Parte otorgará a los proveedores de servicios de la otra Parte un trato no menos favorable que el que otorgue, en circunstancias similares, a los proveedores de servicios de un país no Parte”.

1.3.2. Compromisos internacionales en materia de defensa de la competencia

A manera de introducción sobre la materia que abordamos en este numeral, cabe señalar que el acuerdo comercial regional que generó en el Perú una transformación significativa en las normas de defensa de la competencia fue el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica. Este fue el primero que integralmente se dirigía, entre otros, a establecer la libre circulación de bienes y

comercial regional o TLC. Ocurre lo propio con lo previsto en los artículos II y V del GATS, en el ámbito de los servicios.

⁹¹ Se entiende que las partes que conforman un área de libre comercio, en materia de mercancías, desean controlar, a través del diseño y ejecución del programa de liberación, la velocidad de la desgravación arancelaria absoluta y, en consecuencia, los momentos en los que se van logrando objetivos intermedios y finales tendientes a la sustancial apertura en la circulación de mercancías. Por ello no suelen colocar esta cláusula de nación más favorecida que, en los hechos, es capaz de colocar instantáneamente cualquier proceso paulatino de desgravación en un nivel de progreso mayor y distinto del pactado. Por ejemplo, incluso cuando no era necesario, al no haberse pactado la cláusula bajo comentario, el Acuerdo de Promoción Comercial (TLC) Perú – Estados Unidos de Norteamérica expresamente sobre los efectos de la eliminación arancelaria:

“Artículo 2.3

Eliminación arancelaria

(...)

3. (...) no impedirá al Perú otorgar un tratamiento arancelario idéntico o más favorable a una mercancía según lo dispuesto en los instrumentos jurídicos de integración andina (...).”

servicios implementando una zona de libre comercio; asegurar la defensa de la competencia; proteger las inversiones colocadas en la jurisdicción de un Estado por un agente económico del otro Estado y viceversa; y, garantizar la protección de la propiedad intelectual como estímulo a la innovación en el mercado ampliado integrado por territorio de ambos Estados.

Este acuerdo motivó que el Perú implementara, mediante normas internas, diversos compromisos asumidos en el contexto de la conjunta y recíproca apertura de mercados con Estados Unidos de Norteamérica. En este contexto, el Congreso de la República del Perú, mediante la Ley 29157 delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar y ello permitió la mejora del marco regulatorio de la defensa de la competencia, entre otros temas. La principal autoridad peruana en esta materia, que es el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) participó activamente en este proceso y sometió a consideración de la Presidencia del Consejo de Ministros el proyecto de la actual Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) – Decreto Legislativo 1034, cuyo contenido definió la sustitución del anterior Decreto Legislativo 701 - Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Esta implementación legislativa, realizada con el objetivo de lograr el mejor aprovechamiento del libre comercio instaurado por el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, contribuyó asimismo con la implementación de los acuerdos comerciales que se celebraron posteriormente con otros Estados y con organizaciones internacionales como la Unión Europea.

Por su parte, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea, considerando uno de los compromisos que contiene, estimula una segunda transformación significativa en las normas de defensa de la competencia peruanas. Este acuerdo prevé obligaciones relacionadas con el establecimiento de un *control de estructuras* en las jurisdicciones de las partes. Aunque hayan transcurrido varios años desde la vigencia de este acuerdo, desde junio de 2021, como señalamos previamente, ha entrado en vigencia en el Perú la Ley que establece un control fusiones y adquisiciones empresariales – Ley 31112, que resulta de aplicación en todos los sectores de la economía.

De modo general, en relación con los acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria en los que el Perú es parte, la doctrina peruana reconoce que:

“(S)e verifican como intereses comunes el mantenimiento de una adecuada legislación sobre libre competencia, la exigencia de autoridades de competencia independientes, el respeto al derecho de defensa y al debido proceso en las investigaciones; y, la implementación de acciones de cooperación entre las agencias de competencia.” (Bezada y Zambrano, 2021).

A continuación, en relación con el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia y algunos aspectos generales que son materia de la política de competencia, abordamos aspectos relevantes que se desprenden de los compromisos internacionales del Perú, asumidos en ambos tratados antes mencionados, así como en otros acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria, dirigidos a establecer áreas de libre comercio, entre otros objetivos planteados.

1.3.2.1. Objetivos

Los compromisos internacionales establecidos en los acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria en los que el Perú es parte afianzan el entendimiento de que la política de competencia incluye tanto el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como también la liberalización y la desregulación del comercio.

Desde el planteamiento de sus objetivos, estos acuerdos coinciden en señalar que, siendo que las prácticas anticompetitivas “tienen la posibilidad de restringir el comercio, (...) al proscribir tales conductas anticompetitivas, poniendo en marcha políticas de libre competencia y ejerciendo la cooperación, se ayudará a garantizar los beneficios”⁹² que genera cada acuerdo, tal como lo señala el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú. En el mismo sentido, se pronuncia el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica y añade que las prácticas anticompetitivas son capaces de restringir la inversión bilateral, por lo que

⁹² Cfr. Artículo 8.1 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú.

las Partes convienen “implementar políticas de competencia económicamente consistentes y cooperar”⁹³ para la proscribir dichas prácticas.

Por su parte, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea, que plantea reconocimientos y propósitos que incluyen un corte social, señala en relación con la importancia de la libre competencia para el funcionamiento de los mercados, el desarrollo económico y social, y el bienestar del consumidor:

“ARTÍCULO 259

Objetivos y principios

1. Reconociendo la importancia de la libre competencia y que las prácticas anticompetitivas tienen el potencial de distorsionar el adecuado funcionamiento de los mercados, afectar el desarrollo económico y social, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y menoscabar los beneficios resultantes de la aplicación de este Acuerdo, las Partes aplicarán sus respectivas políticas y leyes de competencia.

(...)”.

Sin embargo, este acuerdo, a diferencia del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, no exige expresamente que las partes implementen políticas de competencia económicamente consistentes, sino solamente el deber de que cada parte aplique sus respectivas políticas y leyes de competencia.

En el caso del Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y Perú, el objetivo pareciera laxarse hasta lo opcional, al referir, en su artículo 189, que “cada Parte adoptará, de conformidad con sus leyes y reglamentos, las medidas que considere apropiadas en contra de actividades anticompetitivas, con el fin de facilitar los flujos de comercio e inversión entre las Partes mediante el funcionamiento eficiente de sus mercados”.

En común, con diferentes niveles de gradualidad, desde la obligación de implementar medidas consistentes hasta la opción de adoptar las medidas que se consideren apropiadas, los acuerdos comerciales regionales reflejan el entendimiento de que la defensa de la competencia debe evitar o corregir que las prácticas anticompetitivas

⁹³ Cfr. Artículo 13.1 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica.

restringan el libre comercio y las inversiones que promueven tales acuerdos. Ello, considerando que estas prácticas afectan la libre competencia y el adecuado funcionamiento de los mercados, en perjuicio de la ciudadanía y las sociedades afincadas en las jurisdicciones de las partes del correspondiente acuerdo.

1.3.2.2. Obligaciones de contar con legislación

Los compromisos internacionales establecidos en los acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria en los que el Perú es parte y que tienen previsiones en materia de políticas de competencia, coinciden en su mayoría en prever que cada parte adoptará o mantendrá leyes o legislación en materia de competencia⁹⁴. Algunos de estos acuerdos prevén expresamente su aplicación para que se “proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas, sean éstas realizadas por empresas públicas o privadas”⁹⁵ y otros remarcan que cada parte “mantendrá su independencia para desarrollar e implementar su legislación de competencia”⁹⁶.

En el caso del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea el compromiso es que dichas leyes “se ocupen” de tales prácticas y estas permitan a las partes adoptar “acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas”⁹⁷; mientras que el texto del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica y del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú son más exigentes al señalar que cada parte “adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia”, “que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas” y “adoptará las acciones adecuadas o apropiadas con respecto a dichas prácticas”⁹⁸.

⁹⁴ Cfr. Artículo 13.2 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, artículo 8.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú, artículo 260 del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea y artículo 15.1 del Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú, que presentan textos de alcance similar.

⁹⁵ Cfr. Artículo 8.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú.

⁹⁶ Cfr. Artículo 1302 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú.

⁹⁷ Cfr. Artículo 260 del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea.

⁹⁸ Cfr. Artículo 13.2 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica y artículo 8.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú, que presentan textos en este aspecto casi idénticos.

A) Sobre control de conductas

Entre los acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria dirigidos a establecer áreas de libre comercio celebrados por el Perú, existen algunos como el chileno que, en un capítulo especial, establecen que “para prevenir distorsiones o restricciones de la competencia que puedan afectar al comercio de mercancías o servicios entre ellas, las Partes prestarán una especial atención a los acuerdos contrarios a la competencia, a las prácticas concertadas y al comportamiento abusivo resultante de posiciones dominantes individuales o conjuntas”⁹⁹, siendo así explícitos en señalar que el abuso de posición de dominio y las conductas colusorias pueden resultar nocivos para el comercio de mercancías y de servicios.

Existen también otros instrumentos internacionales, como el Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y Perú, que se manejan en un plano relativamente indefinido al señalar que “el término “actividades anticompetitivas” significa cualquier conducta o transacción que pueda ser objeto de sanciones o medidas correctivas en virtud de las respectivas leyes y reglamentos de competencia de las Partes”¹⁰⁰. Dejan así la naturaleza de las conductas anticompetitivas al contenido de las normas de defensa de la competencia de cada parte.

Específicamente en relación con el *control de conductas*, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, en su artículo 13.2, numeral 1, se limita a señalar que “cada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor, y adoptará las acciones apropiadas con respecto a dichas prácticas”. Este acuerdo no es explícito en relación con señalar que el abuso de posición de dominio y las conductas colusorias son las conductas anticompetitivas que deben ser proscritas por cada parte, lo cual es consistente dado que la tradición norteamericana, difiere de la peruana, dado que la primera, frente a una posición dominante o monopólica, no se reserva únicamente a

⁹⁹ Cfr. Artículo 8.1, numeral 3, del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú.

¹⁰⁰ Cfr. Artículo 189 del Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y Perú.

prohibiciones para aquellos supuestos en que tal posición sea utilizada de forma abusiva, sino que interviene para enfrentar la estructura monopolística misma. Ello supone un enfoque distinto (como explicamos al inicio de este capítulo) y contrasta con la tradición europea continental a la que se adscribe el Perú y la Comunidad Andina.

A su turno, en relación con el *control de conductas*, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea establece:

“ARTÍCULO 259

Objetivos y principios

(...)

2. Las Partes acuerdan que las siguientes prácticas son incompatibles con el presente Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las Partes:

(a) cualquier acuerdo, decisión, recomendación, o práctica concertada que tenga por objeto o efecto impedir, restringir o distorsionar la competencia de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia;

(b) el abuso de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia; (...)

(...)”.

Este acuerdo mantiene la consideración de que cada parte aplique sus respectivas políticas y leyes de competencia, considerando un consenso de apreciación entre las partes que convienen en considerar que las conductas colusorias (horizontales o verticales), así como la conducta consistente en el abuso de una posición de dominio, según lo definido en las normas de defensa de la competencia aplicables en cada parte, son incompatibles con este acuerdo, siempre que dichas conductas puedan afectar el comercio y la inversión entre las partes. Es decir, deja reposando la incompatibilidad de estas conductas con el indicado acuerdo comercial sobre su capacidad de afectar los propósitos de la integración regional que este establece.

Sin embargo, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea refuerza, con claridad, que las partes deben tener y mantener legislación que defina estas conductas y pueda corregir o remediar la incompatibilidad de estas conductas con los propósitos de este acuerdo.

B) Sobre control de estructuras

De entre todos los acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria dirigidos a establecer áreas de libre comercio celebrados por el Perú, se distingue el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea al establecer una referencia concreta a la previsión de un *control de estructuras*:

“ARTÍCULO 259

Objetivos y principios

(...)

2. Las Partes acuerdan que las siguientes prácticas son incompatibles con el presente Acuerdo en la medida que dichas prácticas puedan afectar el comercio y la inversión entre las Partes:

(...)

(c) concentraciones de empresas, que obstaculice significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante de conformidad con lo dispuesto en sus respectivas leyes de competencia.

(...)”.

Así, este acuerdo, manteniendo también la consideración de que cada parte aplique sus respectivas políticas y leyes de competencia, considera un consenso adicional de apreciación entre las partes, las cuales convienen en considerar que las fusiones y adquisiciones empresariales (denominadas concentraciones de empresas) que obstaculicen significativamente la competencia efectiva, en particular como resultado de la creación o fortalecimiento de una posición dominante, según lo definido en las normas de defensa de la competencia aplicables en cada parte, son incompatibles con este acuerdo, siempre y cuando tales fusiones y adquisiciones puedan afectar el comercio y la inversión entre las partes. Es decir, también en este caso deja reposando la incompatibilidad de estas concentraciones empresariales con el indicado acuerdo comercial sobre su capacidad de afectar los propósitos de la integración regional que este establece.

Sin embargo, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea refuerza, con claridad, que las partes deben tener y mantener legislación que defina estas concentraciones y pueda prevenir o remediar la incompatibilidad de estas fusiones y adquisiciones con los propósitos de este acuerdo.

Finalmente, algunos acuerdos prevén que las partes pueden prever exclusiones o excepciones en cobertura o aplicación de sus normas de defensa de la competencia, siendo que, entre otros, se prohíbe su implementación discriminatoria¹⁰¹, se promueve su evaluación periódica a fin de determinar su necesidad¹⁰² o se exige que tales exclusiones o excepciones estén basadas en razones de política pública o de interés público¹⁰³.

1.3.2.3. Monopolios designados y empresas del Estado

En relación con el funcionamiento de los mercados, cabe considerar que, en diferentes acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria dirigidos a establecer áreas de libre comercio celebrados por el Perú, se prevén compromisos relacionados con la conducta de monopolios designados y la conducta de las empresas del Estado. Lo primero que destaca es que estos acuerdos no impiden la existencia de tales monopolios y empresas. Así, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea menciona:

“ARTÍCULO 263

Monopolios designados y las empresas del Estado

1. Nada en este Acuerdo impedirá que una Parte establezca o mantenga monopolios públicos o privados, y empresas del Estado de conformidad con su legislación.
2. Cada Parte garantizará que las empresas del Estado y los monopolios designados estén sujetos a sus respectivas leyes de competencia en la medida en que la aplicación de dichas leyes no obstruya el desempeño, de hecho o en derecho, de determinadas tareas públicas asignadas a ellos.
3. Con respecto a empresas del Estado y los monopolios designados, ninguna Parte adoptará o mantendrá medidas contrarias a lo dispuesto

¹⁰¹ Cfr. Artículo 8.2, numeral 6, del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú.

¹⁰² Cfr. Artículo 1302 del Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú.

¹⁰³ Cfr. Artículo 15.1 del Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú.

por este Título o que distorsione el comercio y la inversión entre las Partes.”

Es decir, nada en los compromisos sobre políticas de competencia, bajo este acuerdo, prohíbe la existencia de monopolios públicos o privados, ni la existencia de empresas públicas. Sin embargo, sí existe el compromiso de que tales monopolios y empresas se sometan a las normas sobre defensa de la competencia. Es decir, que en su conducta se deben encontrar proscritas las prácticas anticompetitivas consistentes en abuso de posiciones de dominio (lo que resulta posible en un agente económico que cuenta con una posición de dominio debido al monopolio que pueda ostentar) o conductas colusorias horizontales o verticales. Se deja a salvo, fuera de ese sometimiento, lo concerniente a la función pública que estos agentes económicos pudieran desarrollar, lo cual resulta razonable en tanto no constituyan actos de concurrencia en el mercado.

Por su parte, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica también manifiesta que “nada en este Capítulo se interpretará en el sentido de impedir a una de las Partes designar un monopolio”, sea público o privado, que “establezca o mantenga una empresa del Estado”. Se asegura como compromiso también que tales monopolios y empresas “no deben operar de manera tal que creen obstáculos al comercio y la inversión”. Se señala especialmente para todo monopolio, entre otros, que se debe garantizar que “otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, a las mercancías de otra Parte y a los proveedores de servicios de otra Parte en su adquisición o venta de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante”; y, no “utilice su posición monopólica para incurrir, ya sea directa o indirectamente, (...) en prácticas anticompetitivas en un mercado no monopolizado en su territorio, que afecten negativamente a las inversiones cubiertas”. Y en relación con toda empresa del Estado cada parte debe garantizar que “otorgue trato no discriminatorio en la venta de bienes o servicios a inversiones cubiertas”¹⁰⁴.

¹⁰⁴ Cfr. Artículos 13.5 y 13.6 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica. Este acuerdo expresa, en línea de especificación que:
“Artículo 13.7: Diferencias de Precios. El cobro de diferentes precios en diferentes mercados, o dentro del mismo mercado, cuando dichas diferencias se basen en consideraciones comerciales normales, como el hecho de tomar en cuenta las condiciones de la oferta y la demanda, no será en sí mismo incompatible con los Artículos 13.5 y 13.6.”

En similares alcances se presentan, por ejemplo, los compromisos establecidos en el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú¹⁰⁵ y en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú¹⁰⁶, que no establecen limitaciones a la designación de monopolios o al establecimiento y actuación de empresas del Estado y que también reconocen que la conducta en el mercado de los monopolios designados y de las empresas del Estado no

¹⁰⁵ Así, sobre monopolios, el Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú prevé:

“Artículo 1305: Monopolios Designados

1. Nada en este Tratado se interpretará de manera que se impida a una Parte designar un monopolio.
2. Cuando una Parte pretenda designar un monopolio y dicha designación pueda afectar los intereses de la otra Parte, la Parte designante, siempre que sea posible, suministrará a la otra Parte una notificación previa, por escrito, de dicha designación.
3. Cada Parte se asegurará de que cualquier monopolio de propiedad privada que designe después de la entrada en vigencia de este Tratado y cualquier monopolio gubernamental que designe o haya designado antes de la entrada en vigencia de este Tratado:
 - (a) actúe de manera que no sea incompatible con las obligaciones de la Parte en el presente Tratado, cuando ese monopolio ejerza cualquier facultad reguladora, administrativa u otra facultad gubernamental que la Parte le haya delegado en relación con la mercancía o servicio monopólico, tales como la potestad de otorgar licencias de importación o exportación, aprobar transacciones comerciales o imponer cuotas, tasas u otras cargas;
 - (b) actúe únicamente según consideraciones comerciales en la compra o venta de la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante incluso en lo referente al precio, calidad, disponibilidad, capacidad de venta, transporte y otros términos y condiciones de compra o venta, salvo en lo referente al cumplimiento de cualquiera de los términos de su designación que no sean incompatibles con los subpárrafos (c) o (d);
 - (c) otorgue trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, a las mercancías de la otra Parte y a los proveedores de servicios de la otra Parte al comprar o vender la mercancía o servicio monopólico en el mercado relevante; y
 - (d) no utilice su posición de monopolio para incurrir, ya sea directa ni indirectamente, incluso a través de transacciones con su casa matriz, subsidiarias u otras empresas de propiedad común, en prácticas anticompetitivas en un mercado no monopolizado dentro de su territorio que tengan un efecto adverso sobre las inversiones cubiertas.
4. El párrafo 3 no se aplica a la contratación pública de mercancías, servicios o cualquier combinación de éstos, para propósitos oficiales y sin el propósito de venta o reventa comercial, o uso en la producción de mercancías o la prestación de servicios para la venta o reventa comercial.”

¹⁰⁶ De otro lado, sobre empresas del Estado, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú prevé:

“Artículo 8.10: Empresas Públicas y Empresas Titulares de Derechos Especiales o Exclusivos, Incluidos los Monopolios Designados

(...)

2. Respecto de las empresas públicas y las empresas a las que se les hayan concedido derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo, no se adoptarán ni mantendrán medidas que distorsionen el comercio de mercancías o servicios entre las Partes que sean contrarias a los intereses de la otra Parte.
3. Asimismo, las Partes se asegurarán de que dichas empresas estén sujetas a las normas de libre competencia en la medida en que la aplicación de tales normas no obstaculice la realización, de hecho o de derecho, de los objetivos de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional que expresamente les hayan sido asignados.
4. La acción de las empresas públicas se desarrollará en igualdad de condiciones con los agentes privados que pudieran participar de la actividad económica.
5. Las empresas públicas y las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, incluidos los monopolios designados, otorgarán trato no discriminatorio a las inversiones cubiertas, a las mercancías de la otra Parte y a los proveedores de servicios de la otra Parte.
6. Este artículo no es aplicable a las contrataciones públicas. (...)”

deben distorsionar el proceso competitivo mediante actos de discriminación, ni afectar la intensidad del proceso competitivo.

1.3.2.4. Autoridades de defensa de la competencia

Los compromisos internacionales establecidos en los acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria en los que el Perú es parte y que tienen previsiones en materia de políticas de competencia, coinciden en su mayoría en prever que cada parte debe tener autoridades con capacidades suficientes para aplicar sus normas de defensa de la competencia¹⁰⁷. El Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea añade, además, que estas autoridades se deberán encontrar “adecuadamente capacitadas para la efectiva aplicación de su legislación de competencia”¹⁰⁸.

En el caso peruano, se da cumplimiento a estos compromisos con la existencia y funcionamiento institucional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) que, como organismo público especializado, cobija a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, que es el órgano administrativo constituido como la autoridad general en materia de defensa de la competencia en el país, siendo que sus decisiones se revisan por el Tribunal del Indecopi como autoridad de segunda instancia administrativa. La organización y funciones del Indecopi fue reforzada por el Decreto Legislativo 1033, expedido en el marco de la implementación necesaria para el mejor aprovechamiento del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica y para el debido cumplimiento de sus compromisos. En los mercados correspondientes a los servicios

¹⁰⁷ Cfr. Artículo 13.2 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, y artículo 8.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú, que presentan textos de alcance similar.

¹⁰⁸ Cfr. Artículo 260 del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea. Esta previsión se complementa con lo previsto también en este acuerdo:

“ARTÍCULO 264

Asistencia técnica

1. Con el propósito de lograr los objetivos de este Título, las Partes reconocen la importancia de la asistencia técnica y promoverán iniciativas con miras a desarrollar una cultura de competencia.
2. Las iniciativas realizadas de conformidad con el párrafo 1 se enfocarán, entre otras, en fortalecer las capacidades técnicas e institucionales en lo que respecta a la aplicación de política de competencia y el cumplimiento de las leyes de competencia, la capacitación o formación de recursos humanos y el intercambio de experiencias.”

públicos de telecomunicaciones la entidad a cargo del *control de conductas* es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (Osiptel).

Debe notarse además que, en el caso del Perú, debido que forma parte de la Comunidad Andina, junto con Bolivia, Ecuador y Colombia, como veremos en el siguiente capítulo, la Secretaría General de esta organización internacional resulta la autoridad comunitaria en materia de defensa de la competencia en los territorios de estos Estados, incluido el Perú. En este sentido, se deben entender algunos silencios del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea cuando señala:

“ARTÍCULO 258

Definiciones

1. Para los efectos del presente Título:

– «autoridad de competencia» y «autoridades de competencia» significa:

- (a) para la Parte UE, la Comisión Europea; y
- (b) para Colombia y Perú, sus respectivas autoridades nacionales de competencia;

– «leyes de competencia» significa:

- (a) para la Parte UE, los artículos 101, 102 y 106 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de concentraciones entre empresas (Reglamento comunitario de concentraciones), y sus reglamentos de aplicación y modificaciones;
- (b) para Colombia y Perú, las siguientes, según corresponda:

- (i) las leyes nacionales relativas a la competencia adoptadas o mantenidas en concordancia con el artículo 260, y sus reglamentos de aplicación y modificaciones; y/o
- (ii) la legislación de la Comunidad Andina que sea de aplicación en Colombia o Perú, y sus reglamentos de aplicación y modificaciones.

2. Nada de lo dispuesto en este artículo afectará las competencias asignadas por las Partes a sus autoridades regionales y nacionales respectivas para la aplicación eficaz y coherente de sus respectivas leyes de competencia.”

Es decir, si bien este acuerdo define y reconoce que al referirse a “leyes de competencia” se refiere a la “la legislación de la Comunidad Andina que sea de aplicación (...) y sus reglamentos de aplicación y modificaciones”; previamente al

definir a las “autoridades de competencia” guara silencio sobre la autoridad comunitaria andina, limitándose a referir genéricamente sólo a las “autoridades nacionales de competencia” de sus contrapartes en el acuerdo. Al respecto, consideramos que esta omisión de ningún modo afecta las atribuciones y la Secretaría General de la Comunidad Andina, solamente que no le resultarán aplicables los compromisos del acuerdo bajo análisis. Incluso, ello hubiera sido así, aun cuando se reconociera su existencia y funciones comunitarias, pues la Comunidad Andina al no ser parte de este acuerdo, no podría ser vinculada a este como organización internacional.

Bajo este entendimiento, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica tiene una previsión más afinada y precisa, al señalar, en el numeral 4 de su artículo 13.2, que “cada Parte distinta de los Estados Unidos puede implementar sus obligaciones (...) a través de la legislación libre competencia de la Comunidad Andina o una autoridad de ejecución de la Comunidad Andina”. Nótese que el texto permitía, lo que ocurrió posteriormente, que Colombia se adhiriera a los compromisos esenciales de este acuerdo que negoció junto con Perú, pero que pudo entrar en vigencia posteriormente.

1.3.2.5. Debido proceso

En relación con previsiones sobre el debido proceso, el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea prevé, en su artículo 260, que “las partes reconocen la importancia de aplicar sus respectivas leyes de competencia de manera transparente, oportuna y no discriminatoria, respetando el principio de debido proceso y los derechos de defensa”, lo que significa un enunciado de referencia para las autoridades en lo concerniente a la aplicación de las normas de defensa de la competencia tanto en materia de *control de conductas* como en materia de *control de estructuras*.

En el mismo sentido, pero con mayor énfasis, pues no se trata de un “reconocimiento”, como en el acuerdo previamente citado, sino de previsiones que deben constituir “garantías” sobre elementos que conforman el debido proceso, como son el derecho a

ser escuchado, derecho a probar y derecho a impugnar autoridad independiente, en el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica:

“Artículo 13.2: Legislación de Libre Competencia y Prácticas de Negocios Anticompetitivas

(...)

3. Cada Parte garantizará que:

(a) antes de imponer una sanción o una medida en contra de cualquier persona por haber violado su legislación de libre competencia, permitirá a la persona el derecho a ser escuchada y de presentar evidencia, excepto que puede disponer que la persona pueda ser escuchada o presente evidencia dentro de un plazo razonable después de haberse impuesto una sanción provisional u otra medida; y

(b) una corte o un tribunal independiente establecido bajo la legislación de dicha Parte imponga o, a solicitud de la persona, revise dicha sanción o medida;

(...).”

Sin embargo, el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú parece ser el más completo en cuanto a las garantías que ofrece en torno al proceso de aplicación de normas de defensa de la competencia a cargo de las autoridades de las partes que conforman este acuerdo, que, además de los derechos antes señalados, especifican como derechos de quienes participan en dicho proceso: ofrecer testimonios; ofrecer análisis de expertos calificados y pruebas periciales; conainterrogar a cualquier testigo; examinar y refutar las pruebas presentadas ante la autoridad; a que no se insinúe su culpabilidad en el aviso público de la autoridad que revele la existencia de una investigación pendiente o en curso; a tener la oportunidad razonable de consultar con la autoridad de competencia sobre significativas cuestiones de derecho, de hecho o de procedimiento que surjan durante la investigación; y, el derecho de las personas a procurar una reparación por el daño a la empresa o a la propiedad causado por una violación de las normas de defensa de la competencia, ello al reconocer que el derecho privado de acción es un complemento importante para el cumplimiento público de las normas de defensa de la competencia ¹⁰⁹.

Finalmente, el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú, el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú y el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados

¹⁰⁹ Cfr. Artículos 15.2 y 15.3 del Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú.

Unidos de Norteamérica, entre otros, enfatizan la exigencia de que no se puede “discriminar sobre la base de la nacionalidad” a quienes se sujeten a los procedimientos ante las autoridades de competencia correspondientes¹¹⁰.

1.3.2.6. Ausencia de sometimiento al sistema de solución de controversias

El alcance de los compromisos detallados previamente en relación con la política de competencia y las normas de defensa de la competencia, previstos en diferentes acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria dirigidos a establecer áreas de libre comercio celebrados por el Perú, contrastan severamente con la ausencia de sometimiento de tales compromisos al sistema de solución de controversias previsto en cada uno de estos acuerdos.

Así, la amplitud de compromisos que prevé del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea en estas materias, resulta paradójica en cuanto este acuerdo señala en su artículo 266 que “ninguna Parte podrá recurrir al mecanismo de solución de controversias establecido en el Título XII (Solución de controversias)” del acuerdo, en relación con cualquier asunto relacionados con su Título VIII sobre competencia que se ha analizado y explicado. Es decir, para este acuerdo, las obligaciones en materia de defensa de la competencia configuran compromisos que no son exigibles mediante el propio mecanismo previsto en el mismo acuerdo internacional.

Sucede lo mismo en el Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú¹¹¹, así como en el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú que parece ser el más completo en cuanto a las garantías que ofrece en torno al proceso de aplicación de normas de defensa de la competencia¹¹².

¹¹⁰ Cfr. Artículo 13.2 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica. El artículo 8.2 del Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú, el artículo 15,1 del Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú y el artículo 191 del Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y Perú presentan textos de alcance similar en este aspecto.

¹¹¹ “Artículo 8.12: Solución de Controversias Ninguna de las Partes podrá recurrir al procedimiento de solución de controversias conforme al Capítulo 16 (Solución de Controversias), respecto de cualquier asunto derivado del presente Capítulo.”

¹¹² “Artículo 15.9: No aplicación de Solución de Controversias Ninguna de las Partes podrá recurrir a la solución de controversias conforme al Capítulo 27 (Solución de Controversias) por cualquier asunto que surja de este Capítulo.”

Ocurre lo propio con el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica, aun cuando este sí deja a salvo la posibilidad de recurrir a su mecanismo de solución de controversias en relación con los compromisos relativos a monopolios designados y empresas del Estado, contenidos en su capítulo 13¹¹³.

¹¹³ Cfr. Artículo 13.10 del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica.

Capítulo 2

La política y la defensa de la competencia en el ámbito comunitario andino

Conforme a lo formulado en el primer capítulo de esta tesis, la política de competencia incluye tanto el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como también la liberalización y la desregulación del comercio interno y externo. Esta tesis se centra en el primer componente, referido a las normas de defensa de la competencia.

Sin embargo, en este segundo capítulo, se analiza, desde el contexto comunitario andino, lo esencial de la liberalización y la desregulación del comercio, como parte de los elementos esenciales de la política de competencia de la Comunidad Andina que, inspirada en la experiencia comunitaria europea, determina el marco ampliado de la defensa de la competencia en el Perú. Ello con el fin de abordar con detalle, posteriormente, en este mismo capítulo, el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina.

2.1. La experiencia comunitaria europea que inspira al sistema andino de integración

De conformidad con el Tratado de la Unión Europea (en adelante el TUE), los Estados miembros de esta organización internacional (que ha sustituido y sucedido a la antes denominada Comunidad Europea¹¹⁴) le han atribuido competencias a esta unión para lograr los objetivos comunes de integración profunda que han convenido. En la determinación de las finalidades de la Unión Europea, entre otros aspectos de alta importancia, en lo concerniente al espacio económico integrado europeo, se establece:

¹¹⁴ Cfr. Artículo 1° del Tratado de la Unión Europea.

“Artículo 3

(antiguo artículo 2 TUE)

1. La Unión tiene como finalidad promover la paz, sus valores y el bienestar de sus pueblos.

2. La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas en materia de control de las fronteras exteriores, asilo, inmigración y de prevención y lucha contra la delincuencia.

3. La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico. La Unión combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, la solidaridad entre las generaciones y la protección de los derechos del niño.

La Unión fomentará la cohesión económica, social y territorial y la solidaridad entre los Estados miembros.

(...)

4. La Unión establecerá una unión económica y monetaria cuya moneda es el euro.

(...)

6. La Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados.”¹¹⁵

(Subrayado añadido).

La experiencia comunitaria europea demuestra que los objetivos de construcción de espacios económicos, que integran necesidades (demanda) y recursos disponibles para satisfacerlas (oferta), requieren también promover y asegurar un proceso competitivo integrado en el que exista competencia efectiva. Ello, por ejemplo, desde la demanda, beneficia a los ciudadanos en su dimensión de consumidores finales, así como a las empresas en su dimensión de consumidores intermedios, pues pueden acceder a mercancías y servicios que les permiten satisfacer sus necesidades a mejores

¹¹⁵ Complementa esta determinación, desde el derecho originario, el Protocolo 27 sobre Mercado Interior y Competencia (Anexo al TUE y TFUE), que expresa que los Estados miembros de la Unión Europea, considerando “que el mercado interior tal como se define en el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia”, han convenido en que “la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el artículo 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”.

Esta disposición del TFUE señala fundamentalmente que “[c]uando se considere necesaria una acción de la Unión en el ámbito de las políticas definidas en los Tratados para alcanzar uno de los objetivos fijados por éstos, sin que se hayan previsto en ellos los poderes de actuación necesarios a tal efecto, el Consejo adoptará las disposiciones adecuadas por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa aprobación del Parlamento Europeo.” Cita textual tomada de artículo 352° del TFUE.

combinaciones de precio y calidad, lo cual satisface el interés general por generar mayores niveles de bienestar en los ciudadanos y mayores niveles de competitividad en las empresas.

Se reconoce internacionalmente que “[e]l régimen de competencia de la Unión Europea es el único modelo regional que funciona en el mundo y que cuenta con una autoridad supranacional en materia de competencia” (UNCTAD, 2008, p. 15). De hecho, algunos sistemas de integración regional poseen normas de defensa de la competencia y autoridades comunitarias, pese a lo cual no pueden exhibir una experiencia de aplicación de normas efectiva, como es el caso de la Comunidad Andina, conformada por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, como analizaremos más adelante.

Desde este entendimiento, con el propósito de analizar el proceso de integración andino, que requiere fortalecer el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia en su espacio económico integrado, resulta aleccionadora la experiencia comunitaria europea en esta materia. Esta experiencia cobra mayor relevancia al constatar que el proceso de integración andino se inspira en el proceso europeo en cuanto al encuadramiento de su finalidad y el establecimiento de una integración jurídica que respalda la integración económica. Incluso, las normas de defensa de la competencia vigentes en el espacio económico integrado andino no solamente contaron con la cooperación técnica y financiera de la Unión Europea¹¹⁶, sino que también se determinaron considerando, en gran medida, el diseño institucional y la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el espacio integrado europeo¹¹⁷.

¹¹⁶ Cfr. Convenio de Financiación entre la Comunidad Europea y la Secretaría General de la Comunidad Andina (2001) - Convenio ASR/B7-3110/IB/98/0099 para la ejecución del Proyecto de Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina – “Proyecto Competencia”. Cfr. Memoria del Proyecto Competencia, emitida en el año 2005.

¹¹⁷ Al respecto, se ha reconocido que la Decisión 608 “has been praised due to its technical quality, inspired in EC competition Law. It sets a simple but effective framework to further economic integration and competition in the Andean Community markets” (Marcos, 2005, p. 5). “Ha sido elogiada por su calidad técnica, inspirada en el Derecho comunitario europeo de la competencia. Establece un marco simple pero eficaz para promover la integración económica y la competencia en los mercados de la Comunidad Andina” (traducción propia).

En consecuencia, en esta primera parte de este capítulo, analizamos las disciplinas del TFUE y de los reglamentos comunitarios que contienen las normas de defensa de la competencia, expedidas en ejercicio de la competencia explícita de la Unión Europea para establecerlas¹¹⁸; y, los principales aspectos evidenciados en su aplicación en el mercado interior europeo, que se desea consolidar como un mercado único.

2.1.1. Objetivos y mecanismos de intervención de poder público

En un espacio económico integrado como el europeo, la existencia y aplicación de normas de defensa de la competencia no solamente tiene el objetivo de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores, asegurando que el proceso competitivo se desarrolle con la mayor intensidad posible; sino que también responde al objetivo de lograr la efectiva integración de un espacio económico basada en la libre circulación de bienes, servicios, capitales y personas.

El propósito de esta integración se alinea con el fundamento mismo de una política de competencia, pues, por un lado, persigue que la circulación de bienes, servicios, capitales y personas no se vea detenida o afectada, injustificadamente, por actos de poder público de cada Estado miembro integrado a la Unión Europea, concretando la liberalización y la desregulación del comercio y del intercambio. Además, complementariamente, se persigue que tal circulación no se vea indebidamente restringida o eliminada por conductas anticompetitivas o estructuras empresariales, basadas en causas distintas a la eficiencia económica¹¹⁹, mediante la existencia y la aplicación de las normas de defensa de la competencia. Estas normas limitan la libertad de los actos de los agentes económicos, cuyas conductas o cuyas transacciones que generen concentración empresarial (a causa de fusiones y adquisiciones, entre otras) sean capaces de producir una afectación sobre la competencia en los mercados bajo la jurisdicción de la Unión Europea, y capaces de afectar indebidamente la circulación de bienes, servicios, capitales y personas entre sus Estados miembros.

¹¹⁸ Cfr. Artículo 3° del TFUE.

¹¹⁹ Hace algunos años, desde la OMC se consideró y con razón que “la experiencia hace pensar que la integración no basta por sí sola. Por ejemplo, parece que incluso en los mercados grandes en los que hay pequeños obstáculos internos al comercio, tales como los de la Comunidad Europea y los Estados Unidos, se necesita todavía una activa política de competencia a pesar de su avanzado estado de integración” (OMC, 1997, p. 62).

Así, las reglas contenidas en el TFUE y su desarrollo reglamentario configuran un sistema para la defensa de la competencia, en el mercado interior europeo, que contribuye decididamente con el aseguramiento de: i) el propio funcionamiento del mercado interior europeo, que implica la circulación de factores entre los Estados miembros (Sentencia TJUE emitida en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 *Établissements Consten - Grundig Verkaufs*)¹²⁰; y, ii) una competencia efectiva en este mercado (Sentencias TJUE emitidas en el asunto 6/72 *Europemballage - Continental Can* y en el asunto 27/76 *United Brands*)¹²¹.

En la Unión Europea, las normas de defensa de la competencia comunitarias no han reemplazado a las normas nacionales en la materia, dado que el alcance de las comunitarias se dirige a las conductas anticompetitivas y a las concentraciones empresariales (fusiones y adquisiciones) capaces de afectar la intensidad del proceso competitivo; y, asimismo, capaces de restringir al comercio y los intercambios entre las jurisdicciones de los Estados miembros (OMC, 1997, p. 99), lo que implicaría afectar el adecuado funcionamiento del mercado interior y el propio proceso de integración. Así, estas normas comunitarias coexisten con las normas nacionales de defensa de la competencia, en tanto que estas últimas resultan aplicables a casos que no afectan el mercado interior, aun cuando puedan ser capaces de afectar el proceso

¹²⁰ En esta sentencia se señaló que “en el caso de autos es innegable que el contrato entre Grundig y Consten, al impedir, por una parte, que empresas distintas de Consten importen a Francia los productos Grundig, y por otra parte, al prohibir a Consten reexportar dichos productos a otros países del mercado común, afecta al comercio entre los Estados miembros; (...) que el acuerdo que, de esta forma, tiende a aislar el mercado francés de los productos Grundig y a mantener artificialmente mercados nacionales distintos en el seno de la Comunidad, para los productos de una marca muy conocida, puede falsear la competencia en el seno del mercado común”. Citas textuales tomadas de la Sentencia TJUE emitida en los asuntos acumulados 56/64 y 58/64 - *Établissements Consten y Grundig-Verkaufs / Comisión*. Sobre la afectación del mercado interior también ha señalado que “es jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia que la redacción del artículo 81 CE [actual 101], apartado 1, se refiere con carácter general a todos los acuerdos y prácticas concertadas que, en relaciones horizontales o verticales, falseen la competencia en el mercado común, con independencia del mercado en el que operen las partes (...)” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-194/14 P *AC-Treuhand AG*). Contenido de corchetes añadido.

¹²¹ En esta sentencia se afirmó que, en cuanto sean contrarias a la competencia en el mercado interior, la prohibición de los “los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas” y “la acción unilateral de una o varias empresas (...) aunque en planos distintos (...) persiguen el mismo objetivo, el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado común”. Citas textuales tomadas de la Sentencia TJUE emitida en el asunto 6/72 - *Europemballage Corporation y Continental Can / Comisión*. Ello se encuentra en armonía con lo también afirmado por el Tribunal cuando señala que “(las) normas deben tener en cuenta específicamente el objetivo perseguido por el artículo 101 TFUE, que pretende garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva y no falseada en el mercado interior y, de este modo, asegurar que los precios se fijan en función del juego de la libre competencia.” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-557/12 *Kone AG*).

competitivo en mercados de alcance estadual o subestadual. Es decir, las normas nacionales se aplican a conductas o transacciones que no son capaces de afectar el mercado interior conformado entre los Estados miembros de la Unión Europea.

En consecuencia, el proceso de integración europeo, la política de competencia se desarrolla bajo el entendimiento de que la intensidad del proceso competitivo puede verse afectada tanto por actuaciones empresariales como por actuaciones de poder público de diversa índole:

“Los instrumentos de la política de competencia prohíben, sancionan e impiden conductas anticompetitivas como los acuerdos de reparto de mercados entre empresas, y ayudan a suprimir los obstáculos a la competencia. Además, aunque las normas de competencia no cuestionan la mera existencia de monopolios, naturales o no, sí prohíben los abusos de posición dominante o monopolística y la creación de tales posiciones mediante una concentración. También velan por que las medidas estatales no falseen o restrinjan la competencia de otro modo como, por ejemplo, mediante la concesión de ayudas estatales.” (Comisión de la UE, 2004a, p. 6).

Con base en lo antes señalado, las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea presentan tres mecanismos o modelos de intervención, que serán abordados en los siguientes numerales:

- i) *Control de conductas*, mediante el cual se reciben peticiones y/o se despliegan actos de supervisión para detectar conductas que pueden consistir en un abuso de una posición de dominio o en una colusión anticompetitiva.
- ii) *Control de estructuras*, mediante el cual se analizan y, eventualmente, se pueden condicionar, prohibir o escindir las concentraciones empresariales (generadas por una fusión, adquisición o constitución de empresa en común o de *joint venture*, entre otros) que, por sus circunstancias concretas, pudieran afectar significativamente la competencia efectiva en el mercado.

- iii) *Régimen de ayudas públicas*, que tiene por finalidad evitar que subvenciones o subsidios puedan distorsionar o restringir el proceso competitivo en el mercado interior europeo.

Así, las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea presentan dos mecanismos o modelos de intervención que expresan el estándar internacional y uno tercero, que es el *régimen de ayudas públicas*. Este último, no siendo parte de dicho estándar, expresa los objetivos de profunda integración que tiene esta unión, que implican la consolidación de un mercado interior que cobije un proceso competitivo por eficiencia, sin las distorsiones que pueden generar las subvenciones o los subsidios.

Con las reformas reglamentarias del año 2004, en la Unión Europea se ha enfatizado que las normas de defensa de la competencia tienen, como uno de sus propósitos, procurar que, en la medida de lo posible, las empresas que actúan en el mercado interior europeo sujeten sus estrategias competitivas a un marco unificado, de modo que su impulso competitivo se produzca en igualdad de condiciones (Comisión de la UE, 2004a, pp. 7-8).

2.1.2. Control de conductas en la Unión Europea

Considerando las finalidades de la integración entre los Estados miembros de la Unión Europea, con el fin de prevenir y, de ser el caso, corregir y sancionar conductas de agentes económicos que afectan la competencia efectiva en el mercado interior¹²², el

¹²² Se ha considerado que “[l]os artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado”, lo que “no impedirá que los Estados miembros apliquen en sus territorios la legislación nacional que proteja otros intereses legítimos, siempre que esa legislación sea compatible con los principios generales y las demás disposiciones del Derecho comunitario (...). Por lo tanto, con arreglo al presente Reglamento, los Estados miembros podrán aplicar en sus territorios una legislación nacional que prohíba o sancione actos de competencia desleal, tanto unilaterales como contractuales.” Cita textual tomada del Considerando (9) del Reglamento 1/2003. Contenido de corchetes añadido.

Sostiene una posición de la doctrina, incluso, que “lo *antitrust* es también desleal por cuanto incurre en un abuso de la libertad de competir” (Font Galán y Miranda Serrano, 2005, p. 27), lo cual no convence pues parece mas bien que la conducta anticompetitiva se configura con el incumplimiento del deber de competir o el deber de no afectar indebidamente la competencia mediante el abuso de una posición de dominio.

TFUE presenta una sección especial que determina normas comunes de defensa de la competencia aplicables a las empresas, sean privadas o públicas¹²³:

- i) En su artículo 101° (antiguo 81°), determina que “[s]erán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior (...)”, lo que implica la prohibición de estas conductas colusorias anticompetitivas, horizontales o verticales, y la habilitación para su corrección y sanción, conforme disponen las normas comunitarias derivadas (reglamentarias)¹²⁴; y,
- ii) En su artículo 102° (antiguo 82°), determina que “[s]erá incompatible con el mercado interior 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 interior o en una parte sustancial del mismo”, lo que implica también la prohibición de esta conducta de abuso de una posición de dominio y la habilitación para su corrección y sanción, conforme disponen las normas comunitarias derivadas (reglamentarias)¹²⁵.

2.1.2.1. Ámbito de aplicación

¹²³ Cfr. Título VII, Capítulo I, Sección Primera del TFUE. Al respecto cabe considerar que este tratado señala:

“Artículo 106

1. Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive.

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

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

¹²⁴ Cfr. Artículo 103 del TFUE.

¹²⁵ Cfr. Artículo 103 del TFUE.

Desde estas determinaciones, resulta evidente que el centro de gravedad de la atribución comunitaria europea se despliega sobre las conductas que afectan la competencia efectiva y que, a la vez, son capaces de afectar la libre circulación de los factores económicos que sustentan el mercado interior europeo¹²⁶. Así, un énfasis en la prohibición, corrección y sanción de conductas colusorias y de abuso de una posición de dominio se dirige a evitar que estas “puedan afectar al comercio entre los Estados miembros”, lo que resultaría precisamente contrario a la finalidad de la integración europea en lo concerniente al establecimiento de un mercado interior.

El alcance del concepto de una “posible afectación del comercio entre Estados miembros”, como es evidente, resulta determinante para definir la intervención específica sobre casos concretos en los que corresponda evaluar conductas anticompetitivas y dar aplicación de las disposiciones de los citados artículos del TFUE, así como habilitar la actuación de la autoridad comunitaria. Al respecto, en beneficio de la defensa de la competencia en el mercado interior europeo, este concepto tiene un entendimiento amplio y actualizado que abarca no solamente la posible afectación del comercio entre los Estados miembros de la Unión Europea, sino, propiamente, de la circulación de todos los factores económicos que sustentan el mercado interior europeo. Así, se entiende, con claridad, que:

“El concepto de “comercio” no se limita a los tradicionales intercambios transfronterizos de bienes y servicios, sino es un concepto más amplio que abarca toda actividad económica transfronteriza. Esta interpretación es coherente con el objetivo fundamental del Tratado de

¹²⁶ La jurisprudencia europea ha señalado que “para que un acuerdo entre empresas pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros, en un sentido que pueda perjudicar a la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados (...). De este modo, el perjuicio de los intercambios intracomunitarios es, en general, el resultado de una combinación de diversos factores que, considerados aisladamente, no serían necesariamente decisivos” (Sentencia TJUE emitida en los asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96 Bagnasco). El Tribunal ha reafirmado este criterio cuando señala que “finalmente, para que se cumpla el requisito según el cual un acuerdo, en el sentido del artículo 101 TFUE, apartado 1, debe poder afectar al comercio entre los Estados miembros, dicho acuerdo debe permitir prever con un grado suficiente de probabilidad, sobre la base de un conjunto de elementos de hecho y de Derecho, que puede ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, en las corrientes de intercambios entre los Estados miembros y ello de manera que pudiera hacer temer que podrían obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros. Es necesario, además, que tal influencia no sea insignificante” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-172/14 ING Pensii).

promover la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales. (...) El requisito de producir un efecto en el comercio “entre los Estados miembros implica que debe haber un impacto en la actividad económica transfronteriza que repercuta por lo menos en dos Estados miembros. No es necesario que el acuerdo o la práctica afecten al comercio entre un Estado miembro y el conjunto de otro Estado miembro. Los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102 del TFUE] pueden ser aplicables también en casos que incidan sobre una parte de un Estado miembro a condición de que el efecto sobre el comercio sea apreciable. (...) La aplicación del criterio del efecto sobre el comercio es independiente de la definición de los mercados geográficos de referencia. El comercio entre Estados miembros también puede verse afectado en caso de que el mercado pertinente sea nacional o subnacional”. (Comisión de la UE, 2004b).
(Contenido de corchetes añadido).

Este entendimiento estimula la aplicación de las normas de defensa de la competencia de fuente comunitaria, en beneficio de la consolidación del mercado interior, bajo reglas comunes y compartidas que evitan la afectación de la competencia efectiva en los mercados europeos.

2.1.2.2. Conductas prohibidas y tipos sancionadores

La previsión clara de las conductas prohibidas, al máximo nivel de las normas comunitarias, desde el derecho originario, otorgan a la defensa de la competencia un carisma fundacional y fundamental del proceso de integración europeo. Así, en los artículos 101° y 102° del TFUE se determina un elenco enunciativo de conductas de empresas, sean privadas o públicas, que se encuentran prohibidas y, en consecuencia, son corregibles y sancionables por calificar como conductas colusorias o abuso de posición de dominio:

Cuadro 1 **Conductas prohibidas, corregibles y sancionables por las normas de defensa de la competencia de la Unión Europea**

Listado enunciativo de conductas que se consideran restrictivas de la competencia Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)	
Conductas colusorias (*) (artículo 101°)	Abuso de posición de dominio (artículo 102°)
a) fijar directa o indirectamente los precios de	a) imponer directa o indirectamente precios de

compra o de venta u otras condiciones de transacción.	compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.
b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones.	b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores.
c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento.	
d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.	c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.	d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.
Se entiende del texto del propio de los artículos 101° y 102° TFUE que este listado de conductas es enunciativo sobre modalidades de conductas colusorias y abuso de posición de dominio que se encuentran prohibidas y resultan, en consecuencia, corregibles y sancionables.	
(*) El numeral 3 del artículo 101° del TFUE señala que la prohibición y sanción determinada no se aplicará a los acuerdos que presenten eficiencias, es decir los “que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate” ¹²⁷ .	

¹²⁷ Al respecto cabe considerar que el Reglamento 1/2003 señala:

“CAPÍTULO IX

REGLAMENTO DE EXENCIÓN

Artículo 29

Retirada individualizada de exenciones

1. Cuando la Comisión, facultada por un Reglamento del Consejo, como los Reglamentos n° 19/65/CEE, (CEE) no 2821/71, (CEE) no 3976/87, (CEE) no 1534/91 o (CEE) no 479/92, para aplicar el apartado 3 del artículo 81 [actual 101] del Tratado, haya declarado que el apartado 1 del artículo 81 [actual 101] del Tratado no es de aplicación a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas, podrá retirarles la cobertura de dicho Reglamento de exención, por iniciativa propia o por previa solicitud, si considera que, en un caso concreto, un acuerdo, decisión o práctica concertada al que se aplica el Reglamento de exención tiene determinados efectos que son incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 [actual 101] del Tratado.

2. Cuando, en un caso determinado, haya acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas a los que se aplique alguno de los Reglamentos de la Comisión contemplados en el apartado 1 y produzcan efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 81 [actual 101] del Tratado en el territorio de un Estado miembro, o en una parte de dicho territorio que presente todas las

Fuente: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) / Elaboración propia.

Para asegurar que las conductas señaladas limiten o distorsionen indebidamente la intensidad del proceso competitivo y la libre circulación de mercancías, servicios, personas y capitales entre los Estados miembros de la Unión Europea, el TFUE determina que, mediante normas de nivel derivado, se reglamenta y se emiten las directivas necesarias, entre otros, para:

- i) Establecer procesos que garanticen la observancia de las prohibiciones sobre conductas anticompetitivas, que permitan la corrección de tales conductas y la imposición efectiva de multas punitivas y coercitivas;
- ii) Determinar, con eficacia y simplicidad, las conductas colusorias a las que no se aplica prohibición y sanción por presentar eficiencias significativas¹²⁸, conforme a lo antes señalado; y,
- iii) Precisar, de ser el caso, el ámbito de aplicación de las prohibiciones y sanciones sobre conductas colusorias y abuso de posición de dominio, respecto de distintos sectores económicos¹²⁹.

Asimismo, el TFUE determina que, desde normas comunitarias de nivel derivado, se debe precisar la distribución de competencias comunitarias entre Tribunal de Justicia

características de un mercado geográfico distinto, la autoridad de competencia de dicho Estado miembro podrá retirarles la cobertura del correspondiente reglamento por lo que respecta a dicho territorio.”

(Contenido de corchetes añadido).

¹²⁸ Conforme al Reglamento 1/2003 la carga de la prueba para determinar que una conducta constituye un acuerdo restrictivo o un abuso de posición de dominio corresponde a la Comisión o a quien presente la correspondiente petición, mientras que esta carga corresponderá a quien desee comprobar que determinado acuerdo que le beneficia no se encuentra prohibido por presentar eficiencias significativas. (Creus y Amador, 2005, p. 753). Así, este instrumento normativo señala:

“*Artículo 2*

Carga de la prueba

En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue. La empresa o asociación de empresas que invoque el amparo de las disposiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en dicho apartado.”

(Contenido de corchetes añadido).

¹²⁹ Cfr. Artículo 103° del TFUE.

de la Unión Europea y la Comisión Europea para la evaluación y la determinación de infracciones, correcciones y sanciones por conductas contrarias a las prohibiciones antes especificadas; así como la relación entre las normas nacionales y las normas comunitarias en materia de defensa de la competencia¹³⁰. Para tales efectos, el instrumento normativo vigente que da cumplimiento fundamental a estos mandatos es el Reglamento 1/2003, expedido por el Consejo de la Unión Europea.

Este instrumento normativo reglamentario, que establece un marco normativo modernizado en materia de defensa de la competencia, entró en vigencia al momento de la adhesión de diez nuevos Estados miembros a la Unión Europea, el 1 de mayo de 2004. Este reglamento se encuentra sintonizado con el propósito de estimular la competitividad en la Unión Europea y los objetivos de la estrategia de Lisboa. Ello, desde el convencimiento de que una competencia intensa que sea propiciada y protegida por la política de competencia es un elemento indispensable para este propósito (Comisión de la UE, 2004a, pp. 1-3).

2.1.2.3. Órganos competentes para el control de conductas

Considerando el alcance del Reglamento 17/62, predecesor del Reglamento 1/2003, el diseño funcional europeo se ha convertido, de un sistema de atribuciones exclusivo a favor de la Comisión de la Unión Europea para la aplicación de las normas de defensa de la competencia comunitarias, en un sistema en el cual las autoridades de competencia de los Estados miembros¹³¹ también se encuentran habilitadas a aplicar dichas normas comunitarias, conforme al reglamento vigente¹³².

¹³⁰ Cfr. Artículo 103° del TFUE.

¹³¹ Sobre las autoridades nacionales de defensa de la competencia, el Reglamento 1/2003 estipula:

“Artículo 35

Designación de las autoridades de competencia de los Estados miembros

1. Los Estados miembros designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente Reglamento. (...) Las autoridades designadas podrán incluir órganos jurisdiccionales.

2. Cuando la ejecución de la legislación comunitaria en materia de competencia se confíe a autoridades administrativas y judiciales nacionales, los Estados miembros podrán atribuir diferentes poderes y funciones a esas distintas autoridades nacionales, ya sean administrativas o judiciales.”

(Contenido de corchetes añadido)

¹³² Al respecto el Reglamento 1/2003 señala:

“Artículo 6

Competencia de los órganos jurisdiccionales nacionales

Se establece, en este sentido, un sistema que incluye un *mecanismo de atracción de competencias* a favor de la Comisión, pues si ésta decide conocer un caso concreto, su actuación tendrá prioridad sobre los procedimientos que hayan emprendido las autoridades de competencia de los Estados miembros sobre los mismos hechos¹³³. Si estas no hubieren iniciado caso alguno, la acción de la Comisión las priva de competencia; y, si lo hubieren iniciado, las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán inhibirse y archivar lo actuado, mediando consultas previas, lo que no implica, en modo alguno, que tengan capacidad de veto al conocimiento del caso por parte de la Comisión (Illescas, 2003, pp. 81-83; Fernández y Yagüe, s.f., p. 6)¹³⁴.

El Reglamento 1/2003 expresa consideraciones sobre las próximas ampliaciones de la Unión Europea, en su momento de emisión, así como la necesidad de establecer una supervisión eficaz y simplificada que sea capaz de asegurar la defensa de la competencia¹³⁵. Al respecto, se evidenció, en su momento, que:

“Antes de la reforma introducida en 2004, existía una notificación voluntaria de acuerdos a la Comisión. Las empresas pueden

Los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para aplicar los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado.”

(Contenido de corchetes añadido).

¹³³ Consagrando este *mecanismo de atracción de competencias* a favor de la Comisión, el Reglamento 1/2003 señala:

“*Artículo 11*

Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros

(...)

6. La incoación de un procedimiento por parte de la Comisión con vistas a la adopción de una decisión en aplicación del capítulo III privará a las autoridades de competencia de los Estados miembros de su competencia para aplicar los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado. Si una autoridad de competencia de un Estado miembro está actuando ya en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la autoridad nacional de competencia.”

(Contenido de corchetes añadido).

¹³⁴ Se entiende que “cuando la Comisión incoe un procedimiento con vistas a la adopción de una decisión, las autoridades de los Estados miembros quedarán privadas de su competencia para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE. Si la Comisión pretende incoar un procedimiento que está tramitando alguna de estas autoridades, debe consultarle previamente. Además, cuando el mismo asunto se presente ante varias autoridades de competencia de Estados miembros, una autoridad puede suspender el procedimiento o desestimar una denuncia sobre la base de que otra autoridad está instruyendo el asunto o lo ha instruido, pero no tiene obligación de hacerlo (existe flexibilidad en la apreciación de su conveniencia por parte de las autoridades).” (Fernández y Yagüe, s.f., p. 6).”

¹³⁵ Cfr. Considerandos (1) y (2) del Reglamento 1/2003.

beneficiarse de una exención respecto de las prohibiciones establecidas en el párrafo 3 del artículo 81 [actual 101] del tratado. La Comisión era la autoridad competente para aplicar ese artículo. No obstante, la Comisión se vio inundada por notificaciones sobre restricciones verticales que reducían los recursos disponibles para examinar los acuerdos horizontales, que presentan más probabilidades de ser contrarios a la competencia¹³⁶. Este fue uno de los factores que dio lugar a las reformas introducidas en la Unión Europea. La Comisión también mencionó la ineficacia del sistema de notificaciones para detectar los *cárteles* intrínsecamente nocivos y la excesiva carga administrativa para las empresas como las principales razones para la introducción de las reformas¹³⁷ (UNCTAD, 2008, p. 15).
(Contenido de corchetes añadido).

En este sentido, una novedad valiosa del Reglamento 1/2003 es la determinación de un cauce para las exenciones de prohibición y sanción sobre conductas colusorias que resulta eficaz en la vigilancia y simple en el control administrativo, tal como encomienda el literal b), del numeral 2 del artículo 103° del mismo TFUE. Este cauce, privilegia el control *a posteriori*, permitiendo a las empresas evaluar si se encuentran bajo la prohibición de conductas colusorias o si se encuentran bajo una exención por desarrollar una conducta que, siendo de esta naturaleza, presenta las eficiencias que exige el numeral 3 del artículo 101° del TFUE¹³⁸ (Creus y Amador, 2005, p. 753).

Asimismo, el Reglamento 1/2003 marca una complementariedad entre la aplicación del derecho nacional y del derecho comunitario en el ámbito de la defensa de la competencia, en los casos en que se produce la intervención de las autoridades

¹³⁶ Jenny F. y Horna P. M. (2005). "Modernization of the European system of competition law enforcement: lessons for other regional groupings". En *Competition Provisions in Regional Trade Agreements: How to Assure Development Gains* (UNCTAD/DITC/CLP/2005/1): 285 a 331. (Nota original procedente del texto citado).

¹³⁷ Budzinski O. y Christiansen A. (2005). *Competence Allocation in the EU competition policy system as an interest-driven process*. 28 de febrero. Se puede consultar en SSRN: ssrn.com/abstract=682303. (Nota original procedente del texto citado).

¹³⁸ Al respecto, cabe considerar que el Reglamento 1/2003 señala:

“Artículo 1

Aplicación de los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado

1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 [actual 101] del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 [actual 101] del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
3. La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 [actual 102] del Tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.”

(Contenido de corchetes añadido).

nacionales de competencia. Así, el Reglamento 1/2003 señala que cuando estas autoridades o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el derecho nacional a determinadas conductas que pueden significar conductas colusorias o un abuso de posición de dominio que puedan afectar el comercio entre los Estados miembros, deberán aplicar la norma comunitaria correspondiente¹³⁹. Esta aplicación, por parte de tales autoridades nacionales de competencia, se dirige a estandarizar la aplicación de las normas de defensa de la competencia en el espacio económico integrado europeo y a promover una mayor convergencia de las normas y criterios aplicables en materia de defensa de la competencia al interior de los Estados miembros de la Unión Europea (Canedo, 2006, p. 88; Soto, 2012, p. 293)¹⁴⁰.

La autoridad comunitaria y las autoridades nacionales de defensa de la competencia deben intercambiar información y cooperar estrechamente ante una investigación. De un lado, la Comisión remite copia de los documentos más importantes de sus

¹³⁹ El Reglamento 1/2003 establece:

“Artículo 3

Relación entre los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado y las normas nacionales sobre competencia

1. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 del Tratado. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a una práctica abusiva prohibida por el artículo 82 del Tratado, aplicarán también a la misma el artículo 82 del Tratado.

2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado. Lo dispuesto en el presente Reglamento no impedirá a los Estados miembros adoptar y aplicar en sus respectivos territorios legislaciones nacionales más estrictas en virtud de las cuales se prohíban o penalicen con sanciones determinados comportamientos que las empresas adopten de forma unilateral.

3. Sin perjuicio de los principios generales y demás disposiciones del Derecho comunitario, los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros apliquen disposiciones nacionales relativas al control de las concentraciones, y tampoco impedirán que se apliquen las disposiciones de Derecho nacional que persigan principalmente un objetivo diferente del de los artículos 81 y 82 del Tratado.

(Contenido de corchetes añadido).

¹⁴⁰ Así, cabe notar que “tanto la normativa de libre competencia comunitaria, como la nacional, permiten su aplicación simultánea respecto de una misma infracción en los casos en los cuales se vea afectado el comercio entre Estados miembros, así como también el interno del país del enforcer de carácter nacional. Lo que no quiere decir que estén en el mismo nivel, toda vez que la normativa interna está siempre supeditada a que, con su aplicación, no se ponga en peligro la de las normas comunitarias de forma uniforme y completa” (Soto, 2012, p. 293).

investigaciones a las autoridades nacionales. De otro lado, estas informan a la Comisión antes de realizar las primeras diligencias formales de investigación o inmediatamente después, teniendo en consideración que, para que funcione efectivamente el *mecanismo de atracción de competencias* de la Comisión, esta debe encontrarse plenamente informada de lo conocido y previsto por las autoridades nacionales de defensa de la competencia.

Asimismo, el Reglamento 1/2003 determina la existencia de un *Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes* conformado por representantes de las autoridades de competencia de los Estados miembros de la Unión Europea. Este Comité es consultado por la Comisión antes de pronunciarse sobre una infracción producto de una investigación, la imposición de un remedio estructural o de comportamiento, el ordenamiento de medidas cautelares y la aceptación de compromisos de cese, entre otros¹⁴¹.

2.1.2.4. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo comunitario

Ante la Comisión “[e]starán facultadas para formular denuncias (...) las personas físicas o jurídicas que acrediten un interés legítimo y los Estados miembros”¹⁴². En este sentido, nos encontramos ante un modelo de legitimidad calificada, que exige interés legítimo, salvo en el caso de los Estados, lo cual contribuye a evitar la sobrecarga del sistema; y, se complementa con la posibilidad de que la Comisión inicie casos de oficio¹⁴³. Cabe señalar que este órgano comunitario cuenta con amplias facultades de investigación, que incluyen poderes para solicitar información y recabar declaraciones¹⁴⁴, así como para inspección de locales¹⁴⁵. Asimismo, a instancia de la

¹⁴¹ Cfr. Artículos 7°, 8°, 9°, 10° y 14° del Reglamento 1/2003.

¹⁴² Cita textual del numeral 2 del artículo 7° del Reglamento 1/2003.

¹⁴³ Cfr. Numeral 1 del artículo 7° del Reglamento 1/2003.

¹⁴⁴ Se ha considerado, desde un sector de operadores de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea, que su modernización ha fortalecido la consideración del testimonio oral, en complemento de los fundamentos documentales en una investigación (Sinan y Uphoff, 2005: vi). Así, se entiende que el Reglamento 1/2003 ha otorgado a la Comisión el poder para “requerir información y para solicitar a los empleados de una empresa o asociación de empresas, en el curso de una inspección, las explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y finalidad de la diligencia,

Comisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros procederán a realizar las inspecciones que la Comisión considere oportunas¹⁴⁶.

Además de las atribuciones reconocidas a la Comisión y a las autoridades nacionales de competencia para ordenar el cese de infracciones que se encuentren debidamente probadas¹⁴⁷, adoptar medidas cautelares, aceptar compromisos de cese e imponer medidas sancionadoras y multas coercitivas¹⁴⁸, destaca entre las disposiciones del Reglamento 1/2003 que la Comisión puede imponer remedios sobre una *conducta* o sobre una *estructura* con el propósito de dar fin a una infracción contra las normas de defensa de la competencia. Ello siempre con la observancia del *principio de proporcionalidad* y bajo el entendimiento de que un *remedio estructural* solamente puede aplicarse si no se aprecia como eficaz la aplicación de un *remedio de conducta*¹⁴⁹. Cabe precisar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea posee

añadiendo multas sancionadoras y coercitivas en caso de resistirse al ejercicio de aquellos poderes mencionados.” (Soto, 2013, p. 199).

¹⁴⁵ Cfr. Artículos 18° a 21° del Reglamento 1/2003.

¹⁴⁶ Sobre este particular, el Reglamento 1/2003 prevé:

“Artículo 22

Investigaciones efectuadas por las autoridades de competencia de los Estados miembros

(...)

2. A instancias de la Comisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros procederán a realizar las inspecciones que la Comisión juzgue oportunas con arreglo al apartado 1 del artículo 20 o que haya ordenado mediante decisión adoptada en aplicación del apartado 4 del artículo 20. Los agentes de las autoridades de competencia de los Estados miembros encargados de proceder a las inspecciones, así como las demás personas que aquéllas hayan autorizado o designado, ejercerán sus poderes conforme a lo estipulado en su Derecho nacional.

A petición de la Comisión o de la autoridad de competencia del Estado miembro en cuyo territorio deba efectuarse la inspección, los agentes y demás personas acreditadas por la Comisión podrán prestar asistencia a los agentes de la autoridad de que se trate.”

¹⁴⁷ Por ejemplo, en relación con la investigación de una conducta colusoria, como corresponde también con la investigación de un abuso de posición de dominio, resulta claro que “toda autoridad de competencia –nacional o de la Unión– que considere que una empresa ha coludido tiene la carga de probar la existencia de un acuerdo contrario al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (“TFUE”) y, en su caso, artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (“LDC”). (...) Esta carga de la prueba vincula no sólo a la autoridad de competencia –la Comisión Europea y la autoridad nacional–, sino también a los demandantes que aleguen tal infracción ante los tribunales, incluyendo los tribunales civiles.” (Pérez Fernández, 2021, pp. 5-6).

¹⁴⁸ Cfr. Artículo 5°, 8° y 9° del Reglamento 1/2003.

¹⁴⁹ El Reglamento 1/2003 atribuye a la Comisión las facultades de imponer *remedios estructurales* o *remedios de conducta* frente a conductas colusorias o abuso de posición de dominio:

“Artículo 7

Constatación y cese de la infracción

1. Cuando la Comisión, de oficio o previa denuncia de parte, constate la existencia de una infracción de los artículos 81 u 82 [actuales 101 o 102] del Tratado, podrá ordenar mediante decisión a las empresas y

capacidad plena de revisión sobre las decisiones de la Comisión que, en este ámbito, sean sometidas a su conocimiento¹⁵⁰.

En caso los tribunales nacionales deban aplicar las normas de defensa de la competencia contenidas en los artículos 101° y 102° del TFUE, con el propósito de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la Unión Europea, pueden solicitar al Tribunal de Justicia de la Unión Europea que se pronuncie sobre la interpretación que corresponde a la norma comunitaria, mediante la formulación de una *cuestión prejudicial*. El objetivo es que el Derecho comunitario en materia de defensa de la competencia sea interpretado y, luego, aplicado de manera homogénea en toda la Unión Europea, afianzando la unidad del proceso de integración¹⁵¹. Desde la perspectiva de la formación y la profundización de un mercado común o interior como el que administra la Unión Europea, la cuestión prejudicial resulta ser, también en el ámbito de la defensa de la competencia, un instrumento de cooperación entre el

asociaciones de empresas involucradas que pongan fin a la infracción constatada. A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural. Cuando la Comisión tenga un interés legítimo para hacerlo, podrá igualmente constatar la pasada comisión de una infracción.
(...).”

¹⁵⁰ Al respecto cabe considerar que el Reglamento 1/2003 señala:

“*Artículo 31*

Control del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta.”

¹⁵¹ El Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece:

“*Artículo 267*

(antiguo artículo 234 TCE)

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:

- a) sobre la interpretación de los Tratados;
- b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;

Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad.”

Tribunal de Justicia de la Unión Europea y los órganos jurisdiccionales nacionales para asegurar que rijan reglas uniformes en el mercado integrado.

Asimismo, en consideración a la descentralización que impone en la Unión Europea este marco normativo modernizado en materia de defensa de la competencia, se ha formalizado la existencia de una *red de autoridades* de los Estados miembros, competentes para aplicar las normas de defensa de la competencia comunitarias, considerando las necesidades de su estrecha cooperación e intercambio fluido de información (Comisión de la UE, 2004c).

Destaca también el mantenimiento del *Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes*¹⁵², establecido por el reglamento previo al Reglamento 1/2003, expedido por el Consejo de la Unión Europea, adecuándolo a la nueva dinámica del vigente sistema descentralizado, conforme al cual este Comité, como se ha indicado, debe ser consultado por la Comisión antes de pronunciarse, entre otros, sobre una infracción producto de una investigación, imponer un remedio estructural o de comportamiento, ordenar medidas cautelares y aceptar compromisos de cese. Al respecto, “[l]a Comisión deberá tener particularmente en cuenta el dictamen emitido por el Comité consultivo” y le informará sobre el modo en que tuvo en cuenta su dictamen, debiendo publicarse si así lo recomienda¹⁵³.

Como corresponde, antes del pronunciamiento de la Comisión sobre una infracción producto de una investigación, sobre la imposición de un *remedio estructural* o de *comportamiento* o sobre la aplicación de medidas cautelares, las empresas o asociaciones de empresas sometidas a procedimiento tienen garantizado su pleno

¹⁵² El Reglamento 1/2003 establece:

“*Artículo 14*

Comité consultivo

1. La Comisión consultará con un Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes antes de adoptar cualquier decisión en aplicación de los artículos 7, 8, 9, 10 o 23, del apartado 2 del artículo 24 y del apartado 1 del artículo 29.

2. Para la deliberación sobre asuntos concretos, el Comité consultivo estará formado por representantes de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Para las reuniones en las que se discutan otras cuestiones podrá designarse a un representante adicional de los Estados miembros competente en materia de competencia. Los representantes podrán ser sustituidos por otros cuando no puedan asistir. (...).”

¹⁵³ Cfr. Artículo 14° del Reglamento 1/2003.

ejercicio del derecho de defensa¹⁵⁴ y el derecho a audiencia¹⁵⁵, en los siguientes términos:

“Artículo 27

Audiencia de las partes, de los denunciantes y de terceros

1. Antes de adoptar las decisiones (...) la Comisión ofrecerá a las empresas o asociaciones de empresas sometidas al procedimiento instruido por la Comisión la oportunidad de manifestar su opinión con respecto a los cargos que les sean imputados por la Comisión. La Comisión únicamente basará sus decisiones en los cargos en relación con los cuales las partes interesadas hayan podido presentar sus observaciones. Los denunciantes participarán estrechamente en el procedimiento.

2. Los derechos de la defensa de las partes estarán garantizados plenamente en el curso del procedimiento. (...)

3. Siempre que la Comisión lo considere necesario, podrá también oír a otras personas físicas o jurídicas. Si personas físicas o jurídicas que justifiquen tener un interés suficiente pidieran ser oídas, se atenderá su solicitud. Las autoridades de competencia de los Estados miembros podrán solicitar también a la Comisión que oiga a otras personas físicas o jurídicas.

(...)”.

Si la Comisión determina que, de una forma deliberada o negligente, una conducta resulta contraria a las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea puede determinar la aplicación de *multas sancionadoras*, lo que implica que detenta *ius puniendi* como órgano comunitario. Para este efecto, “[a] fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración”, considerando que, de modo general, la multa no debe ser superior al 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior¹⁵⁶. Además, se prevé la imposición de *multas sancionadoras*, de menor envergadura, sobre quien haya proporcionado información inexacta, incompleta o engañosa durante las actuaciones del procedimiento¹⁵⁷. Estas medidas sancionadoras se ven

¹⁵⁴ Cfr. Artículo 10° del Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión.

¹⁵⁵ Cfr. Artículo 27° del Reglamento 1/2003 y los artículos 11° y 12° del Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión.

¹⁵⁶ Cfr. Artículo 23° del Reglamento 1/2003.

¹⁵⁷ Cfr. Artículo 23° del Reglamento 1/2003.

complementadas por la facultad de este órgano comunitario de imponer *multas coercitivas* con el propósito de compeler a quienes se encuentren obligados por un mandato de la Comisión¹⁵⁸.

Especial referencia merecen dos herramientas que, en el ámbito europeo, permiten mejorar la eficacia de la detección, eliminación y sanción de *cárteles*:

- i) *Programa de clemencia*, que se aplica en el ámbito de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea. Desde este nivel comunitario, mediante la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas o la reducción de su importe¹⁵⁹ en casos de *cártel* (2006)¹⁶⁰, se especifica que, una empresa puede solicitar colaborar con la aportación de pruebas y declaraciones para acreditar la existencia de un *cártel*, lo cual puede permitir a la autoridad de competencia comprobar la conducta con el fin de corregirla y sancionarla; y, a tal empresa, si su colaboración resulta sustancial para dicho efecto, le puede permitir exceptuarse completa o parcialmente de la sanción que le corresponda por su responsabilidad en los hechos infractores.

Esta solicitud puede producirse con el inicial acercamiento ante la Dirección General de Competencia de la Comisión, pudiendo pedirse un indicador que reserve puesto de colaboración, según el orden de presentación; o, dirigiéndose inmediatamente a la Comisión, con el objeto de iniciar una colaboración clemente. Conforme especifica la orientación comunitaria europea, la Comisión puede desestimar la solicitud de

¹⁵⁸ Cfr. Artículo 24° del Reglamento 1/2003.

¹⁵⁹ Cabe precisar que “la cooperación de una o varias empresas puede justificar una reducción del importe de la multa por parte de la Comisión. Toda reducción de una multa debe reflejar la contribución real de la empresa, por su calidad y por el momento en que se produce, al establecimiento de la existencia de la infracción por parte de la Comisión. Las reducciones se limitarán a aquellas empresas que faciliten a la Comisión elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo a los datos que ya obren en su poder. (...)”

Además de proporcionar documentos existentes con anterioridad a la solicitud de clemencia, las empresas pueden facilitar a la Comisión declaraciones voluntarias en las que expongan su conocimiento del cártel y la función que desempeñan en él, preparadas de forma específica para su presentación en el ámbito de este programa de clemencia.” (Comisión, 2006).

¹⁶⁰ Modificada por la Comunicación: Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de *cártel* del año 2015.

colaboración de una empresa si esta se produce luego de la emisión del pliego de cargos en el correspondiente procedimiento sancionador.

El programa de clemencia implica, así, el planteamiento de un incentivo que permite una exoneración de la sanción total o parcial con base en una colaboración eficaz (*leniency* en inglés) de un infractor y que es aplicable a la investigación de *cárteles*¹⁶¹. Este programa, que implica una delación compensada, es reconocido como una de las principales herramientas en la investigación, eliminación y sanción contra ellos, conforme se estima en la recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos de la OCDE (2019a).

Los incentivos del programa de clemencia europeo presentan una prelación. La clave del beneficio que genera una confesión y la delación de otras empresas que conforman un *cártel* es que la primera en revelar a la autoridad su participación en la presunta infracción, facilitando información y elementos de prueba que permitan efectuar una inspección sobre el presunto *cártel* o determinar la existencia de una infracción, conforme al artículo 101 del TFUE, puede lograr dispensarse del cien por ciento (100%) del pago de la multa que le ha de corresponder (Comisión, 2006). Este es un poderoso incentivo que contribuye con la detección de *cárteles* y con su desactivación y sanción.

Asimismo, las demás empresas participantes en este *cártel* y que desean colaborar en esta detección, corrección y sanción para lograr una disminución de la multa que les resulte aplicable deben “facilitar a la Comisión elementos de prueba de la presunta infracción que aporten un valor añadido significativo con respecto a los elementos de prueba de que

¹⁶¹ Este mecanismo configura un “sistema por el cual se recompensa la cooperación con la investigación de la Comisión por parte de empresas que han formado o forman parte de cárteles secretos que afectan a la Comunidad. Los cárteles son acuerdos o prácticas concertadas entre dos o más competidores cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las colusiones en licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores. Tales prácticas figuran entre los casos más graves de violación del artículo 81 del Tratado CE” (Comisión, 2006).

ya disponía”, lo que implica que “los elementos de prueba aportados aumentan la capacidad de la Comisión de probar los hechos de que se trata, ya sea por su propia naturaleza, ya por su nivel de detalle o por ambos conceptos (...) la Comisión, en general, concederá generalmente más valor a las pruebas escritas que daten del periodo en que se produjeron los hechos que a las pruebas establecidas posteriormente” y “los elementos de prueba incriminatorios directamente relacionados con los hechos en cuestión se considerarán, en general, de mayor valor que los que sólo guarden relación indirecta con los mismos”, así como “el grado de corroboración de otras fuentes necesario para poder utilizar las pruebas presentadas contra otras empresas involucradas en el caso repercutirá en el valor conferido a dichas pruebas, de tal modo que se atribuirá un mayor valor a las pruebas concluyentes que a pruebas tales como las declaraciones que exigen corroboración en caso de ser contradichas” (Comisión, 2006). De cumplirse lo antes indicado, la primera empresa que aporte valor añadido significativo (es decir, la segunda después de la primera empresa delatora y clemente) puede logra una reducción entre el treinta (30%) y el cincuenta por ciento (50%); la siguiente que aporte tal valor añadido puede logra una reducción entre el veinte (20%) y el treinta (30%); y, las siguientes hasta el veinte (20%), según el valor añadido aportado en la comprobación del *cártel* investigado (Comisión, 2006). Esta graduación es un incentivo que puede estimular una carrera entre empresas infractoras para contribuir para con la detección de *cárteles* y lograr el máximo beneficio posible.

Si bien el programa de clemencia puede permitir la dispensa del pago de las multas o la reducción de su importe, no exime de las consecuencias civiles que pudieren generarse, como es el caso de las indemnizaciones que en el plano civil pudieran demandar quienes hayan sido dañados por el *cártel* detectado y comprobado por la autoridad.

- ii) *Compromiso de cese*, que resulta posible “cuando la Comisión se disponga a adoptar una decisión que ordene la cesación de la infracción y las empresas interesadas propongan compromisos que respondan a las

inquietudes que les haya manifestado la Comisión en su análisis preliminar, ésta podrá, mediante decisión, convertir dichos compromisos en obligatorios para las empresas” y esta “decisión podrá ser adoptada por un período de tiempo determinado y en ella constará que ya no hay motivos para la intervención de la Comisión”¹⁶².

Si la Comisión se propone entablar este tipo de compromiso, debe publicar un breve resumen del caso y el contenido fundamental de lo comprometido, con el fin de que terceros interesados puedan presentar observaciones, en un plazo no menor a un mes¹⁶³. Una vez adoptado el compromiso, la autoridad comunitaria podría reiniciar el procedimiento, en caso de que: i) se modifique la situación de hecho respecto de un elemento esencial de la decisión; ii) si las empresas no cumplen sus compromisos; o, iii) si la decisión se basó en informaciones incompletas, inexactas o engañosas facilitadas por las partes¹⁶⁴.

Finalmente, cabe señalar que, por consideraciones de interés público comunitario relativo a la aplicación de las normas de defensa de la competencia, en este ámbito del *control de conductas*, conforme al artículo 10 del Reglamento 1/2003, la Comisión podrá declarar que una conducta específica: i) no resulta una conducta colusoria prohibida; ii) o que, en caso de serlo, tal prohibición no se le aplica debido a que presenta eficiencias, tal como se ha señalado previamente; o, iii) no resulta una conducta de abuso de una posición de dominio¹⁶⁵. A nuestro entender, esta declaración de inaplicabilidad a cargo de la Comisión, que se produce de oficio, tiene por finalidad dotar de seguridad jurídica a las conductas empresariales, siempre que la situación que

¹⁶² Citas textuales del artículo 9° del Reglamento 1/2003.

¹⁶³ Cfr. Artículo 27° del Reglamento 1/2003.

¹⁶⁴ Cfr. Artículo 9° del Reglamento 1/2003.

¹⁶⁵ “*Artículo 10*

Declaración de inaplicabilidad

Cuando así lo requiera el interés público comunitario relativo a la aplicación de los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado, la Comisión podrá declarar mediante decisión adoptada de oficio que el artículo 81 del Tratado no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del artículo 81 del Tratado, bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 del Tratado.

La Comisión podrá igualmente hacer esta declaración con arreglo al artículo 82 del Tratado.”

(Contenido de corchetes añadido).

motive un pronunciamiento de este tipo revista interés general comunitario. En estos casos también, se requiere, antes del pronunciamiento, que publique un breve resumen del asunto y del contenido fundamental de la línea de entendimiento propuesta, con el fin de que terceros interesados puedan presentar observaciones en un plazo no menor a un mes¹⁶⁶.

2.1.3. Control de estructuras en la Unión Europea

En el Derecho originario de la Unión Europea no se aprecia una referencia general explícita al control de concentraciones de empresas que permita analizar y, eventualmente, condicionar, prohibir o escindir tales concentraciones (fusiones y adquisiciones) que, por sus circunstancias concretas, pudieran afectar significativamente la competencia efectiva en el mercado.

Sin embargo, mediante el Reglamento 139/2004, en ejercicio de sus competencias atribuidas, el Consejo de la Unión Europea determina disposiciones para efectuar este control con el propósito de “establecer un régimen que garantice que la competencia no sea distorsionada en el mercado interior”¹⁶⁷. La incorporación de un *control de estructuras* en la defensa de la competencia en el ámbito de la Unión Europea es posterior al originario y explícito *control de conductas* que determina el TFUE; y, es estimado como una expresión de la evolución del Derecho comunitario en esta materia (Sacristán, 2005, p. 321; Edú, 2014, p. 55). Asimismo, el Reglamento 139/2004, entre otros aspectos de relevancia, refleja una mejora del derecho de la defensa de las partes investigadas y del proceso para la toma de decisiones por parte de la Comisión. (Kokkoris, 2010, p. 37).

Así como el Reglamento 1/2003, este reglamento sobre *control de estructuras* es fruto de consideraciones, en su momento, sobre la incorporación de nuevos Estados miembros a la Unión Europea, así como sobre la necesidad de asegurar que la competencia efectiva no se vea afectada en el mercado interior europeo, a causa de concentraciones empresariales.

¹⁶⁶ Cfr. Artículo 27° del Reglamento 1/2003.

¹⁶⁷ Cita textual del considerando (2) del Reglamento 139/2004.

2.1.3.1. **Ámbito de aplicación**

A efectos del *control de estructuras* que establece el Reglamento 139/2004, se entiende que existe concentración empresarial bajo la siguiente definición:

“Artículo 3

Definición de concentración

1. Se entenderá que se produce una concentración cuando tenga lugar un cambio duradero del control como consecuencia de:

- a) la fusión de dos o más empresas o partes de empresas anteriormente independientes, o
- b) la adquisición, por una o varias personas que ya controlen al menos una empresa, o por una o varias empresas, mediante la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio, del control directo o indirecto sobre la totalidad o partes de una o varias otras empresas.

2. El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa; en particular mediante:

- a) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa;
- b) derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa.

(...)

4. La creación de una empresa en participación que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma constituirá una concentración en el sentido de la letra b) del apartado 1.”

Así, en síntesis, existirá concentración cuando se produzca un cambio duradero del control que confiera la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa como consecuencia de: i) una fusión de empresas, antes independientes; ii) una adquisición, por parte de quien controle una o varias empresas, del control – directo o indirecto– de todo o parte de otra u otras empresas, siendo que la adquisición puede producirse por la toma de participaciones en el capital o la compra de elementos del activo, mediante contrato o por cualquier otro medio; o, iii) la creación de una

empresa por dos agentes económicos independientes, que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma.

El Reglamento 139/2004 considera que no se produce una concentración, entre otros: i) cuando una entidad financiera o compañía de seguros cuya actividad normal incluya la transacción y negociación de títulos por cuenta propia o por cuenta de terceros posea con carácter temporal participaciones en una empresa con vistas a revenderlas, siempre que no ejerza derechos de voto con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa o sólo se ejerzan con el fin de preparar la realización de la totalidad o de parte de la empresa o de sus activos o la realización de las participaciones, y siempre que dicha realización se produzca en el plazo de un año (prorrogable) desde la fecha de la adquisición; y, ii) cuando el control lo adquiera una persona por mandato conferido por la autoridad pública, con base en normas de un Estado miembro sobre liquidación, quiebra, insolvencia, suspensión de pagos, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo¹⁶⁸.

El ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004, que establece un *control de estructuras*, se dirige a concentraciones empresariales, tal como han sido definidas previamente, que posean *dimensión comunitaria*, lo que se define por el impacto de la actividad empresarial de las empresas relacionadas con la concentración sobre la jurisdicción comunitario y/o jurisdicciones de los Estados miembros de la Unión Europea. Ello considerando la superación de umbrales específicamente determinados en relación con el volumen de negocios de las empresas, tanto a escala mundial, como a escala comunitaria y/o estatal. Este reglamento prevé, en consecuencia:

“Artículo 1

Ámbito de aplicación

1. El presente Reglamento se aplicará a todas las concentraciones de dimensión comunitaria tal como se definen en los apartados 2 y 3 del presente artículo (...)
2. Una concentración tendrá dimensión comunitaria cuando:
 - a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 5 000 millones de euros, y

¹⁶⁸ Cfr. Artículo 3º del Reglamento 139/2004.

- b) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas por la concentración supere los 250 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total comunitario en un mismo Estado miembro.
3. Una concentración que no alcance los umbrales establecidos en el apartado 2 tendrá dimensión comunitaria cuando:
- a) el volumen de negocios total a escala mundial realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 2 500 millones de euros;
 - b) en al menos tres Estados miembros, el volumen de negocios total realizado por el conjunto de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros;
 - c) en al menos tres Estados miembros contemplados a efectos de la letra b), el volumen de negocios total realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 25 millones de euros en cada uno de dichos Estados miembros, y
 - d) el volumen de negocios total a escala comunitaria realizado individualmente por al menos dos de las empresas afectadas supere los 100 millones de euros, salvo que cada una de las empresas afectadas realice más de dos tercios de su volumen de negocios total en la Comunidad en un mismo Estado miembro.
- (...)

Se aprecia con claridad que “[e]l Reglamento comunitario de concentraciones define las fusiones que superan determinados niveles de volumen de negocios como concentraciones de dimensión comunitaria” y que, a partir de allí, “[l]a Comisión tiene jurisdicción exclusiva con respecto a esas concentraciones”¹⁶⁹ (UNCTAD, 2008, p. 16).

En caso de que no se superen los señalados umbrales, que califican a la concentración empresarial con dimensión comunitaria, el análisis de una concentración empresarial puede corresponder a las autoridades nacionales de defensa de la competencia, observando el cumplimiento del *principio de subsidiariedad*. Sin embargo, cabe señalar que, aun cuando una operación de concentración no cumpla con las condiciones que definen la dimensión comunitaria, uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que desarrolle la evaluación correspondiente en caso

¹⁶⁹ Cfr. Artículos 1º y 5º del Reglamento 139/2004.

consideren que se afecta el comercio entre Estados miembros y se amenaza de forma significativa la competencia en sus territorios¹⁷⁰.

Entre otras disposiciones dirigidas a procurar que la evaluación de la concentración empresarial sea realizada por la autoridad que se encuentre en la mejor posición para realizarla, el Reglamento 139/2004 determina que la Comisión podrá remitir un caso para evaluación a la autoridad de un Estado miembro, siempre que tal concentración pueda afectar de forma significativa a la competencia en un *mercado definido*, ubicado en el territorio de dicho Estado¹⁷¹. Es decir, cuando una concentración empresarial (fusión o adquisición) no concierne a una parte sustancial del mercado interior, la remisión a la autoridad de defensa de la competencia del correspondiente Estado miembro de la Unión Europea se realizará con el propósito de que este aplique sus normas nacionales al caso concreto.

2.1.3.2. Análisis de concentraciones empresariales

En relación con el análisis que corresponderá a la autoridad comunitaria, en ejercicio del *control de estructuras*, ante una concentración empresarial que posea *dimensión*

¹⁷⁰ Al respecto cabe considerar que el Reglamento 139/2004 señala:

Artículo 22

Remisión a la Comisión

1. Uno o varios Estados miembros podrán solicitar a la Comisión que examine cualquier concentración que se ajuste a la definición del artículo 3 y que no tenga dimensión comunitaria en el sentido del artículo 1, pero que afecte al comercio entre Estados miembros y amenace con afectar de forma significativa a la competencia en el territorio del Estado miembro o de los Estados miembros que presentan la solicitud.

(...)

¹⁷¹ Cfr. Artículo 4º del Reglamento 139/2004 y lo establecido en la siguiente disposición:

“Artículo 9

Remisión a las autoridades competentes de los Estados miembros

1. La Comisión podrá, mediante decisión que comunicará sin demora a las empresas afectadas y a las autoridades competentes de los demás Estados miembros, remitir una concentración notificada a las autoridades competentes del Estado miembro afectado en las circunstancias que se exponen a continuación.

(...)

3. (...)

Si, por el contrario, la Comisión considera que no se trata de un mercado definido o que no existe tal amenaza adoptará una decisión a tal efecto dirigida al Estado miembro en cuestión y tramitará ella misma el asunto con arreglo al presente Reglamento.

Cuando un Estado miembro informe a la Comisión, conforme a la letra b) del apartado 2, de que una concentración afecta a la competencia en un mercado definido de su territorio que no constituye una parte sustancial del mercado común, la Comisión procederá a la remisión de todo el asunto o de la parte relacionada con dicho mercado definido, si considera que dicho mercado se ve afectado.

(...)

comunitaria, el Reglamento 139/2004 presenta una disposición específica sobre los elementos que se deberán tomar en cuenta:

“*Artículo 2*

Evaluación de las concentraciones

1. (...)

En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta:

- a) la necesidad de preservar y desarrollar una competencia efectiva en el mercado común a la vista, entre otros factores, de la estructura de todos los mercados afectados y de la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera de la Comunidad;
- b) la posición de mercado de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera, las posibilidades de elección de proveedores y usuarios, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados, la existencia de barreras legales o de otro tipo para el acceso a dichos mercados, la evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate, los intereses de los consumidores intermedios y finales, así como el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que éste sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia.

(...).¹⁷²

La evaluación concerniente a un *control de estructuras* debe incluir los elementos antes referidos, incorporando necesariamente un riguroso análisis económico (Laguna de Paz, 2005, p. 61) con el fin de que la Comisión pueda motivadamente, de ser el caso, declarar incompatible con el mercado interior una concentración empresarial que sea capaz de “obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante”¹⁷³; o, si ello no se verifica, con el fin de que tal concentración pueda declararla compatible con el mercado interior¹⁷⁴. Debe notarse que solamente una concentración empresarial que sea capaz de obstaculizar de forma *significativa* la competencia efectiva es una que podrá ser declarada incompatible con el mercado interior, es decir, no cualquier posible afectación u obstaculización de la competencia efectiva genera tal incompatibilidad.

¹⁷² Cfr. Numerales 4 y 5 de este artículo 2° acerca de los criterios para valorar y evaluar la creación de una empresa en participación que constituya una concentración.

¹⁷³ Cita textual toma del numeral 3 del artículo 2° del Reglamento 139/2004.

¹⁷⁴ Cfr. numeral 2 del artículo 2° del Reglamento 139/2004.

Naturalmente, las concentraciones horizontales (entre empresas competidoras) requieren un análisis diferente que el que requieren las concentraciones verticales (entre empresas en diferentes puntos de la cadena de un mismo sector, por ejemplo, entre una empresa productora y una empresa distribuidora). En el primer caso, el riesgo a evaluar sobre la intensidad de la competencia es aquel que se cierne sobre la eliminación de un agente económico en el proceso competitivo de determinado mercado relevante. En el segundo caso, el riesgo a evaluar es que se excluya de la competencia en un mercado relevante a otros productores o distribuidores, a causa de restricciones en tratos comerciales. Igualmente, es distinto el análisis de las concentraciones empresariales entre agentes económicos que actúan en mercados completamente distintos y no vinculados pues, al formar conglomerados diversificados, cabe evaluar el riesgo sobre un posible descenso de innovación capaz de impedir o afectar la intensidad del proceso competitivo en determinado mercado relevante o de referencia. Igualmente, la concentración empresarial generada por la creación de una nueva empresa, por parte de dos agentes económicos independientes, que desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma, es objeto de previsiones especiales por parte del Reglamento 139/2004 que, al respecto, señala:

“Artículo 2

Evaluación de las concentraciones

(...)

4. En la medida en que la creación de una empresa en participación que constituya una concentración con arreglo al artículo 3 tenga por objeto o efecto coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes, dicha coordinación se valorará en función de los criterios establecidos en los apartados 1 y 3 del artículo 81 [actuales 101 y 102] del Tratado [TFUE], con objeto de determinar si la operación es compatible con el mercado común.

5. En esta evaluación, la Comisión tendrá en cuenta, en particular: — si dos o más empresas matrices se mantienen significativamente activas en el mismo mercado que el de la empresa en participación o en un mercado relacionado en sentido ascendente o descendente con dicho mercado o en un mercado próximo estrechamente vinculado a éste, — si la coordinación directamente derivada de la creación de la empresa en participación permite a las empresas afectadas eliminar la competencia en lo que respecta a una parte considerable de los productos y servicios de que se trate.”

(Contenido de corchetes añadido).

No debe perderse de vista que la existencia de un *control de estructuras* no implica que la mayoría de las concentraciones empresariales se vayan a impedir o condicionar, sino que, en los casos en que determinada concentración sea capaz de afectar la competencia efectiva, corresponderá ordenar medidas o remedios de *conducta* o de *estructura* que aseguren el adecuado funcionamiento del proceso competitivo por eficiencia, en este caso, en el mercado interior europeo.

Por tanto, no debe existir, *a priori*, una consideración acerca de que las concentraciones empresariales sean perniciosas para el funcionamiento del mercado, dado que estas usualmente generan eficiencias en un contexto donde el propio funcionamiento del mercado interior provoca reestructuraciones y reorganizaciones empresariales (lo que incluye concentraciones)¹⁷⁵. Debe considerarse además que la existencia de grupos económicos o de empresas de mayor envergadura o con actividades complementarias puede ser, propiamente, expresión de una vigorosa actividad e integración comunitarias, que se expresan desde la iniciativa privada (Soriano García, 1998, pp. 577-578) y que, desde luego, son capaces de generar eficiencias económicas (Pérez, 2015, p. 310)¹⁷⁶.

En este sentido, el análisis que se realiza sobre las concentraciones empresariales en la Unión Europea atiende a evitar que estas sean capaces de crear o reforzar una posición de dominio que genere una amenaza sobre la competencia efectiva. Ello, en un contexto en el que se evidencien barreras que dificulten el mantenimiento de competidores o el ingreso de nuevos competidores que generen alternativas en el mercado. Se estima así que, en esta labor encomendada, la Comisión procura fundamentalmente proteger el interés comunitario que existe en mantener una

¹⁷⁵ Cfr. Considerandos (2), (3) y (4) del Reglamento 139/2004.

¹⁷⁶ Respecto a los beneficios derivados de las concentraciones económicas debe entenderse que “las operaciones de concentración no solo incrementan el valor de mercado de la empresa resultante, sino que también pueden producir la mejora de los sistemas de producción y/o distribución. Además, en otros casos estas operaciones facilitan la realización de actividades que coadyuvan a minimizar sus costes. Pues bien, a todos estos beneficios económicos dimanantes de las operaciones de reestructuración empresarial se les ha dado en denominar y reconocer como sinergias o eficiencias económicas.

Estas sinergias o eficiencias económicas suelen agruparse principalmente en cuatro categorías; a saber: 1) la eficiencia productiva; 2) la eficiencia transaccional; 3) la eficiencia dinámica, y, finalmente, 4) la eficiencia asignativa.” (Pérez, 2015, p. 310).

competencia efectiva en el mercado interior, lo que debiera contribuir, lógicamente, en que los bienes y servicios sean ofrecidos en mejores combinaciones de precio y calidad por los concurrentes en el mercado interior, aumentando los niveles de bienestar del consumidor europeo (Blanke, 2006, p. 9). Ello sin olvidar que “la autoridad antitrust tiene la difícil tarea de fijar un equilibrio o balance entre los efectos anticompetitivos y las ventajas socioeconómicas que dimanen de las operaciones de concentración” y esta es “una tarea no exenta de dificultades, dada la complejidad probatoria de los alegatos fundamentados en los beneficios económicos resultantes de la operación sometida a evaluación.” (Pérez, 2015, p. 308).

Por tanto, cabe recordar que el análisis que se aplica sobre concentraciones empresariales, sujetas a autorización previa, no es un análisis como el que se lleva a cabo sobre conductas realizadas por empresas para cotejarlas con una prohibición y determinar una corrección o una sanción. Este análisis es diferente. Se desarrolla en un proceso de evaluación predictivo que implica una estimación de los efectos probables de una concentración empresarial sobre la competencia efectiva en el espacio integrado europeo¹⁷⁷. Ello con el fin determinar si la concentración empresarial bajo análisis es considerada como compatible con el mercado interior. La jurisprudencia europea señala de manera consistente que “en esencia (...) el análisis prospectivo necesario en materia de control de las operaciones de concentración, que consiste en examinar de qué modo podría semejante operación modificar los factores que determinan la situación de la competencia en un mercado dado, a fin de verificar si dicha operación supondría un obstáculo significativo para una competencia efectiva, requiere imaginar las diversas relaciones de causa a efecto posibles, para dar prioridad a aquella cuya probabilidad sea mayor” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-413/06 P Bertelsmann-Sony). Este criterio se mantiene, actualmente, expresado en

¹⁷⁷ Con anterioridad, se ha considerado que “A typically for EC competition policy, merger control is by definition concerned with market structure rather than firm behaviour, they do not fit very well into the prohibition system of EC law. Moreover, the drive to increase the scale of national and European companies has traditionally been seen, first, as the prerogative of national industrial policy, and more recently as a logical result of, or even prerequisite for, the creation of an internal market” (Sauter, 1997, p. 132). “Como es típico de la política de competencia de la Comunidad Europea, el control de concentraciones se refiere por definición a la estructura del mercado más que al comportamiento de las empresas, no encajan muy bien en el sistema de prohibición de la legislación comunitaria. Además, el impulso para aumentar la escala de las empresas nacionales y europeas se ha considerado tradicionalmente, en primer lugar, como una prerrogativa de la política industrial nacional y, más recientemente, como un resultado lógico o incluso un requisito previo para la creación de un mercado interior” (traducción propia).

reciente pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencia TJUE emitida en el asunto T-399/16 CK Telecoms)¹⁷⁸.

2.1.3.3. Órgano competente para el control de estructuras

El órgano que posee competencia exclusiva para conocer las notificaciones sobre concentraciones empresariales de dimensión comunitaria y tomar las decisiones correspondientes en un procedimiento que implica una autorización previa en la Unión Europea es la Comisión, conforme lo dispone el Reglamento 139/2004¹⁷⁹.

Sin embargo, para los fines de la eficiente aplicación de este *control de estructuras*, es necesario el funcionamiento efectivo de una red conformada con las autoridades competentes de los Estados miembros que asegure la estrecha cooperación y el intercambio fluido de información necesaria, “a fin de asegurar que los asuntos sean tratados por la autoridad más pertinente, a la luz del principio de subsidiariedad”¹⁸⁰.

2.1.3.4. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo comunitario

Como regla general, ante la Comisión deberán ser notificadas las concentraciones de dimensión comunitaria, con anterioridad a su ejecución, apenas se haya logrado el acuerdo, anunciado la oferta pública de adquisición o adquirido una participación de control. Es posible también formular tal notificación cuando se presenten firmes intenciones de proceder en este sentido¹⁸¹.

¹⁷⁸ Sentencia emitida en mayo de 2020, donde se expresa que “en el marco de los procedimientos de control de operaciones de concentración, procede señalar que el análisis prospectivo necesario en esta materia consiste en examinar de qué modo una operación de este tipo podría modificar los factores que determinan la situación y la estructura de la competencia en los mercados afectados. Este tipo de análisis implica imaginar las diversas relaciones de causa a efecto, para dar prioridad a aquellas cuya probabilidad sea mayor”.

¹⁷⁹ Cfr. Artículos 2° y 4° del Reglamento 139/2004.

¹⁸⁰ Cita textual tomada del considerando (14) del Reglamento 139/2004.

¹⁸¹ Cfr. Artículo 4° del Reglamento 139/2004.

En el marco del procedimiento regulado por el Reglamento 139/2004, una concentración empresarial que deba ser evaluada por la Comisión no podrá ser ejecutada hasta que haya sido declarada compatible con el mercado interior. Apenas la Comisión recibe una notificación de esta naturaleza, procede a su examen y puede:

- i) Declarar que la concentración empresarial notificada no se encuentra bajo el ámbito de aplicación del Reglamento 139/2004;
- ii) Declarar que la concentración empresarial notificada sí se encuentra bajo su ámbito de aplicación, pero no presenta serias dudas acerca de su compatibilidad con el mercado interior; y, decidir no oponerse a la misma, declarándola compatible; o,
- iii) Declarar que la concentración empresarial notificada sí se encuentra bajo su ámbito de aplicación y sí presenta serias dudas acerca de su compatibilidad con el mercado interior; y, decidir el inicio del procedimiento de evaluación. En este caso, si una concentración empresarial notificada, una vez modificada por las correspondientes empresas, deja de plantear serias dudas, la Comisión podrá declarar su compatibilidad y no oponerse a ella¹⁸².

A efectos de evaluar una concentración empresarial, la Comisión cuenta con amplias facultades para solicitar información y recabar declaraciones, así como para realizar la inspección de locales¹⁸³. Asimismo, a instancia de la Comisión, las autoridades de competencia de los Estados miembros procederán a realizar las inspecciones que esta considere necesarias y oportunas¹⁸⁴.

Con el propósito de garantizar la mayor participación de los interesados en este proceso de evaluación, entre otros, antes de declarar una incompatibilidad sobre una

¹⁸² Cfr. Artículo 6° del Reglamento 139/2004.

¹⁸³ Cfr. Artículos 11° y 13° del Reglamento 139/2004.

¹⁸⁴ Cfr. Artículos 12° del Reglamento 139/2004.

concentración empresarial; o, de declarar la ocurrencia de una infracción y disponer *medidas sancionadoras*, quienes se encuentren sometidos a procedimiento tienen garantizado su derecho a audiencia¹⁸⁵.

Considerando que el propósito del procedimiento es dilucidar si una concentración empresarial es capaz de obstaculizar o no, de forma significativa, la competencia efectiva en el mercado interior, el análisis correspondiente debe incluir, de ser el caso, el alcance de modificaciones de la concentración que hayan introducido las empresas objeto de la misma. Así, en este sentido, se ha previsto que “[I]a Comisión podrá acompañar sus decisiones de condiciones y obligaciones destinadas a garantizar que las empresas interesadas cumplan los compromisos que hayan contraído con la Comisión a fin de compatibilizar la concentración con el mercado común”¹⁸⁶. Es decir, esta autoridad podrá declarar compatible una concentración empresarial, autorizándola y ordenando que se cumplan concurrentemente medidas de mitigación que neutralicen la posible obstaculización de forma significativa de la competencia efectiva en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, que pueden consistir en remedios de *conducta* o de *estructura* que aseguren el adecuado funcionamiento del proceso competitivo por eficiencia.

En todo caso, si la Comisión determina que, de una forma deliberada o negligente, una empresa omitió su obligación de notificar una concentración empresarial oportunamente, ejecutó una concentración antes de ser notificada o de haber sido declarada compatible con el mercado interior o ejecutó una concentración declarada incompatible, entre otras conductas contrarias a lo dispuesto por el Reglamento 139/2004, puede determinar la aplicación de *multas sancionadoras*. Ello teniendo en cuenta “la naturaleza, la gravedad y la duración de la infracción”; y, considerando que, de modo general, la multa tampoco debe ser superior al 10% del volumen de negocios totales¹⁸⁷. En el caso de la ejecución de una concentración declarada incompatible con el mercado interior, la Comisión puede exigir que ésta se disuelva y/u ordenar

¹⁸⁵ Cfr. Artículo 18° del Reglamento 139/2004. Cfr. Artículos 11°, 14° y 15° del Reglamento 802/2004.

¹⁸⁶ Cita textual tomada del numeral 2 del artículo 8° del Reglamento 139/2004. Cfr. Numeral 2 del artículo 6° del mismo Reglamento.

¹⁸⁷ Cfr. Artículos 5° y 14° del Reglamento 139/2004.

cualquier otra medida apropiada para restablecer la situación previa a dicha ejecución¹⁸⁸.

Además, también en este procedimiento, se prevé la imposición de *multas sancionadoras*, de menor envergadura, sobre quien haya proporcionado información inexacta, incompleta o engañosa durante las actuaciones del procedimiento¹⁸⁹. También en este procedimiento, con el propósito de compeler a quienes se encuentren obligados por un mandato de la Comisión, se prevé la facultad de este órgano comunitario de imponer *multas coercitivas*¹⁹⁰.

Cabe precisar que, también en este procedimiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea posee capacidad plena de revisión sobre las decisiones de la Comisión que, en este ámbito, sean sometidas a su conocimiento¹⁹¹.

2.1.4. El régimen comunitario de ayudas otorgadas por los Estados miembros de la Unión Europea

Este régimen comunitario, que forma parte de la política de competencia de Unión Europea, tiene el propósito de evitar que las ayudas otorgadas por sus Estados miembros puedan distorsionar o restringir el proceso competitivo en el espacio económico europeo, afectando la finalidad de la integración europea en lo concerniente al establecimiento de su mercado interior.

Califica como una ayuda otorgada por un Estado miembro aquella asignada gratuitamente por una entidad con un poder público, directa o indirectamente, que

¹⁸⁸ Cfr. Numeral 4 del artículo 8° del Reglamento 139/2004.

¹⁸⁹ Cfr. Artículo 14° del Reglamento 139/2004.

¹⁹⁰ Cfr. Artículo 15° del Reglamento 139/2004.

¹⁹¹ Al respecto, cabe considerar que el Reglamento 139/2004 señala:

“Artículo 16

Control del Tribunal de Justicia

El Tribunal de Justicia tendrá competencia jurisdiccional plena, con arreglo al artículo 229 del Tratado, sobre los recursos interpuestos contra las decisiones mediante las cuales la Comisión haya fijado una multa sancionadora o coercitiva. El Tribunal de Justicia podrá anular, reducir o aumentar la multa sancionadora o coercitiva impuesta.”

califica como selectiva al favorecer a determinados agentes económicos (Martínez López-Muñiz, 2005, pp. 493-506; Pascual, 2008, pp. 39-48; Sciskalová y Münster, 2014, p. 224)¹⁹². Al respecto, el TFUE presenta una sección especial que determina normas comunes aplicables a las ayudas otorgadas por los Estados miembros¹⁹³:

“Artículo 107

(antiguo artículo 87 TCE)

1. Salvo que los Tratados dispongan otra cosa, serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.

(...)”.

Esta disposición originaria del TFUE contribuye con afianzar el establecimiento de competencia efectiva bajo parámetros de eficiencia¹⁹⁴, que no se vea distorsionada por la intervención de los poderes públicos de los Estados miembros, respaldando el establecimiento y profundización del mercado interior. Así, se ha dicho, con razón que “[t]anto las obligaciones relativas a las libertades fundamentales del mercado interior, como las disposiciones relativas a las ayudas del Estado, entre otras, contribuyen a la

¹⁹² Se aprecian, de manera general, cuatro características o atributos comunes a toda ayuda otorgada por un Estado miembro susceptible de ser controlada por las entidades comunitarias: a) medida (ayuda) concedida por un Estado o mediante fondos estatales, en cualquier forma, b) ventaja económica para una empresa (negocio) o sector (industria) en particular, c) amenaza de perturbación o distorsión de la competencia en el mercado interior de la Unión Europea y d) efecto en el comercio entre sus Estados miembros. (Sciskalová y Münster, 2014, p. 224).

¹⁹³ Cfr. Título VII, Capítulo I, Sección Segunda del TFUE.

¹⁹⁴ En relación con las ayudas otorgadas por los Estados que reciben las empresas, se ha referido que “distorsionan los mercados al tergiversar el mecanismo de formación de los precios (...) el favorecido por una ayuda pública es ineficiente desde la perspectiva del mercado, ya que no ha logrado por sus propios medios permanecer en él.” (Soriano Garcia, 1998, pp. 621-622). Asimismo, es necesario considerar que “la razón por la que a una autoridad de competencia debería preocuparle el impacto de las ayudas públicas reside en la distorsión de las condiciones de competencia que tales ayudas pueden llegar a suponer en determinadas circunstancias, en forma de un mayor poder de mercado para ciertos operadores o una menor eficiencia debido al sufragio de parte de sus costes de producción y, en definitiva, menores excedentes del consumidor y usuario; tanto desde el punto de vista inmediato (por ejemplo, si las ayudas permiten a los operadores internalizar las ventajas derivadas de ellas, subiendo los precios finales del bien subvencionado y con ello privando de los beneficios al consumidor), como en su aspecto dinámico (menor innovación a medio y largo plazo y, como consecuencia de ello, una menor calidad de los productos al mismo precio)” (Maudes y Contreras, 2011, p. 137).

constitución de un gran mercado en el que la competencia no debe ser falseada” (Castillo de la Torre, 2005, p. 1302)¹⁹⁵.

El problema que causan las subvenciones o subsidios, que materializan las ayudas públicas otorgadas por un Estado, se presenta, fundamentalmente, cuando generan artificialmente una mejor posición competitiva en determinadas empresas (Mastel, 1998, pp. 142-143), sea por pagos o contribuciones de diferente forma, en detrimento de otras empresas que compiten en el mismo mercado, lo que distorsiona el proceso competitivo. Asimismo, el enfoque del control de las ayudas otorgadas por los Estados debiera remitirse no solo al análisis de ventajas o desventajas para “las empresas receptoras de dichas ayudas, sino también para los mercados en que operan dichos beneficiarios y para la eficiencia económica en general” (Maudes y Contreras, 2011, p. 138).

2.1.4.1. Ayudas públicas compatibles con el mercado interior

Sin embargo, desde el propio derecho originario se prevén una serie de supuestos de ayudas otorgadas por los Estados miembros que *se consideran compatibles* con el mercado interior, entre las que se encuentran aquéllas de carácter social otorgadas a los consumidores individuales en tanto no discriminen el origen de los productos y aquéllas otorgadas en casos de desastres y otras ocurrencias de naturaleza excepcional¹⁹⁶. La doctrina ha considerado que estas son ayudas compatibles *de iure* con el mercado interior (Arpio, 2000, pp. 187-190).

Asimismo, se prevén supuestos de ayudas otorgadas por estos Estados que *pueden considerarse compatibles* con el mercado interior entre las que se encuentran aquéllas que puedan encontrarse vigentes en mérito a la situación estructural social y económica de Guadalupe, la Guayana Francesa, Martinica, Mayotte, la Reunión, San Martín, las Azores, Madeira y las islas Canarias¹⁹⁷; aquéllas dirigidas a promover un

¹⁹⁵ Téngase en cuenta que el objetivo general de la legislación europea sobre ayudas estatales es permitir la creación de un mercado interior. Estas ayudas pueden ser obstáculos dentro del mercado interior si los recursos públicos se utilizan para discriminar con el fin de proteger y promover las empresas locales (Blauberger y Kramer, 2010, p. 7).

¹⁹⁶ Cfr. Numeral 2 del artículo 107° del TFUE.

¹⁹⁷ Cfr. Artículo 349° del TFUE.

proyecto importante de interés común europeo; aquéllas dirigidas a remediar una grave perturbación en la economía de un Estado miembro; y, aquéllas dirigidas a promover el desarrollo de determinadas actividades (incluidas las culturales) o determinadas regiones económicas, siempre que no afecten o alteren los intercambios en forma contraria al interés común¹⁹⁸. Adicionalmente, el TFUE habilita al Consejo por decisión, a propuesta de la Comisión, a definir otras categorías de ayudas otorgadas por estos Estados que *pueden considerarse compatibles* con el mercado interior.

2.1.4.2. Examen y supresión de ayudas públicas

El TFUE encomienda a la Comisión Europea y a los Estados miembros que desarrollen un permanente examen de las ayudas otorgadas por estos, en consideración al desarrollo del mercado interior¹⁹⁹. Además, la Comisión debe ser informada sobre los proyectos dirigidos a conceder o modificar las ayudas otorgadas por los Estados miembros²⁰⁰ y se encuentra habilitada a decidir la supresión o modificación de una de estas ayudas si es que no resulta compatible con el mercado interior, tal como se ha señalado en el numeral precedente o si esta ayuda se está ejecutando de una manera abusiva²⁰¹.

Para una decisión sobre tal compatibilidad, corresponderá a la Comisión emplazar a los interesados en la ayuda otorgada que se encuentre bajo análisis. En el caso de medidas sobre ayudas en proyecto, el Estado miembro correspondiente no podrá ejecutar las medidas proyectadas antes que en este procedimiento haya recaído una decisión definitiva que determine la compatibilidad de tales ayudas con el mercado

¹⁹⁸ Cfr. Numeral 3 del artículo 107° del TFUE.

¹⁹⁹ Cfr. Numeral 1 del artículo 108° del TFUE.

²⁰⁰ Cfr. Numeral 3 del artículo 108° del TFUE. Cfr. Reglamento 2015/1589 del Consejo y Reglamento 794/2004 de la Comisión.

²⁰¹ Cfr. Numeral 2 del artículo 108° del TFUE.

interior²⁰². En todo caso, si un Estado miembro al que se dirige una decisión, en este ámbito, no cumpliera con ella, tanto la Comisión como otro Estado miembro interesado podrá recurrir directamente, sin fase previa (Estoa, 2006, p. 187), al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el marco del recurso de incumplimiento, el cual se encuentra diseñado para asegurar el respeto del derecho comunitario por parte de los Estados miembros²⁰³. En estos casos, dicho recurso también viabiliza la exigencia de devolución de los importes correspondientes a una ayuda declarada incompatible con el mercado interior²⁰⁴.

Asimismo, el TFUE prevé un escenario extraordinario, pues un Estado miembro podrá solicitar al Consejo de la Unión Europea que una ayuda que ha concedido o está por conceder sea considerada compatible con el mercado interior, aun cuando las normas vigentes no respalden tal compatibilidad. Este órgano podrá decidir y aceptar lo solicitado siempre que sea por unanimidad y ante circunstancias de excepción, lo que suspendería el procedimiento de análisis a cargo de la Comisión, descrito en el párrafo precedente, por un plazo máximo de tres meses²⁰⁵.

²⁰² Sobre este punto, cabe señalar que el artículo 109° del TFUE determina que “[e]l Consejo, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, podrá adoptar los reglamentos apropiados para la aplicación de los artículos 107 y 108 y determinar, en particular, las condiciones para la aplicación del apartado 3 del artículo 108 [que se refiere a un procedimiento sobre evaluación de proyectos de ayudas públicas] y las categorías de ayudas públicas que quedan excluidas de tal procedimiento.” (Contenido de corchetes añadido).

Asimismo, la Comisión podrá emitir reglamentos que, en desarrollo de un reglamento expedido por el Consejo en este ámbito, determinen qué categorías de ayudas públicas pueden quedar fuera de la aplicación de tal procedimiento. Cfr. Numeral 4 del artículo 108° del TFUE.

²⁰³ Cfr. Numeral 2 del artículo 108° del TFUE.

²⁰⁴ Cfr. Sentencia TJUE emitida en el asunto C-369/07 Comisión v. Grecia. La señalada obligación de devolución también se aprecia en sentencias recientes. Así, el Tribunal ha determinado que “en lo que atañe, más concretamente, al extremo de que en la demanda no se haya desglosado detalladamente el importe de las ayudas no recuperadas, es necesario recordar que, cuando se trata de la ejecución de decisiones relacionadas con regímenes de ayudas, incumbe a las autoridades del Estado miembro de que se trate, en la fase de recuperación de las ayudas, comprobar la situación individual de cada empresa afectada puesto que tales autoridades son las mejor situadas para determinar los importes exactos que han de restituirse. De ello se deduce que, en el curso de un procedimiento de recuperación de ayudas ilegales, la Comisión puede limitarse a insistir en el cumplimiento de la obligación de restituir el importe de las ayudas de que se trate y dejar a cargo de las autoridades nacionales competentes la tarea de calcular el importe exacto de las cantidades que deban devolverse” (Sentencia TJUE emitida en el asunto C-184/11 Comisión v. España).

²⁰⁵ Cfr. Numeral 2 del artículo 108° del TFUE.

No es materia de la presente tesis agotar la regulación integral del régimen de las ayudas otorgadas por los Estados miembros de la Unión Europea, pero cabe señalar que esta regulación resulta un complemento necesario del *control de conductas* y del *control de estructuras* sobre el ámbito de las empresas, pues evita que las conductas de los Estados provoquen una distorsión o restricción del proceso competitivo en el mercado interior europeo. Complementariamente, un *régimen de ayudas públicas* como el descrito consolida un sistema dirigido a preservar la competencia efectiva en un mercado integrado, haciendo innecesaria la aplicación de medidas compensatorias contra subvenciones o subsidios (como las previstas, por ejemplo, para mercancías en el ámbito multilateral), las cuales se enfocan en la protección de la producción nacional y no en el aseguramiento del intenso proceso competitivo que se desea para un mercado interior.

2.2. El proceso de integración andino y su espacio económico integrado

La Comunidad Andina administra un proceso de integración que, entre otros, incluye el establecimiento de un espacio económico integrado que, en la actualidad, tiene establecida y en funcionamiento un área de libre comercio. Este espacio económico cuenta con regímenes y normas comunes en materia aduanera, medidas de defensa comercial y de propiedad intelectual, entre otros. Cuenta además con normas de defensa de la competencia, establecidas por la Decisión 608.

Como se desarrolla a continuación, el proceso de integración andino posee carácter comunitario, basado en un ordenamiento jurídico, que se inspira en la experiencia comunitaria europea, lo cual debe ser considerado para el análisis y la formulación de propuestas dirigidas al fortalecimiento de sus normas de defensa de la competencia.

2.2.1. La Comunidad Andina y el proceso de integración andino

La Comunidad Andina es un sistema regional de integración conformado actualmente por Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, como Estados miembros²⁰⁶. Cada uno de estos Estados participa también en el sistema multilateral del comercio como miembro de la OMC²⁰⁷.

El Acuerdo de Cartagena de 1969 es el tratado internacional que constituye el instrumento fundacional del proceso de integración andino. Como consecuencia de la sustitución de su Capítulo II por efecto del Protocolo de Trujillo de 1996, dicho acuerdo reconoce expresamente, en su artículo 48°, que la Comunidad Andina tiene la condición de *“organización subregional con personería o personalidad jurídica internacional”*.

Así, la Comunidad Andina tiene la condición de sujeto de derecho internacional, en calidad de organización internacional. En este sentido, la subjetividad internacional de la Comunidad Andina, que es causada por la voluntad de sus Estados miembros, es claramente una subjetividad diferente de la que corresponde a cada uno de ellos en el escenario internacional. La Comunidad Andina, en consecuencia, es capaz de detentar derechos y asumir obligaciones, por sí misma, como corresponde a toda organización internacional (Sorensen, 1973, p. 261).

2.2.1.1. Objetivos y finalidad

²⁰⁶ Con fecha 22 de abril de 2006, Venezuela denunció el Acuerdo de Cartagena y desde esa fecha cesó su condición de Estado miembro. Cfr. Decisión 641 de la Comunidad Andina.

En relación con los Miembros Asociados de la Comunidad Andina, la Decisión 613 del año 2005 otorgó tal condición a Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, que son Estados miembros del Mercado Común del Sur (MERCOSUR). Ello, con miras a profundizar la convergencia entre ambos procesos de integración en el contexto mayor de la integración sudamericana. Este fue un primer paso para formalizar, posteriormente, la participación de dichos Estados en los órganos, mecanismos y medidas de la Comunidad Andina, mediante la Decisión 732 del año 2010. Este acercamiento, desde los momentos previos a su concreción, había sido claramente concebido como una expresión del fomento de la creación de un espacio sudamericano (Fernández De Soto, 2003, p. 39). En el caso de Chile, se le otorgó dicha condición mediante la Decisión 645 del año 2006 y se formalizó su participación en los órganos, mecanismos y medidas de la Comunidad Andina bajo dicha condición mediante Decisión 666 del año 2007. Cabe señalar que la condición de Miembros Asociados de la Comunidad Andina puede otorgarse a un Estado que haya acordado con los Estados miembros de la Comunidad Andina un tratado de libre comercio. Cfr. Artículo 136° del Acuerdo de Cartagena.

²⁰⁷ Conforme a las disciplinas del sistema multilateral del comercio, los Estados miembros de la Comunidad Andina se encuentran habilitados para lograr, entre ellos, una mayor integración y liberalización del comercio de mercancías y servicios, sin encontrarse obligados a extender dichos niveles de liberalización a los demás Miembros de la OMC, manteniendo plena observancia de los tratados multilaterales que esta administra. (OMC, 1995, i-110).

Conforme al artículo 1° del Acuerdo de Cartagena, los principales objetivos del proceso de integración andino, relacionados con el establecimiento de su espacio económico integrado, son “promover el desarrollo equilibrado y armónico de los Países Miembros en condiciones de equidad”, “acelerar su crecimiento y la generación de ocupación”, “facilitar su participación en el proceso de integración regional, con miras a la formación gradual de un mercado común latinoamericano”, “disminuir la vulnerabilidad externa y mejorar la posición de los Países Miembros en el contexto económico internacional” y “reducir las diferencias de desarrollo existentes entre los Países Miembros”²⁰⁸.

Estos objetivos, como todos los determinados por el Acuerdo de Cartagena, persiguen como finalidad, según lo expresamente señalado en este instrumento fundacional, “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”²⁰⁹, lo cual es concordante con la experiencia europea, conforme al señalamiento del TFUE que, en su artículo 3°, determina como finalidad de la Unión Europea promover el bienestar de sus pueblos.

Resulta claro que los objetivos del proceso de integración andino poseen carácter instrumental. Se dirigen a lograr como finalidad la mejora del bienestar de los ciudadanos y las familias que conforman la población de los Estados miembros, mejorando su nivel de vida. Ello implica claramente el carácter humanista del proceso de integración andino, lo cual también es concordante con la experiencia y el carácter del proceso de integración europeo.

Desde lo económico, el mejoramiento del nivel de vida de los ciudadanos de la Comunidad Andina implica, entre otras necesarias dinámicas, propiciar en términos tangibles el aumento de su bienestar como consumidores de bienes y servicios, así como el incremento de sus excedentes²¹⁰. Ello se encuentra alineado con el objetivo de

²⁰⁸ Citas textuales del artículo 1° del Acuerdo de Cartagena.

²⁰⁹ Citas textuales del artículo 1° del Acuerdo de Cartagena. Cabe señalar que, desde su versión original del año 1969, antes de ser modificado, este acuerdo mantiene intacta la determinación de la finalidad del proceso de integración andino.

²¹⁰ El excedente del consumidor es “[I]a diferencia entre el valor de los bienes y servicios para los consumidores y el gasto que dichos consumidores erogarán para adquirirlos” (Coloma, 2003, p. 31).

las normas de defensa de la competencia, que es contribuir con que exista –en el proceso competitivo– la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*), procurando la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores en beneficio del interés general.

2.2.1.2. Estructura institucional

El hito más importante en la definición de la actual estructura institucional de la Comunidad Andina es determinado por el mencionado Protocolo de Trujillo de 1996, que modifica el Acuerdo de Cartagena. Este establece la nueva denominación de la organización internacional que administra el proceso de integración andino, al nominarlo como Comunidad Andina, y reestructura los órganos encargados de la integración, siendo los principales:

- i) *El Consejo Presidencial Andino*, que es el órgano máximo, conformado por los Jefes de Estado de cada Estado miembro de la Comunidad Andina. Este define la política de integración y, si bien no emite instrumentos normativos, tiene la atribución de emitir directrices que orientan el proceso de integración y que deben ser instrumentadas por los demás órganos, en atención sus propias competencias. Evalúa la marcha del proceso andino de integración²¹¹.
- ii) *El Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores*, al cual corresponde formular la política exterior de los Estados miembros en los asuntos que interesan al proceso de integración, coordinar la posición conjunta de estos en foros y negociaciones, y suscribir acuerdos internacionales sobre temas de política exterior y cooperación. Asimismo, emite instrumentos normativos denominados Decisiones en su ámbito de

²¹¹ Cfr. Artículo Primero del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo; y, artículos 11° a 14° del Acuerdo de Cartagena.

competencia. También, se puede pronunciar a través de Declaraciones que no poseen naturaleza normativa²¹².

- iii) *La Comisión de la Comunidad Andina*, conformada por un representante plenipotenciario del gobierno de cada Estado miembro. También emite instrumentos normativos denominados Decisiones en su ámbito de competencia que, en general, concierne al comercio y las inversiones, lo que incluye la materia de defensa de la competencia. Debido a ello, este órgano emitió la Decisión 608, que establece las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina (en marzo de 2005), así como todas las Decisiones predecesoras de ésta²¹³ y las posteriores Decisiones modificatorias.

Se encuentra a cargo de coordinar la posición conjunta de los Estados miembros de la Comunidad Andina; y, ejerce la representación de la Comunidad Andina en las materias de su competencia. Se puede reunir de manera ampliada para tratar materias sectoriales, con la participación de los ministros del sector correspondiente de cada Estado miembro²¹⁴.

- iv) *La Secretaría General de la Comunidad Andina*, que es el órgano ejecutivo del proceso de integración andino, se encuentra encargada de actuar únicamente en función de los intereses de dicho proceso, en consideración a su carácter de órgano comunitario y no de carácter intergubernamental, como es el caso de órganos los precedentes. Es conducida por un Secretario General que cuenta con el apoyo de Directores Generales. Formula propuestas de Decisiones, incluida, en su oportunidad, aquella que dio origen a la Decisión 608.

Emite Resoluciones que pueden ser de naturaleza: i) *normativa propia*, cuando establecen normas que desarrollan una atribución que el Acuerdo de

²¹² Cfr. Artículo Primero del Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo; y, artículos 15° a 20° del Acuerdo de Cartagena.

²¹³ Cfr. Decisiones 45, 230 y 285.

²¹⁴ Cfr. Artículo Primero del Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo; y, artículos 21° a 28° del Acuerdo de Cartagena.

Cartagena le ha conferido; ii) *normativa reglamentaria*, cuando establecen normas que reglamentan una Decisión; iii) *acto administrativo*, cuando configuran actos particulares e individualizados que determinan una situación jurídica o se pronuncian sobre una controversia, tal como ocurre con la declaración de existencia de un gravamen o de una restricción que afecta el libre comercio de mercancías; o, con la determinación de que una conducta resulta o no contraria a las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina.

Asimismo, de modo general, este órgano atiende los encargos del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y de la Comisión con el propósito de brindar apoyo técnico al proceso andino de integración²¹⁵.

- v) *El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina*, que, conforme al tratado de su creación, tiene por función institucional garantizar el cumplimiento de los compromisos que se derivan directa o indirectamente del Acuerdo de Cartagena (Quindimil, 2012), con el fin de que el proceso de integración andino se configure como un proceso de integración jurídica. En este sentido, se encarga de conocer las controversias que pudieran surgir con motivo de la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina²¹⁶.

Entre sus importantes funciones se encuentran el conocimiento y resolución de: i) *acciones de nulidad*, que son formuladas fundamentalmente contra Decisiones o Resoluciones expedidas por los órganos de la Comunidad Andina previamente señalados, correspondiendo al Tribunal, si es el caso, declarar si violan o no las normas que conforman el ordenamiento jurídico andino²¹⁷; ii) *acciones de incumplimiento*, que son formuladas con el propósito de determinar si un Estado miembro ha incurrido en

²¹⁵ Cfr. Artículo Primero del Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo; y, artículos 29° a 39° del Acuerdo de Cartagena.

²¹⁶ Cfr. El Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y sus Protocolos adicionales; el Artículo Primero del Protocolo Modificador del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo; y, los artículos 40°, 41° y 47° del Acuerdo de Cartagena.

²¹⁷ Cfr. Artículos 17° a 22° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

incumplimiento de obligaciones emanadas de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina, luego de la sustanciación de una fase administrativa ante la Secretaría General, con el fin de que, de ser el caso, el Estado adopte las medidas necesarias para colocarse en una posición de cumplimiento²¹⁸; y, iii) *interpretaciones prejudiciales*, que son formuladas por los jueces nacionales en los casos en que conozcan procesos en los cuales deba aplicarse o se encuentre controvertida alguna norma que forma parte del ordenamiento jurídico andino, con el propósito de que este Tribunal comunitario, sin resolver el caso concreto, emita la interpretación correspondiente, con el fin de asegurar su aplicación uniforme en el territorio de los Países Miembros, pues el juez nacional deberá adoptar en su sentencia la interpretación de este tribunal²¹⁹.

- vi) *El Parlamento Andino*, que representa a los pueblos de la Comunidad Andina²²⁰, debiendo sus representantes ser elegidos por sufragio universal y directo. En el estado actual del proceso de integración no emite normas comunitarias, pero sí tiene la atribución de participar en la generación normativa a través de la emisión de sugerencias de proyectos. Asimismo, entre otras funciones, se prevé que requiera información periódica a los órganos de la Comunidad Andina; y, que promueva la armonización de las legislaciones de los Estados miembros, proponiendo medidas y sugerencias para su aproximación²²¹.

Cabe tener en cuenta que todas las actuaciones de la Comunidad Andina, incluidas aquéllas vinculadas a la defensa de la competencia, se deben realizar en el marco de las competencias que le han sido atribuidas por sus Estados miembros (Quindimil, 2006, p. 164), tanto explícitamente (en los tratados que conforman el Derecho

²¹⁸ Cfr. Artículos 23° a 31° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²¹⁹ Cfr. Artículos 32° a 36° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²²⁰ El Tratado Constitutivo del Parlamento Andino, en su artículo 10°, señala que este “tendrá personalidad jurídica internacional y capacidad de ejercicio de la misma.”

²²¹ Cfr. El Tratado Constitutivo del Parlamento Andino; el Artículo Primero del Protocolo Modificatorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo; y, los artículos 42° a 43° del Acuerdo de Cartagena.

originario) como implícitamente (conforme se deduce de los objetivos atribuidos al proceso de integración) para el cumplimiento de su mandato, como corresponde a toda organización internacional (Novak y García Corrochano, 2002, pp. 40-41).

Bajo este entendimiento, en el espacio económico integrado de la Comunidad Andina, la defensa de la competencia se desarrolla, tanto desde acciones realizadas por los órganos de la Comunidad Andina en el marco de las competencias atribuidas (explícitas e implícitas), como desde acciones realizadas por los Estados miembros en aquellos ámbitos y modalidades que no han sido atribuidos a la Comunidad Andina²²². Asimismo, como veremos, en el caso de la Decisión 608, que contiene las normas de defensa de la competencia en el espacio económico integrado andino, se encomienda a los Estados miembros determinadas funciones que materializan un reparto vertical de competencias en aquellos aspectos en los que se requiere necesariamente su actuación.

En los diferentes ámbitos de la integración andina, incluida la defensa de la competencia, tal como se entiende en el proceso de integración europeo que es también de naturaleza comunitaria, la atribución de competencias a la entidad comunitaria es una limitación correlativa de los poderes soberanos de los Estados miembros, siempre en los términos en que sea precisado por el Derecho comunitario (Sobrino, 2001, p. 12).

2.2.1.3. El Derecho comunitario andino

El Derecho comunitario en el proceso de integración andino es un instrumento fundamental de integración, pues establece obligaciones dirigidas a los Estados miembros para asegurar el logro de los objetivos y la finalidad del proceso, así como las atribuciones de la entidad comunitaria (Quindimil, 2006). El Derecho comunitario andino se encuentra conformado por dos niveles jerárquicos, según sus fuentes

²²² Cuando una materia es atribuida bajo competencia de una autoridad en el marco de un proceso de integración comunitario es necesario, tal como se ha reconocido respecto del proceso de integración europeo, al señalarse que “se trata de saber cuál es la naturaleza y la intensidad de los poderes que la Comunidad está llamada a ejercer en los terrenos abiertos de su intervención (...) en lo atinente a las Comunidades hay que plantear, a propósito de cada medida, la pregunta acerca de su naturaleza y del alcance de los medios que le son dados: ¿su misión es orientar la acción de los Estados, fijar una política, legislar, administrar? No hay respuesta uniforme a la pregunta así planteada, puesto que, en relación con las competencias funcionales, los tratados implican una gran diversidad de disposiciones, caracterizadas, a todos los niveles, por una interacción entre los poderes ejercidos por las instituciones comunes y los poderes retenidos por los Estados miembros” (Pescatore, 1973, p. 25).

normativas, de modo similar a la estructura del derecho comunitario europeo: i) el nivel originario o constitucional; y, ii) el nivel derivado o secundario.

El nivel primario o constitucional se encuentra conformado por los tratados que han celebrado los Estados miembros de la Comunidad Andina, mediante los cuales han establecido los objetivos de su proceso de integración y su finalidad, la conformación de una organización internacional con personalidad jurídica propia, así como las materias bajo su competencia y las atribuciones correspondientes (normativas, administrativas y/o jurisdiccionales) a cada órgano que conforma la organización, conforme se ha detallado en el numeral precedente (Quindimil, 2006, p. 178). En consonancia con el artículo 1° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, se aprecia que los principales tratados que conforman el nivel originario son, precisamente, este tratado y el Acuerdo de Cartagena.

Por su parte, el nivel derivado se encuentra conformado esencialmente por las Decisiones emitidas tanto por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores como por la Comisión de la Comunidad Andina y las Resoluciones de la Secretaría General. Estos instrumentos normativos deben guardar adecuación, en forma y fondo, con los mandatos que se encuentran establecidos desde el nivel originario.

Propiamente, la Decisión 608, que ocupa al análisis este segundo capítulo, ha sido emitida por la Comisión de la Comunidad Andina con el fin de establecer normas para la defensa de la competencia en el espacio económico integrado. Desde este nivel derivado, los Estados miembros comparten cuotas de poder público normativo que son ejercidas por órganos de la Comunidad Andina en mérito de la vigencia de normas aplicables de modo uniforme y simultáneo en los territorios de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú, que son los Estados miembros de esta organización internacional.

En el proceso de integración andino, resulta claramente entendido que las Decisiones emitidas tanto por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, como por la Comisión de la Comunidad Andina –dentro de las cuáles se incluye la Decisión 608, que establece las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina–

gozan de *preeminencia*²²³, *aplicación directa* y *efecto directo*²²⁴ en los territorios bajo jurisdicción de los Estados miembros, salvo que su propio contenido indique lo contrario²²⁵. Al respecto, el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina establece:

“**Artículo 3.-** Las Decisiones del Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores o de la Comisión y las Resoluciones de la Secretaría General serán directamente aplicables en los Países Miembros a partir de la fecha de su publicación en la Gaceta Oficial del Acuerdo, a menos que las mismas señalen una fecha posterior. (...).”

En concordancia con lo antes señalado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha sido enfática al reconocer esta *preeminencia*, la *aplicación directa* y el *efecto directo*, tomando para sí, expresamente, el entendimiento del acervo comunitario europeo:

“**Aplicabilidad Directa.-** La sola suposición de que las Decisiones de la Comisión o las Resoluciones de la Junta [órgano predecesor de la

²²³ En consideración de un sector de la doctrina, esta *preeminencia* o *primacía* del ordenamiento jurídico andino sobre las normas de fuente nacional, se instaura sobre la base del artículo 4° del Tratado de Creación de Justicia de la Comunidad Andina, que establece que “[l]os Países Miembros están obligados a adoptar las medidas que sean necesarias para asegurar el cumplimiento de las normas que conforman el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina” y que “[s]e comprometen, asimismo, a no adoptar ni emplear medida alguna que sea contraria a dichas normas o que de algún modo obstaculice su aplicación.” (Salmón, 2003, p. 38).

En nuestra consideración, el atributo de *preeminencia* o *primacía* es inherente a todo Derecho comunitario, siendo que el artículo citado recoge, en realidad, la expresión del *deber de cooperación leal* que corresponde a los Estados miembros de la Comunidad Andina, como bien lo ha expresado con claridad la Secretaría General al señalar lo siguiente:

“En cuanto al contenido del artículo 4 del Tratado del Tribunal debe tenerse en cuenta que este artículo establece como obligación de los Países Miembros de la Comunidad Andina el cumplimiento de un *deber de cooperación leal* dirigido a que el proceso de integración andino se desarrolle observando las normas comunitarias que lo determinan y lo orientan hacia sus objetivos y finalidad enunciados por el Acuerdo de Cartagena. Este *deber de cooperación leal* se materializa en una obligación de hacer en cuanto corresponde a los Países Miembros adoptar las medidas necesarias que aseguren el cumplimiento de las normas andinas, lo que incluye la emisión de normas en general, decisiones administrativas y judiciales, entre otras medidas de naturaleza estatal que pueden adoptarse a todo nivel de gobierno; y, se materializa también en un compromiso de no hacer en cuanto los Países Miembros no deben desarrollar conducta o adoptar medida alguna que se oponga a las normas comunitarias o que obstaculice su aplicación” (Dictamen SGCA 03-2009 Ponce Villacís).

²²⁴ Correctamente se afirma que la *aplicabilidad directa* se encuentra “situada en el plano de recepción de las normas” para su aplicación en el territorio de los Estados miembros; mientras que la *eficacia directa* se encuentra “situada en el plano de producción de sus efectos” (Quindimil, 2006, p. 291).

²²⁵ Una posición doctrina en el ámbito de la Comunidad Andina propone estandarizar la denominación de estas características del ordenamiento jurídico andino para denominarlas: *aplicación inmediata*, *aplicación directa* y *aplicación preferente* (Novak, 2003, pp. 68-79).

Secretaría General], tuvieran que pasar por el tamiz legislativo de cada uno de los Países Miembros, antes de su aplicación interna, habría conducido a negar la existencia de un derecho comunitario andino.

(...)

En el área europea el principio de la aplicabilidad directa es reconocida a partir de la sentencia Van Gend & Loos, 1963, del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, y precisado en la sentencia Simmenthal, 1978, en la que se sostuvo que la aplicabilidad directa “...significa que las reglas del derecho comunitario deben desplegar la plenitud de sus efectos de manera uniforme en todos los Estados miembros, a partir de su entrada en vigor y durante toda la duración de su validez; que de esta manera, estas disposiciones son una fuente inmediata de derechos y obligaciones para todos aquellos a quienes afectan, ya se trate de Estados miembros o de particulares que son parte en relaciones jurídicas que entran en el ámbito del derecho comunitario...”.

(...)

Efecto Directo.- Mientras que el principio de la aplicación directa se refiere a la norma como tal, el del efecto directo se relaciona con las acciones que los sujetos beneficiarios pueden ejercer para la debida aplicación de la norma comunitaria. En otras palabras que sus efectos “generan derechos y obligaciones para los particulares al igual que ocurre en las normas de los ordenamientos estatales”, permitiendo la posibilidad de que aquellos puedan exigir directamente su observancia ante sus respectivos tribunales.

(...)

Preeminencia de la Norma Comunitaria.-

(...)

La base jurisprudencial de la doctrina está dada por la sentencia del Tribunal de las Comunidades Europeas de 15 de julio de 1964 en el caso Costa/Enel, según el cual “...al derecho nacido del Tratado, en razón de su naturaleza específica original, no puede oponérsele judicialmente un texto interno, de cualquier clase que sea, sin perder su carácter comunitario y sin que se cuestione la propia base jurídica de la Comunidad”.

Este Tribunal Comunitario ha reiterado el principio de la preeminencia en varias providencias, entre ellas la Sentencia de 3 de diciembre de 1987 en la cual precisó que: “...el ordenamiento jurídico de la Integración Andina prevalece en su aplicación sobre las normas internas o nacionales, por ser característica esencial del Derecho Comunitario, como requisito básico para la construcción integracionista. (...) para la existencia del derecho de la integración es indispensable el reconocimiento del principio de supremacía o prevalencia sobre el derecho interno de los países miembros;

(...)

El Tribunal Andino en la sentencia relacionada con el Proceso 2-IP-88, advierte que el derecho de la integración no deroga leyes nacionales, las que están sometidas al ordenamiento interno: “tan sólo hace que sean inaplicables las que resulten contrarias”²²⁶

²²⁶ Cita textual de la Sentencia emitida, con fecha 24 de marzo de 1997, por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en el Proceso 3-AI-96 en la acción de incumplimiento interpuesta por la Junta del Acuerdo de Cartagena contra la República de Venezuela. Estos principios han sido reafirmados y fortalecidos en recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina. En

(Contenido de corchetes añadido).

Bajo estas claras determinaciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, acerca del entendimiento del ordenamiento jurídico andino, que han sido consistentes a lo largo del tiempo²²⁷, resulta plenamente predicable sobre Derecho comunitario andino lo señalado, en su oportunidad, respecto del Derecho comunitario europeo que lo ha inspirado:

“El Derecho Comunitario Europeo, al aplicarse en los Estados miembros no pierde su naturaleza comunitaria, pero ello no significa que constituya un derecho ajeno o extranjero al sistema jurídico de dichos Estados, sino que es Derecho propio de cada uno de ellos, tanto como lo es su Derecho nacional.

(...)

Por lo que se refiere al Derecho Comunitario Europeo, la primacía de las normas comunitarias no aparece (...) consagrada directamente en las disposiciones comunitarias, sino que se funda en la naturaleza y en los propios caracteres del proceso integrador, y ha sido destacada por el TJCE a través de una interpretación sistemática y teleológica de los tratados comunitarios”²²⁸ (Sobrino, 2001, pp. 18-19).

relación, con el principio de preeminencia de la norma comunitaria, mediante Interpretación Prejudicial del 26 de febrero de 2019 en el Proceso 604-IP-2018, este tribunal afirma que “la normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina. Como consecuencia de ello, en los casos de incompatibilidad entre una norma comunitaria y una norma nacional, se deberá preferir la primera. (...) ello no implica que la norma nacional deba ser derogada, sino que basta que sea inaplicada por el país miembro que corresponda”.

²²⁷ Véase, por ejemplo, la Interpretación Prejudicial del proceso 02-IP-2019 que reafirma el principio de preeminencia (denominado también de primacía o de prevalencia), conforme al cual normativa comunitaria prevalece sobre las normas internas o nacionales, incluyendo las normas constitucionales, de cada uno de los países miembros de la Comunidad Andina; el principio de aplicación inmediata, que asegura la vinculatoriedad y exigibilidad de la normativa comunitaria en los Estados miembros; y, el principio de efecto directo se relaciona con las acciones que los ciudadanos pueden ejercer en defensa de sus derechos para la debida aplicación de la norma comunitaria. Véase también la Interpretación Prejudicial del proceso 472-IP-2016.

²²⁸ Como parte de las Declaraciones anexas al Acta Final de la Conferencia intergubernamental que adoptó el Tratado de Lisboa (que fue firmado en diciembre de 2007 y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009), esta Conferencia emitió la Declaración relativa a la primacía (número 17), que expresamente “recuerda que, con arreglo a una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, los Tratados y el Derecho adoptado por la Unión sobre la base de los mismos priman sobre el Derecho de los Estados miembros, en las condiciones establecidas por la citada jurisprudencia.” Asimismo, esta Conferencia, decidió incorporar, en dicha Acta Final, el dictamen del Servicio Jurídico del Consejo sobre la primacía de junio de 2007, contenido en el documento 11197/07 (JUR 260), que señaló, entre otros que “de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la primacía del Derecho comunitario es un principio fundamental del Derecho comunitario. Según el Tribunal de Justicia, este principio es inherente a la naturaleza específica de la Comunidad Europea. En el momento de la primera sentencia de esta jurisprudencia constante (Costa/ENEL, 15 de julio de 1964, asunto 6/64 (...)) el Tratado no contenía mención alguna a la primacía, y todavía hoy sigue sin contenerla. El hecho de que el principio de primacía no esté incluido en el futuro Tratado no cambiará en modo alguno la existencia de este principio ni la jurisprudencia existente del Tribunal de Justicia.”

En consecuencia, como regla general, un instrumento normativo comunitario, como la Decisión 608, no requiere su incorporación al derecho interno de los Estados miembros de la Comunidad Andina²²⁹. Así, desde su vigencia, conforme expresa su contenido y sus propios términos, ha generado derechos y obligaciones en los sujetos de derecho bajo jurisdicción de cada uno de los Estados miembros.

2.2.2. El espacio económico integrado como escenario de concurrencia en la Comunidad Andina

Desde su origen en 1969, la Comunidad Andina ha presentado una serie de objetivos dirigidos a integrar los mercados de sus Estados miembros, juntos con sus correspondientes mecanismos para lograrlos. A continuación, analizaremos el grado de avance en cada uno de dichos objetivos.

2.2.2.1. El establecimiento del área de libre comercio

La Comunidad Andina tiene en pleno funcionamiento, a la fecha, un área de libre comercio²³⁰, conformada por el territorio de sus Estados miembros, lo que asegura que la circulación de las mercancías originarias de cada uno de ellos, entre sus territorios, se realice sin pagar arancel alguno; sin ser objeto de gravamen o restricción alguna que dificulte su importación; y, con el aseguramiento del trato nacional (Stucchi, 2005, pp. 47-66).

En 1993 se cumplió el programa de liberación arancelaria para dejar libre el comercio de mercancías originarias entre los territorios de Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela (que a la fecha no es Estado miembro de la Comunidad Andina), sin incluir a Perú, debido a los retrocesos que generó en este ámbito (Salmón, 2003, p. 27). Así,

²²⁹ Cfr. Artículo 3° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

²³⁰ Las áreas de libre comercio son consideradas por un sector de la doctrina como “áreas preferenciales de mercado orientadas a acelerar la vigencia en el plano regional de los principios del multilateralismo global en el marco de los criterios del (...) regionalismo abierto” (Di Filippo y Franco, 2000, p. 58).

este programa, en su oportunidad, tuvo que ser modificado específicamente para lograr la convergencia de Perú en el área de libre comercio andina, lo que se cumplió recién en diciembre de 2005²³¹.

En lo concerniente a la circulación de servicios²³² en el espacio económico integrado andino, en su momento, la Comunidad Andina desarrolló, mediante la Decisión 439 de la Comisión, expedida en 1998, su marco general de principios y normas para la liberalización del comercio de servicios. Complementariamente, mediante la Decisión 510 de la Comisión, expedida en 2001, se estableció un inventario de las únicas medidas validas que restringían el acceso al mercado y el trato nacional en la prestación de servicios en el espacio económico integrado andino²³³.

Estas medidas restrictivas en el ámbito de la circulación de servicios fueron desactivadas a finales del año 2006, mediante la Decisión 659, estableciéndose en la Comunidad Andina, en lo esencial, un área de libre comercio que abarca todas las modalidades de prestación o suministro de servicios y que incluye todas sus fases de producción, distribución, comercialización, venta y prestación. Solamente, por la Decisión 772 y recientemente por la Decisión 859, se encuentra suspendida la liberalización de los servicios financieros y de los porcentajes mínimos de producción nacional en servicios de televisión abierta nacional²³⁴. Se debe anotar también que el

²³¹ La Decisión 414 emitida por la Comisión fue el instrumento jurídico comunitario que estableció un programa de liberación especial para Perú.

²³² El Protocolo de Sucre, celebrado en junio de 1997, modifica el Acuerdo de Cartagena incluyendo, como uno de sus mecanismos, la liberación del comercio intrasubregional de servicios. Asimismo, le incorpora un capítulo específicamente dedicado al comercio de servicios, identificando los tipos de servicios objeto de la liberalización, según su modalidad (basada en el proceso productivo del servicio por la ubicación del prestador y del consumidor), incluyendo los servicios de suministro transfronterizo, de consumo en el extranjero y de traslado del prestador. Como consecuencia de esta modificación, el Acuerdo de Cartagena prevé en su artículo 79° que “[l]a Comisión de la Comunidad Andina, a propuesta de la Secretaría General, aprobará un marco general de principios y normas para lograr la liberación del comercio intrasubregional de los servicios.” Ello, fue desarrollado mediante la Decisión 439. Cfr. Artículos 2° y 15° del Protocolo de Sucre.

²³³ Conforme al mandato de la Decisión 439, la Decisión 510 de la Comunidad Andina estableció un inventario de medidas incompatibles con la libre circulación de servicios, bajo la consideración de “[q]ue la libre circulación de servicios es un elemento fundamental para la creación del Mercado Común Andino” y “[q]ue el artículo 14 de la Decisión 439 prevé la adopción (...) de un inventario de las medidas contrarias a los principios de Acceso al Mercado y Trato Nacional, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 8 de la Decisión 439 y tal como están definidas en los artículos XVI y XVII del AGCS (...)”.

²³⁴ Cfr. Artículo 1° de la Decisión 772; y, la Decisión 859, que establece:

alcance geográfico de esta área de libre comercio es parcial, pues solamente se encuentra conformada por los territorios de Colombia, Ecuador y Perú, debido a que para Bolivia esta apertura aún no se ha producido, conforme a lo establecido también por la Decisión 772 y la Decisión 859²³⁵.

En este sentido, el área de libre comercio andina, que abarca mercancías y servicios con las especificaciones que hemos señalado, es un espacio económico integrado que se constituye como un escenario de concurrencia de productores, prestadores y empresas que, en diferentes mercados de referencia, realizan actividad empresarial. Cabe destacar que el escenario de concurrencia andino integra la competencia empresarial entre mercancías y servicios originarios²³⁶ de la subregión, los que se encuentran liberados al comercio en lo esencial; y las demás mercancías y los demás servicios que circulan en la Subregión aun cuando no califiquen como originarias, pues perfectamente pueden ser objeto de comercio en ejercicio de la iniciativa que corresponde a las empresas. Así, el proceso competitivo en la Comunidad Andina, en los hechos, integra materialmente toda la oferta y la demanda disponible en su espacio económico integrado y que se encuentra en contienda en determinado mercado de referencia.

“Artículo 3.- Extender hasta el 28 de febrero de 2022 la suspensión de la liberalización del sector de servicios financieros y la liberalización de los porcentajes mínimos de producción nacional en servicios de televisión abierta nacional, a que se refieren los artículos 2 y 6 de la Decisión 659 y el artículo 1 de la Decisión 718.”

²³⁵ Cfr. Artículo 8° de la Decisión 659 - Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa, emitida por la Comisión; y, la Decisión 859, que establece: “Artículo 2.- Extender hasta el 31 de octubre de 2021 la suspensión de la liberalización del comercio de servicios para Bolivia, a que se refiere el párrafo 5 del artículo 8 de la Decisión 659.”

²³⁶ En el caso del origen de los servicios, la Decisión 439 ha establecido:

“CAPITULO IX

ORIGEN DE LOS SERVICIOS

Artículo 23.- Para gozar de los beneficios derivados del presente Marco General, serán considerados como servicios originarios de la Subregión:

1. Los suministrados por personas naturales o físicas con residencia permanente en cualquiera de los Países Miembros, de acuerdo con las regulaciones nacionales respectivas;
 2. Los servicios suministrados por personas jurídicas constituidas, autorizadas o domiciliadas, con arreglo a la legislación nacional, en cualquiera de los Países Miembros y que efectivamente realicen operaciones sustanciales en el territorio de cualquiera de éstos, o por Empresas Multinacionales Andinas; y
 3. En el caso del suministro transfronterizo de servicios, los que se produzcan y se presten directamente desde el territorio de alguno de los Países Miembros, por personas naturales o físicas, o por personas jurídicas, de acuerdo a lo indicado en los párrafos 1 y 2 anteriores.
- (...).”

Desde este entendimiento, se ha reconocido como norte compartido la construcción de un espacio andino solidario, equitativo y sostenible de convivencia en una Comunidad Andina para los ciudadanos, que se estructure, entre otros, sobre la base de:

“Un espacio económico equitativo, solidario y complementario, que a partir de la afirmación del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad y respetando las visiones y enfoques de desarrollo de los Países Miembros: consolide el mercado subregional de mercancías, mediante la armonización de estándares y regulaciones que garanticen la calidad y seguridad de los productos, la armonización de legislaciones comerciales en los ámbitos que sea necesario y la cooperación aduanera; estimule la producción agrícola garantizando nuestra seguridad alimentaria; promueva la producción industrial y artesanal con valor agregado; fomente el turismo andino responsable y sostenible; alcance el reconocimiento mutuo de los títulos profesionales; consagre el derecho de establecimiento para el desarrollo de actividades económicas; y fortalezca la coordinación de las políticas productivas y comerciales así como la convergencia de políticas macroeconómicas.” (Secretaría General de la Comunidad Andina, 2008, p. 4).

El objetivo cumplido de tener en pleno funcionamiento, a la fecha, un área de libre comercio en la Comunidad Andina, con las especificaciones previas, contribuye con la finalidad del proceso de integración andino, que es la mejora del bienestar de los ciudadanos y las familias que conforman la población de los Estados miembros, previsto por el Acuerdo de Cartagena.

El comercio libre genera espacios económicos donde se acentúa la intensidad del proceso competitivo en los mercados donde se produce la concurrencia. Ello dado que los Estados miembros se encuentran obligados a no obstaculizar la circulación de mercancías y servicios, lo que propicia más alternativas y pugna por la preferencia de los consumidores intermedios o finales, lo que genera un aumento de su bienestar.

En consecuencia, en el espacio económico integrado andino, que es un escenario de concurrencia subregional, se requiere, de modo necesariamente complementario, asegurar la competencia efectiva, tal como demuestra la experiencia de la Unión Europea.

2.2.2.2. La suspensión indefinida de la unión aduanera

En el proceso de integración andino se determinó como meta la conformación de una unión aduanera, desde la suscripción misma del Acuerdo de Cartagena que significó la fundación del proceso de integración²³⁷. Ello hubiera implicado, cuando menos, la aplicación de un mismo nivel arancelario a las mercancías que se importan desde terceros Estados hacia cada Estado miembro del espacio económico integrado andino. La conformación de una unión aduanera, en consecuencia, significaba el establecimiento de una frontera comercial única proyectada hacia el exterior²³⁸. Sin embargo, a la fecha, esta meta no solamente no ha sido cumplida, sino que los avances que se habían logrado han sufrido un significativo retroceso y, actualmente, una suspensión indefinida. Ello debido a que la política comercial de los Estados miembros de la Comunidad Andina ha expresado diferentes visiones acerca de la protección que los niveles arancelarios deben otorgar a la producción nacional y/o andina²³⁹.

En determinado momento, en el proceso andino de integración, se había logrado una franca aproximación hacia la conformación de una unión aduanera pues, desde el año 1995, Colombia, Ecuador y Venezuela aplicaron, esencialmente, niveles arancelarios comunes de cinco (5%), diez (10%), quince (15%) y veinte por ciento (20%) para las diferentes mercancías que se importaban desde fuera de la Comunidad Andina, conforme a lo establecido por la Decisión 370 de la Comisión²⁴⁰.

²³⁷ El vigente Acuerdo de Cartagena señala, en su artículo 3°, que para alcanzar sus objetivos, entre otros, se empleará un arancel externo común, el cual deberá ser aplicado por los Estados miembros de la Comunidad Andina “en los plazos y modalidades que establezca la Comisión”. Cita textual tomada del artículo 81° del Acuerdo de Cartagena.

²³⁸ Existe consenso en que para configurar a plenitud una unión aduanera, se requiere también de: i) la ejecución de una política comercial exterior, por parte de los Estados que la conforman, en negociaciones comerciales internacionales conjuntas; y, ii) el establecimiento de medidas de defensa comercial comunes frente a mercancías importadas desde el exterior de la unión aduanera, tales como medidas antidumping, medidas compensatorias contra las subvenciones y medidas de salvaguardia, entre otras (Tamames y Huerta, 1999, pp. 212-213).

²³⁹ Cfr. Artículo 82° del Acuerdo de Cartagena. Lo observado en la experiencia mexicana entre los años 1970 y 1994 es perfectamente aplicable a la experiencia andina: “primero, las industrias prefieren mayor protección relativa para sí mismas. Segundo, las industrias movilizan recursos políticos. Tercero, cuanto más elevado es su grado de vulnerabilidad a la competencia extranjera, o cuanto más altos los beneficios que han obtenerse de la protección, más recursos políticos movilizarán las industrias para obtener protección. Cuarto, las industrias que movilizan relativamente más de esos recursos ejercen más influencia política. Quinto, la influencia política determina la protección relativa.” (Flores, 1998, p. 39).

²⁴⁰ El funcionamiento de la unión aduanera parcial se determinó mediante la Decisión 370 – Arancel Externo Común, emitida por la Comisión en 1994. Esta Decisión previó niveles arancelarios comunes por producto y disposiciones sobre la nómina de bienes no producidos, habiendo sido actualizada, en su

Sin embargo, con Venezuela retirada de la Comunidad Andina, se expidieron normas que dispusieron que los Estados miembros no se encontraban obligados a aplicar la Decisión 370 que había establecido este esquema arancelario externo común parcial y que dispusieron la suspensión de la aplicación de la Decisión 535, que tenía por finalidad la convergencia de Perú y los demás Estados miembros en niveles arancelarios externos comunes. En síntesis, desde enero de 2008, el esquema arancelario externo común establecido por la Decisión 370 resultó inexigible; mientras que la Decisión 535 se mantuvo sin aplicación²⁴¹. Finalmente, mediante Decisión 805, ambas decisiones y aquellas que las complementaban fueron dejadas sin efecto en el año 2015.

Debe considerarse que, en la actualidad, articular una política arancelaria común para la Comunidad Andina resulta sumamente complejo debido a la existencia de acuerdos comerciales regionales que establecen áreas de libre comercio entre algunos Estados miembros de la Comunidad Andina y terceros Estados u organizaciones internacionales, que implican reducciones arancelarias y el establecimiento de áreas de libre comercio, como es el caso del Acuerdo de Promoción Comercial Colombia – EEUU, el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EEUU y el Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea. Como se aprecia, Ecuador aún no tiene pactado con EEUU el establecimiento de un área de libre comercio²⁴²; y,

oportunidad, por la Decisión 465. Asimismo, la Decisión 370 preveía el establecimiento de una banda de precios con el objetivo de estabilizar precios en determinados productos agropecuarios. Cfr. Decisión 371 – Sistema Andino de Franjas de Precios.

²⁴¹ Cfr. Decisiones 669, 679, 688, 693, 695 y 717, emitidas entre los años 2007 y 2011. La especial situación e intereses de Bolivia y Perú complicaron el logro pleno de esta meta (Stucchi, 2006, pp. 74-75). En el caso de Bolivia se preveían niveles arancelarios distintos (conforme al artículo 2° de la Decisión 370 – Arancel Externo Común), que materializaban rebajas sustanciales sobre los niveles comunes, en consideración a la mediterraneidad de este Estado y a su nivel de desarrollo relativo. Así, con razón, se dijo en su momento que “en el caso de Bolivia, las tarifas arancelarias de la Decisión 370 no eran idénticas a las de los demás países, pero el arancel era comunitario en el sentido de que no podía ser alterado unilateralmente por ese país” (Castro, 2003, p. 134). En el caso de Perú no fue posible lograr que se incorpore efectivamente a la unión aduanera andina ni siquiera bajo un formato como el de Bolivia –lo que se sumaba a sus retrocesos y demoras en el ámbito de la construcción del área de libre comercio- pese a que se intentaron programas de convergencia de todos los Estados miembros, sin éxito, desde la dación de la Decisión 535 de 2002, que estableció como meta lograr, para enero de 2004, la instalación de un mismo nivel arancelario en todos los Estados miembros sobre las mercancías provenientes de terceros Estados. Sin embargo, ello fue postergado, sucesivamente, por la Decisiones 580, 612, 620 y 626 de la Comisión.

²⁴² A la fecha, existe un Protocolo del Acuerdo del Consejo de Comercio e Inversiones entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Ecuador relacionado con

Bolivia tampoco, además de no participar en el acuerdo con la Unión Europea. En este contexto, el interés en el establecimiento de un esquema arancelario externo común – que puede ser un elemento de una política arancelaria común– resulta imposible, pues algunos Estados miembros se encuentran obligados a reducir aranceles o a no imponerlos sobre mercancías procedentes de la Unión Europea o EEUU, mientras que otros no²⁴³.

Así, en síntesis, la Comunidad Andina no es una unión aduanera. Califica únicamente como un área de libre comercio *plus*, dado que conforma un espacio compartido con determinadas políticas y regulación comunes, que abarcan la libre circulación de mercancías, aspectos relevantes del ámbito aduanero, la libre circulación de servicios parcial (dado que se excluye el territorio de Bolivia), la circulación de capitales y la migración de personas. Asimismo, se abarcan materias emblemáticas para la integración andina como la propiedad intelectual y la defensa de la competencia, entre otros aspectos que fortalecen su espacio económico integrado andino como un escenario de competencia empresarial donde debe prevalecer la competencia efectiva.

2.2.2.3. El anhelo del mercado común o interior

La Comunidad Andina, en su momento, se planteó también como objetivo la conformación de un mercado común²⁴⁴, inspirado en la experiencia europea, aun

las normas comerciales y la transparencia, que se identificó como un Acuerdo de Primera Fase. Luego de abandonarse las negociaciones tendientes a lograr un acuerdo de promoción comercial en 2004, este acuerdo significa un primer paso hacia lograrlo con el fin de establecer un área de libre comercio entre ambos Estados, tal como la que vienen implementando Colombia y Perú con EEUU. Este Acuerdo de Primera Fase presenta compromisos en cuatro materias: facilidades para el comercio internacional, buenas prácticas de regulación, lucha anticorrupción y beneficios para las empresas medianas y pequeñas. Cfr. Artículos 1 a 6 del Protocolo del Acuerdo del Consejo de Comercio e Inversiones entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Ecuador.

²⁴³ En la Comunidad Andina ya se había previsto este posible escenario, considerando oficialmente “[q]ue las negociaciones comerciales con terceros países que en la actualidad adelantan los Países Miembros generan oportunidades y desafíos para la integración andina” y “que en caso de que no sea posible negociar comunitariamente se podrán celebrar negociaciones de carácter bilateral”. En consecuencia, en julio del año 2004 se dispuso que los Estados miembros “podrán negociar acuerdos comerciales con terceros países, prioritariamente de forma comunitaria o conjunta y excepcionalmente de manera individual”. Citas textuales tomadas de la parte considerativa y del artículo 1° de la Decisión 598 - Relaciones comerciales con terceros países, emitida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en reunión conjunta con la Comisión de la Comunidad Andina.

²⁴⁴ Al respecto, cabe recordar que, en la Décimo Primera Reunión del Consejo Presidencial Andino, realizada entre el 26 y el 27 de mayo de 1999 en Cartagena de Indias, Colombia, los presidentes andinos establecieron el siguiente mandato para la Comunidad Andina: “[n]os fijamos como propósito el

cuando este objetivo no se encuentra establecido en el Acuerdo de Cartagena. El logro de un objetivo de esta naturaleza implicaría, como se ha entendido con claridad, que la circulación de los factores económicos (mercancías, servicios, capitales y personas) se produjese con plena libertad entre los territorios de los Estados miembros²⁴⁵. Dado que, previamente, se ha referido lo concerniente a la libre circulación de mercancías y servicios, en este punto anotaremos brevemente el estado de la circulación de capitales y personas en el espacio económico integrado andino.

En lo concerniente a libre circulación de capitales, la Comunidad Andina no ha determinado una plena liberalización. La Decisión 291, emitida en 1991, establece un régimen común de tratamiento de capitales extranjeros que asegura un trato nacional, salvo que el Derecho interno de un Estado miembro disponga lo contrario²⁴⁶. En consecuencia, desde el marco comunitario no se asegura un trato no discriminatorio a los inversionistas extranjeros. El ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina tampoco determina una libre e irrestricta transferencia del capital ni de las utilidades obtenidas por una inversión²⁴⁷. Lo anterior, en el estado actual del proceso de integración andino, nos impide señalar la existencia de una libre circulación de capitales asegurada. Ello contrasta con la libre circulación y protección de inversiones

establecimiento del Mercado Común Andino a más tardar en el año 2005, creando las condiciones para que, a la libre circulación de bienes se añada la libre movilidad de servicios, de capitales y de personas en la subregión.” (Consejo Presidencial Andino, 1999). Este mandato fue declarativo pues el Consejo Presidencial Andino, si bien es órgano máximo de la Comunidad Andina, no posee atribución normativa o vinculante como parte de sus atribuciones. Cfr. Acta de Quirama (Consejo Presidencial Andino, 2003).

²⁴⁵ Cfr. Acta de Lima (Consejo Presidencial Andino 2000), Acta de Carabobo (Consejo Presidencial Andino, 2001) y Acta de Quirama (Consejo Presidencial Andino, 2003).

²⁴⁶ Cfr. Artículo 2° de la Decisión 291.

²⁴⁷ Los inversionistas de un Estado andino (y también los inversionistas de terceros Estados) tienen asegurado el derecho de transferir al exterior, las utilidades netas que genere su inversión y también las sumas que se generen por la venta de sus acciones o participaciones que representan su inversión. Es decir, pueden retirar de un Estado andino tanto su capital invertido como el capital generado por el capital invertido. En el primer caso, la transferencia al exterior del capital que conforma la inversión misma debe producirse luego del pago de los impuestos correspondientes. La regulación comunitaria en esta materia puede provocar la preocupación de que la regulación nacional produzca alguna modalidad tributaria que expropie o confisque el capital, en alguna medida, lo que puede generar un desincentivo a la inversión extranjera procedente de Estados miembros como no miembros. Hace falta, en consecuencia, una regulación comunitaria promotora de la inversión que descarte esta posibilidad. En el segundo caso, la transferencia al exterior de las utilidades debe producirse cumpliendo lo dispuesto en las normas internas de cada Estado miembro. La regulación comunitaria en esta materia puede provocar la preocupación de que la regulación nacional se capaz de establecer una barrera de salida lo que también puede generar un desincentivo equivalente al antes señalado sobre la inversión extranjera. Se requiere también en este aspecto una regulación comunitaria promotora de la inversión que descarte también esta posibilidad.

pactada por algunos de los Estados miembros con otros Estados miembros y con terceros Estados, bajo la forma de acuerdos bilaterales de protección de inversiones (BIT, en su acrónimo inglés) o en capítulos de determinados acuerdos comerciales dirigidos a establecer áreas de libre comercio²⁴⁸.

En relación con la circulación de personas, recientemente se ha establecido el Estatuto Migratorio Andino, aprobado mediante Decisión 878 y vigente desde agosto de 2021, que se aplica a los ciudadanos andinos (nacionales de los Estados miembros) y a los residentes permanentes extracomunitarios en un Estado Miembro, en sus movimientos migratorios hacia otro Estado Miembro distinto al de su nacionalidad o de domicilio habitual²⁴⁹.

Para fines turísticos, se prevé que el nacional de un Estado miembro (ciudadano andino) puede ingresar al territorio de otro Estado miembro sin el requisito de obtención de una visa, bastando que porte un documento nacional de identificación válido y vigente en el Estado emisor. Este ingreso permite una permanencia por un periodo de noventa (90) días prorrogables por otros noventa (90) días sin que superen los ciento ochenta (180) días calendarios continuos o discontinuos en el mismo año²⁵⁰. Esta misma regla es aplicable a un residente extracomunitario de un Estado miembro, salvo regulación distinta del Estado miembro de destino²⁵¹.

En relación con la residencia, este estatuto prevé una de naturaleza temporal y otra permanente (que se solicita antes de concluir la temporal), en beneficio de los ciudadanos andinos. En mérito de la condición de residente, un ciudadano andino

²⁴⁸ Cabe señalar que existe un régimen de empresas multinacionales andinas, que son aquellas que tienen aportes de nacionales de dos o más Estados Andinos que sumados superen el 60% del capital de la empresa. Este régimen establece beneficios de trato nacional para dichas empresas y tratamiento tributario especial. Sin embargo, la complejidad del régimen no ha permitido que su uso se haya extendido suficientemente. Cfr. Decisión 292.

²⁴⁹ Cfr. Artículo 2 de la Decisión 878.

²⁵⁰ Cfr. Artículo 16 de la Decisión 878.

²⁵¹ Al respecto, la Decisión 878 prevé:

“Artículo 17.- Circulación de residentes extracomunitarios Los residentes permanentes extracomunitarios que sean titulares de alguno de los documentos detallados en la Resolución 1559, gozarán de los mismos derechos que se establecen en la presente Decisión para los nacionales de los Países Miembros, excepto en el caso en que las normas migratorias del país de destino les exijan el uso de pasaporte y/o visado.”

podrá entrar, salir, circular y permanecer libremente en territorio del Estado miembro donde inmigre, sin perjuicio de las restricciones impuestas por razones de orden público y seguridad pública, o las que el Estado miembro considere (y que no debieran ser arbitrarias ni capaces de vaciar de contenido estos derechos)²⁵². Asimismo, los ciudadanos andinos, ejerciendo residencia en un Estado miembro distinto del que corresponde a su nacionalidad tienen “derecho a acceder a cualquier actividad, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, en las mismas condiciones que los nacionales de los países de recepción, de acuerdo con las normas legales de cada país”²⁵³. En el caso de los ciudadanos andinos con la calidad de residentes permanentes, se les garantiza los mismos derechos y libertades civiles del Estado miembro que los recibe²⁵⁴.

El Estatuto Migratorio Andino establece, entre otros, como derecho para todo ciudadano andino el trato nacional y también para los miembros de su familia que hayan obtenido una residencia temporal o permanente, en el marco de la normativa interna del Estado miembro que los acoge, y establece también el derecho a no ser discriminado, lo que exige en su favor “igualdad de trato y de oportunidades a todos los ciudadanos andinos dentro del espacio comunitario”²⁵⁵. Así, este estatuto se estima como un paso sólido para la conformación de un mercado de prestaciones personales y laborales²⁵⁶ en el espacio económico integrado andino.

Así, aun cuando no se ha vuelto a plantear como objetivo la conformación de un mercado común o interior²⁵⁷, la consolidación del fortalecimiento del espacio

²⁵² Cfr. Artículos 20 y 23 de la Decisión 878.

²⁵³ Cfr. Artículos 20 y 23 de la Decisión 878.

²⁵⁴ Cfr. Artículo 23 de la Decisión 878.

²⁵⁵ Cfr. Artículo 4 de la Decisión 878.

²⁵⁶ Cfr. Decisiones 545 y 583.

²⁵⁷ Como muestra de ello, en el reciente Consejo Presidencial Andino, celebrado en 2021, no se ha declarado referencia alguna a la conformación de un mercado común en la Comunidad Andina. En su lugar se ha hecho énfasis en aspectos referidos al medio ambiente y a la transformación digital, entre otros, declarando:

“11-La necesidad de avanzar hacia una Comunidad Andina que contribuya a reactivar el crecimiento económico con herramientas orientadas a las nuevas tendencias mundiales como son: la cuarta revolución industrial, el comercio electrónico y la transformación digital; impactando favorablemente en la productividad, el intercambio comercial y en el sector empresarial. Con este

económico integrado andino exige necesariamente, además de afianzar la liberalización en todos los factores económicos, el aseguramiento de un escenario de competencia empresarial con competencia efectiva en la Comunidad Andina, lo cual requiere la existencia y la aplicación de normas de defensa de la competencia en la Subregión en el marco de una eficaz política de competencia²⁵⁸.

2.3. El sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina

Considerando la existencia del espacio económico integrado andino, conforme se ha presentado previamente, analizaremos el contenido de las normas de defensa de la competencia establecidas por la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, así como la intensidad de su aplicación en dicho espacio económico.

Como se aprecia a continuación, el sistema de defensa de la competencia establecido por la Decisión 608 no es uno solamente basado en la realización de mejores esfuerzos por parte de las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros de la Comunidad Andina, en la activación de la institución de la cortesía internacional negativa o positiva o en el fortalecimiento de los espacios de cooperación entre dichas autoridades²⁵⁹; sino que se basa fundamentalmente en régimen común, de naturaleza

objetivo, los países definieron trabajar un proyecto sobre Mercado de Datos sustentado en su uso y gobernanza, así como la factura electrónica y la firma digital, herramientas destinadas a impulsar entre nuestras empresas una mayor participación en el comercio electrónico;

(...)

14-La importancia de continuar los trabajos para una pronta definición de la hoja de ruta de la Agenda Digital Andina, que permitirá la implementación de las líneas de acción que promuevan el uso de las tecnologías de la información y la comunicación y el comercio electrónico especialmente en las MIPYMEs e impulsen la transformación digital de la Subregión y la disminución de la brecha digital y la reactivación económica de los países;

(...)

19-La relevancia de la Carta Ambiental Andina como expresión del compromiso político de los Países Miembros con el medio ambiente, como guía para la aplicación de la Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible;

(...)” (Consejo Presidencial Andino, 2021).

²⁵⁸ En su oportunidad se consideró expresamente que “[p]ara perfeccionar el mercado subregional de bienes es necesario impulsar un conjunto de acciones en el campo (...) de la competencia” (Maldonado 1999: 27). Ello, es cierto, pero solamente de modo parcial, pues la intensificación del proceso competitivo debe asegurarse en los mercados donde concurren todos los factores económicos, tales como servicios, capitales y prestaciones personales.

²⁵⁹ En el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina existen previstos mecanismos generales de cooperación, conforme lo establece la Decisión 608:

“Artículo 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de

comunitaria en su diseño y aplicación, a cargo de autoridades que conforman el cuerpo orgánico de la Comunidad Andina.

2.3.1. Objetivos y mandatos del Derecho comunitario andino originario

Conforme fue señalado anteriormente, los objetivos del Acuerdo de Cartagena, incluidos aquéllos relacionados con el establecimiento de un espacio económico integrado, persiguen como finalidad, según lo expresamente señalado en este instrumento fundacional: “procurar un mejoramiento persistente en el nivel de vida de los habitantes de la Subregión”²⁶⁰. Ello implica necesariamente la mejora del bienestar de los ciudadanos y las familias que conforman la población de los Estados miembros, mejorando su nivel de vida. En términos tangibles y económicos, lo antes señalado implica promover el aumento de su bienestar como consumidores de bienes y servicios, a través del incremento de sus excedentes²⁶¹, lo cual se encuentra alineado con el propósito de las normas de defensa de la competencia, que es evitar y corregir afectaciones a la competencia efectiva en los mercados, con el fin de promover la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores.

Bajo este entendimiento, desde su suscripción en 1969, el Acuerdo de Cartagena presenta un capítulo especialmente dedicado a la defensa de la competencia que, además, prevé la existencia de medidas de defensa comercial, tales como derechos antidumping y derechos compensatorios contra subvenciones²⁶², bajo el título de *Competencia Comercial*²⁶³. Este tratado fundacional determina, en su artículo 93°, que

entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.”

²⁶⁰ Citas textuales del artículo 1° del Acuerdo de Cartagena. Cabe señalar que, desde su versión original del año 1969, antes de ser modificado, este acuerdo mantiene intacta la determinación de esta finalidad del proceso de integración andino.

²⁶¹ El excedente del consumidor es “[l]a diferencia entre el valor de los bienes y servicios para los consumidores y el gasto que dichos consumidores erogarán para adquirirlos” (Coloma, 2003, p. 31).

²⁶² Estas estipulaciones deben interpretarse alineadas con los compromisos asumidos por los cuatro Estados miembros de la Comunidad Andina en el Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 y el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Complementarias de la Organización Mundial del Comercio.

²⁶³ Sobre los inicios del proceso de integración andino, algunos han considerado que las políticas de competencia no eran percibidas como una materia imprescindible en el aseguramiento del libre comercio, debido a la visión proteccionista que imperaba en la región y que era subyacente al proceso de integración andino. En este sentido, se ha señalado respecto de la visión del proceso de integración

corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina adoptar, a propuesta de la Secretaría General, “las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente.” Asimismo, dicho artículo señala que “[c]orresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien”²⁶⁴.

Así, el objetivo de este mandato desde el Derecho originario andino consiste en prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia en los mercados de la Comunidad Andina. Ello habilita la existencia de un sistema comunitario de defensa de la competencia dirigido, precisamente, a prevenir y corregir conductas de agentes económicos que afecten la competencia efectiva, según el cual: i) la función normativa para la expedición de normas de defensa de la competencia corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina; y, ii) la autoridad de supervisar y aplicar dichas normas corresponde a la Secretaría General de esta organización internacional. De modo complementario, el artículo 94° del Acuerdo de Cartagena determina que los Estados miembros de la Comunidad Andina no podrán adoptar medidas correctivas en este ámbito, sin que hayan sido autorizados previamente por

andino en sus orígenes y primeros años que “en el año 1969, cuando se suscribió el Acuerdo de Cartagena, nuestros países no pensaban que iban a utilizar normas de competencia. Estábamos muy lejos en aquél momento, todavía teníamos gobiernos que implementaban las ayudas a nivel empresarial, grupos muy cerrados, aranceles muy altos. Éramos exportadores de únicamente productos tradicionales e importadores netos de productos terminados. Deseábamos expandir nuestras pequeñas producciones no tradicionales, aprovechando las ventajas de protecciones arancelarias y paraarancelarias altas. En otras palabras, las previsiones eran totalmente anticompetitivas” (Ortiz, 2005, p. 200).

²⁶⁴ Este mandato se contempla desde el texto original de 1969 del Acuerdo de Cartagena y señala íntegramente:

“Artículo 93.- Antes del 31 de diciembre de 1971 la Comisión adoptará, a propuesta de la Secretaría General, las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión, tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente. En este orden de ideas, la Comisión contemplará los problemas que puedan derivarse de la aplicación de los gravámenes y otras restricciones a las exportaciones. Corresponderá a la Secretaría General velar por la aplicación de dichas normas en los casos particulares que se denuncien.”

Debe precisarse que este mandato, en el texto original de 1969 del Acuerdo de Cartagena, preveía la referencia a la Junta del Acuerdo de Cartagena, órgano predecesor de la Secretaría General. Cfr. Artículo 75° del Acuerdo de Cartagena en su texto original.

dicha Secretaría General²⁶⁵, lo que marca una exclusividad en la corrección de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia en este espacio económico integrado.

En consecuencia, desde el Derecho comunitario andino originario o constitucional queda claramente establecido el objetivo y alcance de las normas de defensa de la competencia, así como la determinación de los órganos de la Comunidad Andina encargados de la función normativa en este ámbito, y de la supervisión y aplicación de las normas correspondientes. Asimismo, se establece una limitación para los Estados miembros, pues estos se encuentran impedidos de adoptar medidas correctivas, sin autorización comunitaria, contra conductas que puedan afectar el proceso competitivo en los mercados de la Comunidad Andina.

Sin embargo, no todo es claridad en los mandatos del Derecho comunitario andino originario. Como se aprecia del artículo 93° del Acuerdo de Cartagena, en este tratado fundacional no se evidencia una clara diferenciación entre la defensa de la competencia, disciplina que procura que exista –en el proceso competitivo– la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (*workable competition*), y las medidas de defensa comercial, que son disciplinas que procuran corregir o disminuir la intensidad de la competencia generada por mercancías importadas a precio dumping, entre otras causas.

Esta falta de una clara diferenciación nos alerta sobre una debilidad en el sistema andino de defensa de la competencia, debido a que las finalidades de estas diferentes disciplinas no son coincidentes, sino que pueden ser, en determinados casos, contradictorias. Las normas de defensa de la competencia promueven la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores; mientras que las normas sobre medidas de defensa comercial procuran la protección de la industria nacional de mercancías corrigiendo o disminuyendo la intensidad de la competencia, como se ha indicado, lo cual no beneficia a los ciudadanos en su condición de consumidores.

²⁶⁵ Esta previsión se contempla también desde el texto original de 1969 del Acuerdo de Cartagena, con la indicación, en su momento, de que tal autorización correspondía a la Junta del Acuerdo de Cartagena, órgano predecesor de la Secretaría. Cfr. Artículo 77° del Acuerdo de Cartagena en su texto original.

2.3.2. El control de conductas en el Derecho derivado

En desarrollo del mandato conferido por el Acuerdo de Cartagena, la Comisión de la Comunidad Andina, en marzo de 2005, expidió la Decisión 608, que establece las Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina. Esta Decisión sustituyó a su antecedente inmediato, la Decisión 285 de 1991, que tuvo mínima aplicación y un enfoque teórico concentrado en corregir o disminuir los efectos de la competencia al interior de los mercados de la Comunidad Andina que implicaran daño o perjuicios de naturaleza concurrencial²⁶⁶, lo cual evidenciaba la debilidad antes anotada, pues expresaba una confusión entre las distintas finalidades de las normas de defensa de la competencia y de las normas sobre medidas de defensa comercial.

La Decisión 608 determina como su objetivo “[l]a protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores”²⁶⁷. De modo concordante con estándares

²⁶⁶ El anterior cuerpo de normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina, establecido por la Decisión 285, resultó de aplicación para contados casos, siendo que, en todos ellos, se declaró improcedente o infundada la imputación contra los sujetos denunciados (Falla y Quintana, 2003, pp. 144-176). Asimismo, se ha considerado desde la doctrina que “el diseño normativo adoptado, principalmente con la Decisión 285, no produjo ningún resultado concreto”, debido a “[d]eficiencias estructurales y garrafales errores conceptuales, como la falta absoluta de dientes (ausencia de sanciones y facultades concretas de investigación) o el establecimiento de requisitos absurdos como la prueba del perjuicio o la amenaza del mismo a la industria nacional” (Cortázar, 2006, p. 126). Se ha dicho también, con razón, que la Decisión 285 “no tenía como objetivo garantizar las condiciones de competencia, por lo contrario, lo que trataba era de proteger la producción nacional” (Carrasco, 2011, p. 12).

Como antecedentes de las Decisiones 608 y 285 se encuentran las Decisiones 230 de 1987 y 45 de 1971, las cuáles no caracterizan expresamente la prohibición de prácticas de abuso de posición de dominio ni de prácticas colusorias anticompetitivas, las que sí se encuentran previstas en la Decisión 285. Sin embargo, cabe señalar que se evidenciaba una especial claridad en el entendimiento de la finalidad de la apertura comercial y de las normas de defensa de la competencia en las consideraciones de la Decisión 45 de 1971, pues estas se concentraban en que “el Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena tiene por objeto primordial, poner a la disposición de los consumidores subregionales un volumen creciente de bienes producidos en la Subregión en condiciones cada vez más favorables de calidad y precios”; mientras que las consideraciones y el contenido de la Decisión 230 de 1987 se concentraba en una perspectiva de protección de la industria nacional y de la corrección o disminución de los daños que esta podía recibir.

²⁶⁷ Cita textual del artículo 2° de la Decisión 608 de la Comunidad Andina. Se ha dicho sobre esta disposición en sede comunitaria andina que “se observa que el artículo 2 de la Decisión 608 tiene un contenido preceptivo en cuanto a la determinación del objetivo de esta Decisión, indicando que esta protege y promueve la libre competencia con la finalidad de procurar la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores” (Dictamen SGCA 03-2009 Ponce Villacís).

Asimismo, se ha entendido que las disposiciones de la Decisión 608, junto con las disposiciones de la Decisión 486, llegan a funcionar como mecanismos comunitarios de protección indirecta a los consumidores – ante la falta de normativa andina expresa para la protección al consumidor (Rejanovinschi, 2017, pp. 219-221). De manera paralela a ello, existen posturas que señalan la necesidad de aumentar la cobertura de la protección comunitaria al consumidor señalando que “es

internacionales (UNCTAD, 2002, p. 24), esta Decisión establece como principios fundamentales, tanto para su aplicación como para la aplicación de las normas de defensa de la competencia nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Andina, los siguientes:

- i) *principio de no discriminación*, dirigido a asegurar el trato igualitario en la aplicación de estas normas, a personas naturales y jurídicas, sin ninguna distinción;
- ii) *principio de transparencia*, dirigido a asegurar la publicidad de las normas y políticas en esta materia, así como de las decisiones de las autoridades competentes (organismos o tribunales) para su aplicación; y,
- iii) *principio de debido proceso*, dirigido a asegurar procesos justos, que aseguren un pleno ejercicio de participación, del derecho a probar y del derecho de defensa, así como la garantía de decisiones debidamente motivadas y recursos impugnatorios, lo cual debe aplicarse e interpretarse de modo concordante con el derecho al debido proceso reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual son parte todos los Estados miembros de la Comunidad Andina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior es una base valiosa y útil para la aplicación de normas de defensa de competencia en la Comunidad Andina. Sin embargo, consideramos que un marco de esta naturaleza debiera incluir además expresamente, como principios: i) la prohibición del abuso de posición de dominio y de las conductas colusorias anticompetitivas, extensiva a la legislación interna de cada uno de los Estados miembros; y, ii) aquellos referidos a la cooperación voluntaria entre autoridades de competencia nacionales y autoridades con atribuciones en espacios económicos integrados (UNCTAD, 2002, p. 24), también extensiva a la legislación interna de cada uno de los Estados miembros. Cabe anotar que la Decisión 608 o cualquier otra no

necesaria una decisión que establezca sus derechos de manera expresa” (Rejanovinschi, 2017, p. 252), llegándose a afirmar que esto debería darse “no solo por las ventajas que trae desde el punto de vista económico una integración así, sino porque los Consumidores Andinos tendrán un amplio espectro de protección mayor al que ya cuentan en sus Estados miembros.” (Leal, 2019, p. 37)

podría establecer principios referidos a la existencia o alcance o de un *control de estructuras*, debido a que el Acuerdo de Cartagena no prevé esta habilitación dado que se refiere únicamente a prácticas, entendidas como conductas.

2.3.2.1. Ámbito de aplicación

La Decisión 608 goza de *preeminencia, aplicación directa y efecto directo* en los territorios bajo jurisdicción de los Estados miembros y resulta aplicable a todo aquél que califique como agente económico, que es definido como un sujeto de derecho, público o privado, sin importar si posee o no finalidad de lucro, que concurre en el mercado desde el lado de la oferta o desde el lado de la demanda de bienes o servicios. Califican como agentes económicos para la aplicación de esta Decisión también las asociaciones o gremios que agrupan a los sujetos antes señalados²⁶⁸.

Desde la determinación de su ámbito de aplicación objetivo y territorial, esta Decisión se dirige sobre conductas que implican colusiones anticompetitivas o abusos de una posición de dominio, desarrollados en: i) “[e]l territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país”; y, ii) “[e]l territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros”²⁶⁹ (lo que implica la concreción de la *teoría de los efectos*). En los demás casos, fuera de este ámbito de aplicación objetivo y territorial, conforme al mandato de la propia Decisión 608, corresponde la aplicación de las legislaciones nacionales de los respectivos Estados miembros, bajo la competencia de sus autoridades nacionales²⁷⁰.

²⁶⁸ Cfr. Artículo 1° de la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

²⁶⁹ Cita textual tomada del artículo 5° de la Decisión 608. Esta distribución de competencia responde a la lógica del *principio de subsidiariedad* desarrollado en el sistema comunitario europeo y decantado también para el sistema comunitario andino, que deja en nivel nacional el tratamiento de casos en los que implementar una solución en este nivel es más eficiente. El *principio de subsidiariedad* postula que solamente se otorgará competencia a los órganos de nivel comunitario si su acción es una acción más eficiente que la acción a nivel nacional, a cargo de cada Estado miembro. Se reconoce para el caso de la integración europea que “la Comunidad no debe actuar más que cuando un objetivo pueda conseguirse en mejores condiciones en el plano comunitario que en el de los Estados miembros (...) [ello] está doblemente condicionado por una insuficiencia de la acción estatal y por una mayor eficacia a nivel de la Comunidad” (contenido de corchetes añadido) (Isaac 1995: 57).

²⁷⁰ En este punto, a manera de referencia, cabe señalar que el sistema federal de Estados Unidos (de Norteamérica) prevé, como ámbito de aplicación de las normas de fuente federal, en los casos en que se pueda restringir el comercio entre los estados que conforman el sistema federal, una determinación

Al respecto, se ha dicho ya en el ámbito comunitario andino que “en la Comunidad Andina existen dos sistemas jurídicos –el nacional y el comunitario– en materia de competencia y que la convivencia de ambos se apoya en el reparto de competencias en razón de los efectos territoriales de las conductas investigadas” (Dictamen SGCAN 01-2007 Tucán Flowers y otros).

En síntesis, una conducta anticompetitiva con efectos en un Estado miembro de la Comunidad Andina puede ser investigada, analizada y, eventualmente, corregida y sancionada bajo la competencia administrativa de su autoridad nacional competente, siempre que dicha conducta no produzca también efectos en otro Estado miembro de la Comunidad Andina, pues sino resulta competente la Secretaría General de esta organización internacional, considerando la irrevocable preeminencia de la Decisión 608 sobre cualquier norma nacional que pudiera no estar alineada con su ámbito de aplicación.

En relación con las exclusiones o excepciones a las prohibiciones de conducta que determina, la Decisión 608 ha previsto:

“Artículo 6.- Los Países Miembros podrán someter a consideración de la Comisión, el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de la presente Decisión, de actividades económicas sensibles necesarias para lograr los objetivos fundamentales de su política, siempre y cuando éstas estén contempladas en la legislación nacional del país solicitante y que cumplan con las siguientes condiciones:

- a) Que reporten beneficios significativos al desarrollo de la producción, procesamiento, distribución o comercialización de bienes o servicios, o fomenten el progreso tecnológico o económico;
- b) Que signifiquen el otorgamiento de condiciones preferenciales a regiones deprimidas o actividades económicamente sensibles o, en cualquiera de los casos, en situación de emergencia;
- c) Que no conlleven a dichos agentes económicos, la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de la producción, comercialización o distribución de los bienes o servicios de que se trate; y,
- d) Que sean concordantes con el ordenamiento jurídico andino.

similar a la que se ha descrito para el sistema comunitario andino (Areeda y Kaplow, 1997, pp. 136-137).

Las exclusiones y excepciones deberán ser aprobadas, modificadas o eliminadas mediante Decisión, previa recomendación adoptada del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (Comité) a que se refiere el Capítulo VI, que será el responsable de su revisión periódica.

No podrá solicitarse exclusiones o excepciones a actividades económicas que, en el momento de la solicitud, estén siendo objeto de investigación.”

En este punto, aun cuando algunos consideran que el establecimiento de exclusiones o excepciones al ámbito de las normas de defensa de la competencia “son tan necesarias como las reglas mismas” (Cortázar, 2006, p. 144), cabe resaltar que siempre resultan un asunto especialmente delicado pues estas son capaces de afectar la competencia efectiva, en este caso, en alguno de los mercados de la Comunidad Andina y por ello, en principio, no resultan recomendables. Debe recordarse que el estándar internacional recomienda que las excepciones que se establecen sobre la aplicación de las normas de defensa de la competencia, en caso de existir, deben estar claramente limitadas, su interpretación siempre debe ser restrictiva y deben estar siendo constantemente evaluadas (OCDE, 2019b, p. 6).

Como se aprecia de la norma citada, la Decisión 608 ha previsto que las exclusiones o excepciones sobre determinadas actividades económicas solamente pueden ser determinadas por Decisión de la Comisión Andina y siempre que pretendan ser un reflejo de la legislación del Estado miembro solicitante. Ello parece configurar una primera barrera efectiva para evitar perforaciones del proceso competitivo, que se suma a la exigencia del cumplimiento conjuntivo de las cuatro condiciones antes citadas, entre las cuales se procura evitar la eliminación de la competencia respecto de un determinado mercado.

2.3.2.2. Conductas prohibidas y tipos sancionadores

La Decisión 608 fue emitida por la Comisión de la Comunidad Andina considerando expresamente “[q]ue, la actual etapa del proceso de integración (...), de apertura comercial y globalización imponen que el objeto de la normativa comunitaria sea la protección de la libre competencia en la Comunidad Andina, así como su promoción a

nivel de los agentes económicos que operan en la Subregión, para asegurar que no se menoscaben los beneficios logrados en el marco de este proceso de integración”²⁷¹.

Bajo esta precisión de alcance, la Decisión 608 habilita a la Secretaría General, como autoridad comunitaria, a supervisar y, de ser el caso, disponer sanciones y medidas correctivas sobre agentes económicos que afecten indebidamente la competencia efectiva en la Comunidad Andina mediante el desarrollo de conductas en el mercado, prohibiendo las colusiones anticompetitivas²⁷² y el abuso de una posición de dominio, conforme se detalla a continuación:

Cuadro 2
Conductas colusorias prohibidas, corregibles y sancionables por las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina

Listado de conductas que se presumen restrictivas de la competencia Artículo 7° de la Decisión 608(*)
a) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización.
b) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de restringir la oferta o demanda de bienes o servicios.
c) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de repartir el mercado de bienes o servicios.

²⁷¹ Cita textual tomada de los considerandos de la Decisión 608.

²⁷² Entre los escasos estudios e investigaciones que existen sobre esta materia en la Comunidad Andina, algunos, confundiendo el *control de conductas* con el *control de estructuras*, han sostenido que “[e]l Art. 7 hace una recopilación de casi todas las conductas que se pueden calificar de anticompetitivas (...) deja de lado una muy importante que son las afectaciones al mercado cuando se dan fusiones (llamada *mergers* en la legislación Norteamericana)” (Jativa, 2008, p. 14). Por otra parte, cabe notar que la Decisión 608, junto con las legislaciones de Colombia, Perú y Ecuador, han seguido el modelo de prohibición de acuerdos anticompetitivos y abuso de posición de dominio de manera separada, en contraposición del modelo mexicano (usado también en Bolivia) de separación prácticas anticompetitivas absolutas y relativas (Cortázar, 2012, p. 144), aun cuando Perú presenta un esquema híbrido, pues también tiene disposiciones específicas que someten a determinadas conductas bajo una prohibición absoluta o bajo una prohibición relativa.

d) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado.

e) Acuerdos que tengan el propósito o efecto de establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

(*) La Decisión 608, en su artículo 1°, señala textualmente que *Acuerdo* es “todo contrato, convenio, arreglo, combinación, decisión, recomendación, coordinación, concertación u otros de efectos equivalentes realizados entre agentes económicos o entidades que los agrupen”. Esta consideración incluiría, materialmente, el mismo alcance objetivo del artículo 101° del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea que se refiere a “acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”.

Asimismo, en su artículo 7°, señala que se excluyen de las conductas prohibidas los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Fuente: Decisión 608 de la Comunidad Andina / Elaboración propia (Stucchi, 2006, p. 85).

Cuadro 3

Conductas de abuso de posición de dominio prohibidas, corregibles y sancionables por las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina

Listado de conductas que se presumen abusivas Artículo 8° de la Decisión 608(*)
a) Fijación de precios predatorios.
b) Fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios.
c) Subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos.
d) Adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva.
e) Negativa injustificada a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación de productos o servicios.
f) Incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros.
g) Conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.
(*) La Decisión 608, en su artículo 9°, señala textualmente que: “[s]e entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de

restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad.

Fuente: Decisión 608 de la Comunidad Andina / Elaboración propia (Stucchi, 2006, p. 85).

De este modo, la Decisión 608 establece un *control de conductas comunitario* que, al tiempo de determinar conductas prohibidas en la Comunidad Andina, prevé un elenco de tipos sancionadores expresados en descripciones de conductas que se presumirán como infractoras y merecedoras de una sanción en tanto configuren una conducta anticompetitiva. Estas presunciones de conductas infractoras necesariamente requieren, para vencer la *presunción de inocencia* que corresponde a todo sujeto de derecho, en el marco del *principio de debido proceso* antes señalado, que la actividad probatoria en el proceso administrativo comunitario compruebe el propósito o efecto restrictivo de la libre competencia, según corresponda²⁷³, de la conducta tipificada e imputada en el caso concreto.

Aun cuando esta tesis no se propone un análisis exhaustivo acerca de la materia sustantiva de las conductas prohibidas, corregibles y sancionables por mérito de la Decisión 608, cabe señalar que la autoridad comunitaria no se encuentra limitada por

²⁷³ “Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

- a) Fijar directa o indirectamente precios u otras condiciones de comercialización;
- b) Restringir la oferta o demanda de bienes o servicios;
- c) Repartir el mercado de bienes o servicios;
- d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,
- e) Establecer, concertar o coordinar posturas, abstenciones o resultados en licitaciones, concursos o subastas públicas.

Se excluyen los acuerdos intergubernamentales de carácter multilateral.

Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”

Cita textual de la Decisión 608. Subrayado añadido.

una tipificación cerrada, sino que tiene a su disposición un tipo sancionador abierto que resulta suficiente para la defensa de la libre competencia en la Comunidad Andina. Al efecto, en el caso de las conductas colusorias prohibidas antes señaladas, se detalla, por ejemplo, como conducta genérica sancionable aquél acuerdo que tenga el propósito o efecto de impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado (indicada en el literal d) del artículo 7°); mientras que, en el caso de las conductas de abuso de una posición de dominio, antes señaladas, se detalla como conducta genérica sancionable aquélla que impida o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica (indicada en el literal g) del artículo 8°). Esta tipificación abierta debe utilizarse con extrema prudencia para cumplir con el *principio de debido proceso*, que implica un irrestricto de derecho de defensa.

2.3.2.3. Órganos competentes para el control de conductas

Los órganos competentes de la Comunidad Andina que participan en el proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia son la Secretaría General y el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, el Comité). Este último es un órgano establecido por la propia Decisión 608 y se encuentra conformado por un representante de cada autoridad en materia de defensa de la competencia de cada uno de los Estados miembros de la Comunidad Andina, quienes tienen el derecho y obligación de actuar con independencia de criterio²⁷⁴.

La Secretaría General tiene a su cargo la tramitación del proceso y es el órgano que emite el acto administrativo comunitario que resuelve el caso; mientras que el Comité es un órgano técnico y deliberante que se encuentra dedicado a generar insumos que permitan a la Secretaría General decidir, en cada caso concreto, contando con la mayor cantidad y calidad de elementos de reflexión necesarios para ello.

²⁷⁴ Cfr. Artículos 38°, 40° y 41° de la Decisión 608. La participación de los miembros del señalado Comité no se realiza en defensa de los intereses particulares de cada Estado miembro del que provienen, a diferencia de lo que ocurriría en el escenario de una negociación internacional. Este Comité, en consecuencia, es un órgano de naturaleza técnica y comunitaria.

Asimismo, como se podrá apreciar con detalle en el numeral siguiente, en el proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia, las autoridades nacionales de defensa de la competencia actúan como órganos competentes cooperantes de las autoridades de nivel comunitario. Cooperan en materia de investigación, de actuación probatoria y de ejecución de mandatos, entre otros, con la autoridad comunitaria. Así, actúan como el *brazo extendido* de la Secretaría General, siendo ejecutoras de los actos de investigación y de los mandatos que esta disponga, en el territorio bajo su jurisdicción.

2.3.2.4. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo comunitario

Los espacios comunitarios de la Unión Europea y de la Comunidad Andina nos hacen constatar que los procesos de diversa índole, normativos, administrativos y jurisdiccionales, entre otros, que despliegan el ejercicio de poder público, no solamente se presentan en sede estatal, sino que se presentan también en estas sedes comunitarias, donde los Estados comparten cuotas de poder público. Este es el caso del proceso administrativo comunitario para la determinación de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia, que regula la Decisión 608²⁷⁵.

Este proceso administrativo comunitario puede ser iniciado de oficio por la Secretaría General de la Comunidad Andina o a pedido de un solicitante. Bajo un modelo de legitimidad abierta, pueden constituirse como solicitantes en este proceso: i) las autoridades nacionales de defensa de la competencia; ii) los organismos nacionales de integración de cada Estado miembro²⁷⁶; iii) las asociaciones de consumidores; y, iv) en general, las personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado²⁷⁷.

²⁷⁵ Cualquier aspecto no contemplado expresamente en el procedimiento administrativo especial será regulado supletoriamente por las normas contenidas en la Decisión 425 de la Comunidad Andina que establece reglas generales para todos los procedimientos administrativos comunitarios.

²⁷⁶ Los Estados miembros, conforme al Acuerdo de Cartagena, de modo general, deben determinar su organismo nacional de integración, que mantendrá coordinaciones con la Secretaría General de la Comunidad Andina en las materias del proceso de integración andino. Cfr. Artículo 30° del Acuerdo de Cartagena.

²⁷⁷ Cfr. Artículo 10° de la Decisión 608.

Una de las condiciones de procedencia para el inicio del proceso es la existencia de indicios de que se hayan realizado conductas “que pudieran restringir de manera indebida la competencia en el mercado”, es decir en contrariando las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina²⁷⁸. Cumplido ello y verificada la competencia de la Secretaría General, esta emite el pliego de cargos y configura la imputación correspondiente. Asimismo, en el acto de apertura del proceso, la Secretaría General, en consideración del alcance del mercado posiblemente afectado por los efectos nocivos de las conductas bajo investigación, identifica a las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros que cooperarán con las autoridades comunitarias en la sustanciación del proceso²⁷⁹, viabilizando el acopio las pruebas necesarias para sustentar su pronunciamiento respecto de cada caso, de conformidad con el Plan de Investigación²⁸⁰. Esta cooperación, no cabe duda, se inspira en lo normado por el Reglamento 1/2003 de la Unión Europea, conforme hemos apreciado previamente en este mismo capítulo.

La Secretaría General y las autoridades nacionales de defensa de la competencia cuentan con amplias facultades de investigación²⁸¹. En este proceso, se prevé un

²⁷⁸ Cfr. Artículo 10° de la Decisión 608.

²⁷⁹ Cfr. Artículo 14° de la Decisión 608.

²⁸⁰ El Plan de Investigación debe contener, entre otros, las acciones de investigación a realizarse por el instructor comunitario originario y por los instructores estatales delegados, el orden y la oportunidad en que estas acciones se llevarán a cabo. Cfr. Artículo 15° de la Decisión 608. En este punto no conviene que se haya determinado que el Plan de Investigación debe ser notificado a las partes interesadas, entendiendo por estas al solicitante y a quien ocupe la posición procesal de denunciado. Como se ha señalado en otra sede “[e]sto es peligroso para el éxito probatorio, debido a la dificultad de probanza que existe sobre las conductas que restringen la libre competencia, pues esta dificultad inherente al proceso puede verse significativamente aumentada si se le anticipa a un denunciado, por ejemplo, la realización de una visita de inspección para verificar si se producen negativas injustificadas a satisfacer demandas de compra o adquisición como un posible acto de abuso de posición de dominio. Si se avisa al denunciado de una visita como la referida, es sumamente probable que cese la conducta imputada, fracasando la finalidad probatoria de la visita”, en este sentido se debiera interpretar que “si dicho plan contiene el detalle de realización de actuaciones que requieren el factor sorpresa para lograr el éxito probatorio, éste debe ser notificado al momento de la actuación misma de dichas pruebas” (Stucchi, 2006, p. 93).

²⁸¹ Al respecto, La Decisión 608 establece:

“Artículo 16.- La Secretaría General y las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, en las investigaciones que se les encomiende realizar al amparo de la presente Decisión, podrán:

a) Exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, incluyendo los libros contables y societarios, los comprobantes de pago, la correspondencia comercial y los registros magnéticos incluyendo, en este caso, los programas que fueran necesarios para su lectura;

primer periodo probatorio, en el cual las actuaciones de instrucción que corresponden, fundamentalmente, a las autoridades nacionales de defensa de la competencia se deben desarrollar en un plazo máximo de noventa días (90) luego de comunicado el Plan de Investigación. Dichas autoridades deberán remitir a la Secretaría General todo el acervo probatorio que hayan recolectado y los informes que correspondan²⁸². Asimismo, se prevé un segundo periodo probatorio que se extiende por cuarenta y cinco (45) días adicionales, correspondiendo a la Secretaría General realizar la verificación y el procesamiento de la información, así como desarrollar las actuaciones complementarias que considere convenientes, incluso solicitando a las autoridades nacionales su cooperación para ello. En ambos periodos las partes tienen pleno derecho de aportar medios probatorios y presentar los argumentos que consideren convenientes, incluyendo la realización de audiencias públicas²⁸³, con una amplitud de medios que refleja la inspiración en la experiencia europea.

Concluido el segundo periodo probatorio, la Secretaría General cuenta con diez (10) días para elaborar un informe en el que se registren los resultados de la investigación, que debe ser notificado a todas las autoridades nacionales de competencia que hayan cooperado en la investigación, a las partes del proceso y a cada uno de los miembros del Comité. Es de observar que la oportunidad de emisión de este informe y su contenido nos revela que se inspira en la consulta que la Comisión Europea formula al *Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes*,

así como solicitar información referida a la organización, los negocios, la composición accionaria y la estructura de propiedad de las empresas;

b) Citar e interrogar, a través de los funcionarios que se designe para el efecto, a los agentes económicos materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, utilizando los medios técnicos que considere necesario para generar un registro completo y fidedigno de sus declaraciones, pudiendo para ello utilizar grabaciones magnetofónicas o grabaciones en video; y,

c) Realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los locales de las personas naturales o jurídicas y examinar los libros, registros, documentación y bienes, pudiendo comprobar el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas que en ellos se encuentren. En el acto de la inspección podrá tomarse copia de los archivos físicos o magnéticos, así como de cualquier documento que se estime pertinente o tomar las fotografías o filmaciones que se consideren necesarias. Para ingresar a los locales podrá solicitarse el apoyo de la fuerza pública. De ser necesario el descerraje en el caso de locales que estuvieran cerrados será necesario contar con autorización judicial.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los literales precedentes, para realizar la investigación será aplicable la legislación nacional en materia de libre competencia del País Miembro en el que tenga lugar la acción concreta de investigación, en lo que corresponda a la determinación del procedimiento a aplicar, facultades de la autoridad, pruebas y demás actuaciones.”

²⁸² Cfr. Artículo 17° de la Decisión 608.

²⁸³ Cfr. Artículo 17°, 19° y 26° de la Decisión 608.

antes de pronunciarse, entre otros, sobre una infracción producto de una investigación, imponer un remedio estructural o de comportamiento, ordenar medidas cautelares y aceptar compromisos de cese, conforme establece el Reglamento N° 1/2003²⁸⁴.

En esta fase del proceso, a cargo de la Secretaría General de la Comunidad Andina, las partes puedan presentar consideraciones, a manera de alegatos, durante los quince (15) días siguientes a la notificación del informe de dicho órgano comunitario. La Secretaría General remitirá también a los miembros del Comité las consideraciones que las partes hayan presentado.

Luego de ello, se inicia una *fase de reflexión* con la convocatoria realizada por la Secretaría General a los miembros del Comité para que estos se reúnan en el plazo de veinte (20) días y puedan emitir un informe en el que se determine su apreciación sobre el caso en trámite, presentando conclusiones y recomendaciones a la Secretaría General. Este informe del Comité puede ser emitido, como máximo, solamente después de treinta (30) días desde que la Secretaría General convocó a la reunión del Comité.

Si bien el informe de este Comité no vincula a la Secretaría General y ésta podrá apartarse de todas y cada una de las conclusiones y recomendaciones que hubiera expresado el Comité, para ello deberá motivar expresamente el sustento correspondiente en la resolución sobre el fondo del caso²⁸⁵. Se aprecia, entonces, que tal informe condiciona a la Secretaría General y le exige una legitimidad técnica al obligarla a motivar su discrepancia sobre lo considerado y recomendado por el Comité. Asimismo, esta *fase de reflexión* contempla un mecanismo de celeridad, pues si el Comité no emite su informe en el plazo antes señalado se presume que coincide

²⁸⁴ Cfr. Artículo 14° del Reglamento 1/2003.

²⁸⁵ Cfr. Artículos 21° y 22° de la Decisión 608. Un reto especial presenta el Reglamento Interno del Comité para la motivación de la Secretaría General, en cuanto define a la mayoría simple como la regla para la adopción de los informes del Comité en esta *fase de reflexión*, con la posibilidad de dejar a salvo opiniones distintas de sus miembros:

“Artículo 13.- El Comité adoptará sus decisiones por consenso de los miembros presentes, salvo cuando se traten temas a que se refiere el artículo 21 de la Decisión 608. En este caso, la recomendación se adoptará por el voto confluente de por lo menos tres (3) miembros. Los miembros del Comité en minoría podrán aclarar o salvar su posición.” (Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, 2005).

con los extremos del informe de la Secretaría General que le fue puesto en conocimiento. En este caso, la Secretaría General resuelve sin condicionamiento alguno el caso (Stucchi, 2006, pp. 95-96).

En cuanto a las medidas que puede determinar la Secretaría General, como autoridad comunitaria, esta se encuentra facultada a ordenar:

- i) *Medidas cautelares* ante la acreditación de “la inminencia de daño o de un perjuicio irreparable o de difícil reparación” y del interés legítimo del solicitante de la medida, pudiendo exigir la correspondiente contracautela o instrumento de resguardo similar²⁸⁶. En caso la Secretaría General percibiera la necesidad de ordenar una medida cautelar de oficio, la autoridad nacional de defensa de la competencia del Estado miembro de la Comunidad Andina en el que se habría de aplicar la medida cautelar que se pudiera ordenar debe emitir opinión motivada²⁸⁷.
- ii) *Medidas correctivas* ante la determinación de una conducta contraria a las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina, con el propósito de evitar que la conducta continúe en el futuro y de corregir la situación generada o distorsionada por la conducta infractora²⁸⁸. La Decisión 608 guarda el silencio acerca de la habilitación a la Secretaría General para ordenar un *remedio estructural* cuando no se aprecie eficaz un *remedio de conducta*, lo que sí se encuentra expresamente habilitado para la Comisión Europea²⁸⁹ en su caso.

²⁸⁶ Para la imposición de medidas cautelares, la Decisión 608 guarda silencio sobre la exigencia de acreditar apariencia o verosimilitud de derecho sobre que la conducta imputada sea restrictiva de la libre competencia. Pese a dicho silencio, resulta claro que la Secretaría General no podría ordenar en ningún caso una medida cautelar contra una conducta que posee apariencia de licitud. Siendo así, la acreditación de un daño o de un perjuicio por sí misma no bastará, debido a que la actividad concurrencial por su propia naturaleza es generadora de daños que son lícitos ante el ordenamiento jurídico por ser derivados de la competencia y de la pugna empresarial por lograr transacciones, en la que saldrá triunfadora la empresa más eficiente. Para la imposición de medidas cautelares será necesario, en consecuencia, contar con pruebas o indicios de que el daño inminente es causado, de modo verosímil, por una conducta restrictiva del proceso competitivo.

²⁸⁷ Cfr. Artículo 31° de la Decisión 608.

²⁸⁸ Cfr. Artículo 34° de la Decisión 608.

²⁸⁹ Cfr. Artículo 7° del Reglamento 1/2003.

- iii) *Medidas sancionadoras* ante la determinación de una conducta contraria a las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina, lo que implica el otorgamiento de *ius puniendi* para este órgano comunitario. Ello es definitivamente necesario y concordante con la naturaleza de sus funciones en este proceso administrativo comunitario para la determinación de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia y concordante con la experiencia europea.

Para tal efecto, se consideran principios de razonabilidad y proporcionalidad en la graduación de la sanción que corresponda, debiendo tomar en cuenta para tal fin, “la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.”²⁹⁰ En caso de multa, la Secretaría General deberá indicar los alcances y condiciones de dicha obligación pecuniaria, teniendo como límite de ella un máximo de diez por ciento (10%) de los ingresos totales brutos del infractor en el año previo a aquél en el que se emite el pronunciamiento definitivo en el proceso²⁹¹, lo que resulta claramente inspirado en la experiencia europea²⁹². El objetivo es que no resulte beneficioso afectar la competencia efectiva en alguno de los mercados de la Comunidad Andina, previendo y aplicando, cuando corresponda, sanciones disuasivas, que resulten proporcionales y no retiren del mercado al infractor por resultar excesivas, provocando su insolvencia o quiebra.

²⁹⁰ Cita textual tomada del artículo 34° de la Decisión 608.

²⁹¹ Cfr. Artículo 34° de la Decisión 608.

²⁹² Cfr. Artículo 23° del Reglamento 1/2003.

La ejecución de las medidas antes señaladas recae sobre los Estados miembros de la Comunidad Andina en cuyo territorio: i) deban cesar (cautelar o definitivamente) las conductas aparentemente contrarias o declaradas contrarias a las normas de defensa de la competencia; o, ii) posea su establecimiento o centro de negocios el agente sobre el cual recae la obligación de determinada medida. Los Estados miembros deberán ejecutar tales medidas conforme lo dispongan sus normas nacionales, comunicando a la Secretaría General sobre las acciones tomadas para tal efecto²⁹³.

Complementariamente, cabe señalar que el agente económico denunciado ante la Secretaría General puede presentar ante esta una declaración de voluntad destinada a ofrecer un compromiso para cesar la conducta que se le ha imputado. Para presentar dicha declaración tiene, como plazo, veinte (20) días hábiles desde que se publica la resolución que admite a trámite el proceso en su contra. La Secretaría General deberá decidir si acepta o no la propuesta de cese presentada por el denunciado, convocando al Comité para recibir su recomendación. En caso de aceptar la propuesta, el proceso concluye con una resolución que establece los compromisos que corresponden al denunciado²⁹⁴. La institución misma del *compromiso de cese*, así como la previsión de la consulta ante el Comité ante de la aceptación, se encuentran también inspiradas en la experiencia europea, considerando que dicha institución permite mejorar la eficacia de la detección y eliminación de *cárteles*. Sin embargo, en un reciente caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, al tiempo de desestimar la solicitud de compromiso de cese de determinadas empresas investigadas, ha señalado que:

“El compromiso de cese es una figura jurídica que coadyuva a restablecer la libre competencia y corregir distorsiones en el mercado a un bajo costo y permite a la autoridad ahorrar recursos que serían irrogados en costosos procesos administrativos. Sin embargo, la utilización de este mecanismo por parte de la autoridad no pretende crear una indeseable impunidad de los infractores ni permitir que prácticas anticompetitivas que afecten significativamente el bienestar de los consumidores y a la economía en general sean exentas de las sanciones correspondientes.

²⁹³ Cfr. Artículo 35° de la Decisión 608.

²⁹⁴ Cfr. Artículos 27°, 28° y 30° de la Decisión 608. Si los compromisos asumidos por el denunciado son incumplidos, se desencadenará el inicio de un nuevo proceso con la imposición inmediata de medidas cautelares. Al efecto, la Secretaría General monitoreará el caso y el cumplimiento de los compromisos, exigiendo informes trimestrales. En caso de no aceptarse la propuesta de compromiso, el proceso continuará como se ha descrito.

Cabe señalar que la figura de los compromisos voluntarios, si bien se encuentra regulada en algunas de las legislaciones de los Países Miembros y a nivel comunitario, dicha figura en los últimos años ha sido poco utilizada por los agentes económicos, por cuanto éstos han preferido acogerse al programa de clemencia o delación, dado que resultaría ser un mecanismo más eficiente de colaboración para los agentes involucrados en conductas anticompetitivas y que a nivel internacional habría demostrado ser una herramienta más efectiva para la detección y sanción de los cárteles.” (Secretaría General, 2017, p. 4).

El sistema comunitario de defensa de la competencia no cuenta con un *programa de clemencia*, como si ocurre en el ámbito de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea. Este programa implica, como se ha indicado previamente, el planteamiento de un incentivo que permite una exoneración de la sanción total o parcial, con base en una colaboración eficaz (*leniency* en inglés) de un infractor y que es aplicable a la investigación de *cárteles*, implica una delación compensada, y es reconocido como una de las principales herramientas en la investigación, eliminación y sanción contra ellos, conforme se estima en la recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos de la OCDE (2019a).

Finalmente, como se ha referido previamente, en todo caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, conforme al tratado de su creación, podrá conocer y resolver las acciones de nulidad que, para efectos de su revisión jurisdiccional, sean presentadas por las partes del proceso administrativo comunitario para la determinación de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia. Ello, en caso de que alguna de estas partes considere que una resolución expedida por la Secretaría General de la Comunidad Andina en este proceso, que tiene calidad de acto administrativo, es contraria al contenido mismo de la Decisión 608, en la forma o en el fondo, o contraria a alguna otra norma que conforma el ordenamiento jurídico de la Comunidad Andina²⁹⁵. Una acción de nulidad, bajo este entendimiento, reviste las condiciones jurídicas de una revisión judicial como las que se producen en un proceso contencioso administrativo, lo que resulta concordante con las prácticas internas de los Estados miembros y similar a lo que ocurre en el proceso de integración en la Unión Europea.

²⁹⁵ Cfr. Artículos 17° a 22° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina.

2.3.3. Promoción de la competencia en la Comunidad Andina

Además del mecanismo de *control de conductas* antes detallado, la Decisión 608, tiene un capítulo específicamente dedicado a la promoción de la competencia que establece:

“CAPÍTULO V

PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA

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

Artículo 37.- Los Países Miembros establecerán mecanismos para procurar el perfeccionamiento de los instrumentos comunes y el fortalecimiento de las autoridades nacionales competentes en materia de libre competencia, mediante programas de intercambio de información y experiencias, de entrenamientos técnicos, y de recopilación de jurisprudencia y doctrina administrativa, relacionados con la defensa de la libre competencia.”

Como se aprecia, entre otros, este capítulo establece que el Comité se encuentra habilitado a emitir recomendaciones tendientes a eliminar lo que se entiende como *barreras burocráticas* que, por ser contrarias a principios de razonabilidad, de proporcionalidad o de simplificación administrativa; o, contrarias a normas imperativas, sean capaces de afectar la libertad económica en los mercados de la Comunidad Andina y, en consecuencia, la competencia efectiva. Esta función encomendada al Comité debe desarrollar propiamente lo que se entiende por *abogacía* o *promoción de la competencia*, con el propósito de contribuir con la calidad regulatoria en los mercados de la Comunidad Andina, identificando y revisando políticas públicas y regulación que pudiera generar restricciones innecesarias sobre el proceso competitivo, en concordancia con la correspondiente recomendación de la OCDE (2019b).

Debe notarse, asimismo, que la primera parte del artículo 36° citado vincula a los Estados miembros para que “[e]n la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado” no entorpezcan ni distorsionen la competencia en los mercados de la Comunidad Andina. Debe considerarse que, en caso los Estados

miembros no cumplieran con esta obligación, se encuentra habilitada la vía de la acción de *incumplimiento* para determinar el eventual incumplimiento de esta obligación de no hacer, emanada de esta norma comunitaria (Dictamen SGCAN 01-2007 Tucán Flowers y otros).

Finalmente, el artículo 37° citado determina que los Estados miembros de la Comunidad Andina deben establecer mecanismos para fortalecer las normas de defensa de la competencia y a sus autoridades nacionales de competencia, lo que sugiere el efectivo funcionamiento de una *Red Andina de Autoridades de Competencia*, en cumplimiento de tal mandato, como espacio propicio para desarrollar programas de intercambio de información y experiencias (que incluye información y experiencias en la investigación, corrección y sanción de casos concretos bajo el alcance de sus jurisdicciones estatales); y, entrenamientos técnicos que permitan compartir las fortalezas de cada autoridad nacional, la jurisprudencia relevante y la doctrina en esta materia.

2.3.4. Principales pronunciamientos y jurisprudencia

La Decisión 608 ha tenido una exigua aplicación. Entre los pocos casos referidos a este instrumento normativo comunitario²⁹⁶, se encuentran cuestionamientos sobre

²⁹⁶ Deliberadamente no se considera en esta referencia el caso tramitado para la aplicación de las prohibiciones establecidas por la Decisión 285, predecesora de la Decisión 608, iniciado por denuncia de Confederación Nacional de Palmicultores y Empresas de Palma Aceitera del Perú. Conforme se señaló expresamente en la Resolución 984 de la Secretaría General de la Comunidad Andina: “la solicitud fue presentada al amparo de la Decisión 285, en su calidad de norma comunitaria entonces vigente en materia de distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia; (...) al haber entrado en vigencia la Decisión 608 el 5 de abril de 2005, y en la medida que esta no prevé el tratamiento que deba dar la Secretaría General a los procedimientos iniciados pero no concluidos bajo la Decisión 285, la Secretaría General determinó adecuar la tramitación del procedimiento [solamente] en lo adjetivo a lo dispuesto en la Decisión 608” (contenido de corchetes añadido).

Cfr. Resoluciones 984 y 1040 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Cfr. Sentencia emitida en el Proceso acumulado 01-AN-2006, 02-AN-2006 y 01-AN-2007 (Grandinos S.A y otros v. Secretaría General).

conductas de Estados miembros mediante acciones de incumplimiento; aplicación de normas comunitarias en calidad de normas internas para los casos de Bolivia y Ecuador, en momentos en que estos Estados miembros no contaban con normas nacionales de defensa de la competencia; e, interpretaciones prejudiciales. Son minoritarios los casos en los que se ha aplicado las normas contenidas en la Decisión 608 en un proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas anticompetitivas en la Comunidad Andina y luego en una revisión judicial comunitaria, conforme se aprecia a continuación.

2.3.4.1. Dictamen SGCAN 01-2007 (Tucán Flowers)

Este dictamen de la Secretaría General de la Comunidad Andina fue emitido ante reclamo formulado en junio de 2006 por empresas dedicadas a la producción y exportación de flores contra Colombia, entre otros, por posible incumplimiento del artículo 36° de la Decisión 608, que establece que “[e]n la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional.”

Las empresas reclamantes alegaron que el incumplimiento de Colombia se manifestaba en la aplicación, discriminatoria e injustificada, del *Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria* y del *Programa de Incentivo Sanitario para Flores*, establecidos por normas de fuente nacional y que beneficiaban a unos productores de flores colombianos y a otros no. Afirmaban que se había generado una disminución injustificada de la competencia en el mercado de la producción de flores para la exportación, debido a la forma de aplicación de tales políticas de incentivos, y que se había afectado la competencia de la Comunidad Andina en consideración a que la producción de flores para la exportación formaba parte de un mercado en la Comunidad Andina.

La Secretaría General dictaminó que no consideraba correspondiente emitir pronunciamiento sobre el fondo del caso, en atención a que no quedó acreditado que la aplicación de tales programas de incentivos fuera capaz de impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado andino. Así, este órgano comunitario señaló que las empresas reclamantes no presentaron prueba alguna sobre cómo dichos

programas de incentivos tenían efecto en otro Estado miembro de la Comunidad Andina, conforme lo exige el ámbito de aplicación de la Decisión 608, en su artículo 5^o²⁹⁷, literal a) (Dictamen SGCAN 01-2007 Tucán Flowers y otros).

2.3.4.2. Dictamen SGCAN 03-2009 (Ponce Villacís)

Este dictamen de la Secretaría General de la Comunidad Andina fue emitido ante reclamo formulado en septiembre de 2008 por el señor Ponce Villacís contra Ecuador, entre otros, por posible incumplimiento de la Decisión 616²⁹⁸ y de la Decisión 608, alegando que este Estado había omitido la obligación de designar a su autoridad nacional encargada de dar cumplimiento esta última Decisión, y que, en consecuencia, había imposibilitado aplicación de las normas de defensa de la competencia que esta contiene. Ello considerando que la Decisión 616 preveía que Ecuador podía “aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito (...) de la Decisión 608”²⁹⁹, es decir, para investigar, corregir y sancionar conductas colusorias o abusos de posición de dominio cuyos efectos se produjeran únicamente en mercados al interior de Ecuador. Debe recordarse que, al momento de la presentación de este reclamo, este Estado miembro no tenía aún vigentes normas nacionales de defensa de la competencia.

En su reclamo, el referido ciudadano alegó que el incumplimiento de Ecuador se hacía patente en el hecho de no haber nombrado a la autoridad nacional encargada de la ejecución de la Decisión 608, pues no existía forma de poner en aplicación algunas de las disposiciones que esta contenía. En este caso, aun cuando no era reclamante ni Estado miembro reclamado, Colombia remitió consideraciones señalando que “un Estado que no tenga constituida una autoridad nacional para estos efectos, enfrentaría

²⁹⁷ “Artículo 5.- Son objeto de la presente Decisión, aquellas conductas practicadas en:

- a) El territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país; y,
- b) El territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros.

Las demás situaciones no previstas en el presente artículo, se regirán por las legislaciones nacionales de los respectivos Países Miembros.”

²⁹⁸ Al respecto cabe considerar que la Decisión 616 señala:

“Artículo 2.- A más tardar el 1 de agosto de 2005, Ecuador designará interinamente a la Autoridad Nacional que será la encargada de la ejecución de la Decisión 608.”

²⁹⁹ Cita textual del artículo 1º de la Decisión 616.

dificultades para participar del Comité creado por la Decisión 608, y para desarrollar aspectos relevantes del procedimiento planteado por esta norma. Lo anterior, puede acarrear a su vez dificultades (...) para la ejecución de las normas y decisiones proferidas en el marco de esta Decisión”.

La Secretaría General dictaminó, en cuestión previa, que no consideraba correspondiente emitir pronunciamiento sobre el fondo del caso, en atención a que no quedaba acreditado que el reclamante fuera titular de un derecho subjetivo que se encontrara afectado por causa del supuesto incumplimiento de las señaladas Decisiones, lo que constituye un requisito de procedencia establecido por el artículo 25° del Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en la vía de la acción de incumplimiento³⁰⁰ (Dictamen SGCAN 03-2009 Ponce Villacís)³⁰¹.

2.3.4.3. Sentencia 05-AN-2015 (Angelcom S.A.)

Esta sentencia fue emitida ante una acción de nulidad que versa sobre una petición realizada por la empresa Angelcom S.A. para declarar nulos actos administrativos emitidos por la Secretaría General de la Comunidad Andina relativos a una solicitud de apertura de investigación.

Esta empresa solicitó en 2013 que se inicie una investigación por colusión en un proceso de licitación pública del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá.

³⁰⁰ Al respecto cabe considerar que el Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señala:

“Artículo 25.- Las personas naturales o jurídicas afectadas en sus derechos por el incumplimiento de un País Miembro, podrán acudir a la Secretaría General y al Tribunal, con sujeción al procedimiento previsto en el Artículo 24. (...)”.

³⁰¹ Sin perjuicio del sentido de este dictamen de la Secretaría General, cabe señalar que esta expresó que no cabía su intervención de oficio, al considerar que: “obra en los archivos de la Secretaría General el Oficio DNPCE N° 2005109 de fecha 27 de julio de 2005, remitido a esta Secretaría General con fecha 1 de agosto de 2005, mediante el cual la República del Ecuador comunicó expresamente que: “con sujeción al Artículo 2 de la Decisión 616, el Gobierno del Ecuador ha estimado procedente designar interinamente al Ministerio de Comercio Exterior, Industrialización, Pesca y Competitividad, a través de la Dirección Nacional de Políticas de Comercio Exterior de esta Secretaría de Estado, como la Autoridad Nacional que se encargará de la aplicación de la Decisión 608. (...) Adicionalmente, este Órgano Comunitario tomó conocimiento de que la República del Ecuador habría adoptado el Decreto Ejecutivo No. 1614 de 14 de marzo de 2009, por el cual se establecen normas para la aplicación de la Decisión 608 y se designa como autoridad de aplicación de la Decisión 608 al Ministro de Industrias y Productividad; y, como autoridad investigadora a la Subsecretaría de Competencia bajo la estructura del indicado Ministerio (...)”.

La Secretaría General consideró que, apreciando la solicitud de Angelcom S.A., no se había logrado determinar la existencia de efectos reales de la pretendida práctica anticompetitiva en otro Estado miembro de la Comunidad Andina. Con este fundamento, desestimó la solicitud de Angelcom S.A. mediante un comunicado y se desestimó también su reconsideración.

Angelcom S.A. inició un proceso de nulidad contra los actos administrativos que rechazaron el inicio de la indicada investigación, alegando una posible violación del artículo 5 de la Decisión 608 y una falta de debida motivación de los comunicados que desestimaron su solicitud.

El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina declaró infundada esta acción de nulidad. Respecto a la presunta falta de debida motivación, señaló que sí había existido una motivación explícita para rechazar el inicio de investigaciones dado que la Secretaría General había determinado claramente que no se había señalado con exactitud cuáles eran los efectos reales sobre mercados en Estados miembros de la Comunidad Andina, distintos de Colombia, observándose que el material probatorio aportado tanto en la solicitud inicial como en la reconsideración no permitía acreditar tales efectos. Respecto del entendimiento de los “efectos reales” que exige el artículo 5° de la Decisión 608, sobre uno o más Estados Miembros de la Comunidad Andina, para que asuma competencia la Secretaría General, el Tribunal señaló sobre el caso específico que:

“No ha podido corroborar que los efectos reales se hayan producido en otros países que no sea Colombia, a pesar de que se trate de una licitación pública internacional. El hecho de que personas jurídicas extranjeras formen parte de quienes fueron favorecidos por la licitación, no significa que causen efectos reales fuera de Colombia, no pudiendo determinarse el carácter de subregional y como consecuencia no sería aplicable la normativa comunitaria andina” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2017, p. 26).

En este caso, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina delimitó el concepto de “efectos reales” para que sea aplicado por la Secretaría General al momento de determinar si inicia o no una investigación en aplicación de la Decisión 608. Así, señaló lo siguiente:

“De conformidad con lo establecido en el Literal a) del Artículo 5 de la Decisión 608, la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para iniciar una investigación por prácticas restrictivas de la libre competencia, de oficio o a solicitud de parte, cuando:

- a) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en más de un País Miembro de la Comunidad Andina, y tiene efectos reales en al menos un País Miembro de la Comunidad Andina.
- b) La práctica colusoria (horizontal o vertical) o el abuso de la posición de dominio es realizada por empresas ubicadas en un País Miembro de la CAN, y los efectos reales de dicha práctica se producen en al menos otro País Miembro de la CAN.

Se debe entender por "efecto real":

- a) Cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente, lo que puede comprender el precio de los productos o servicios o demás condiciones de comercialización, la cantidad producida, la calidad de los productos o servicios, los canales de aprovisionamiento de los insumos o los canales de distribución o comercialización; o,
- b) Cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2017, p. 27).

Esta especificación es relevante para el cumplimiento de las funciones de la Secretaría General en aplicación de la Decisión 608 y resulta orientadora sobre el emplazamiento y los efectos de las conductas anticompetitivas que pueden ser investigados por dicho órgano comunitario. En nuestra opinión, esta determinación de qué se debe entender por conductas con “efectos reales”, al considerar que, alternativamente, implica “cualquier incidencia, afectación, distorsión o modificación sobre la oferta o demanda en el mercado o comercio subregional correspondiente” o tan solo “b) cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores”, se evidencia como un factor habilitante de la competencia administrativa comunitaria ligeramente más amplio que el establecido en la Unión Europea. Ello, debido a que en esta unión el centro de gravedad de la atribución comunitaria europea se despliega sobre las conductas que afectan la competencia efectiva y que, a la vez, “puedan afectar al comercio entre los Estados miembros” (entendiendo naturalmente aquí la circulación de mercancías, servicios, personas y capitales, como se ha indicado previamente). Sin

embargo, la jurisprudencia andina considera también como centro de gravedad de su atribución comunitaria para investigar, corregir y sancionar conductas anticompetitivas “cualquier otra situación que signifique una afectación al bienestar de los consumidores”, como destinatarios de los beneficios de la integración.

2.3.4.4. Interpretación prejudicial 472-IP-2016 (Cervecería Boliviana Nacional S.A.)

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue emitido ante una petición realizada por la Sala Plena del Tribunal de Justicia de Bolivia para interpretar los artículos 5°, 34°³⁰² y 49°³⁰³ de la Decisión 608.

³⁰² “Artículo 34.- Si el resultado de la investigación constatará una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los

Los hechos del caso tramitado en sede nacional señalaban que, en 2010, el Estado boliviano decidió sancionar administrativamente a la empresa Cervecería Boliviana Nacional S.A. por abuso de posición de dominio, aplicando los literales c) y g) del artículo 8 de la Decisión 608, ya que Bolivia no contaba con una ley nacional de defensa de la competencia. Esta decisión fue cuestionada por la empresa, en su calidad de administrado, en la vía del proceso contencioso administrativo. Como fundamentos de su demanda contenciosa, la empresa señaló que la Decisión 608 no era aplicable a la conducta sancionada pues había sido realizada exclusivamente en Bolivia y no se podía aplicar la norma comunitaria de manera análoga al tratarse de un procedimiento sancionador.

Respecto al ámbito de aplicación de la Decisión 608 y la naturaleza del procedimiento de protección de la competencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló, de modo general, que los procesos llevados a cabo por la Secretaría General son de naturaleza sancionadora y son solo aplicables a conductas anticompetitivas transfronterizas, pudiendo llevarse a cabo con el apoyo de autoridades nacionales de defensa de la competencia.

En relación con la aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de defensa de la competencia en Bolivia, este concluyó que sus disposiciones son plenamente aplicables como normas para la defensa de la competencia en dicho Estado, tanto para la determinación de conductas prohibidas como para regular el procedimiento sancionador, las medidas correctivas y las sanciones aplicables. Ello debido a que el artículo 49 de la Decisión 608 otorgó una naturaleza doble a las disposiciones contenidas en ella: normas comunitarias y normas nacionales para Bolivia. Esto se fundamentó en que, cuando dicha Decisión fue publicada, Bolivia no tenía norma nacional de competencia (como era también el caso de Ecuador), por lo que se consideró pertinente permitir el uso de las regulaciones de la Decisión 608 como norma local.

ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.”

³⁰³ “Artículo 49.- Bolivia podrá aplicar lo dispuesto en la presente Decisión, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5.”

En consecuencia, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló, en relación con la Decisión 608:

“Dado los principios de aplicación directa y efecto directo propios del derecho comunitario andino, las partes pertinentes de la Decisión 608 podían ser aplicadas por la autoridad boliviana de defensa de la libre competencia sin que fuera necesario la expedición o aprobación de una norma nacional que autorizara dicha aplicación. En atención a ello, la aplicación de las partes pertinentes de la Decisión 608 por parte de la autoridad boliviana cumplía con los principios de legalidad y tipicidad propios del ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública”. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018a, pp. 13-14).

2.3.4.5. Interpretación prejudicial 78-IP-2018 (Trujillo Pérez / Tecnoquímicas S.A.)

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue emitido ante una petición realizada por la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C. de la República de Colombia para interpretar el artículo 5° de la Decisión 608.

Los hechos del caso tramitado en sede nacional señalaban que, en 2016, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de defensa de la competencia de Colombia, decidió sancionar a diversas empresas y personas naturales por la realización de una conducta anticompetitiva relativa a la concertación de precios de pañales desechables para bebé entre 2001 y 2012. Asimismo, en noviembre de ese mismo año, mediante Resolución 1883³⁰⁴, la Secretaría General de la Comunidad Andina inició una investigación a solicitud de Ecuador sobre conductas anticompetitivas, entre 2002 y 2014, relativas a la fijación de precios y repartición de mercados de papeles suaves (papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina), por parte de empresas ecuatorianas y colombianas, entre ellas algunas de las sancionadas por la autoridad colombiana.

³⁰⁴ Este caso fue resuelto mediante Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Este caso se vincula también al Auto 04-AN-2018 y 05-AN-2018, analizados en el siguiente numeral.

El señor Trujillo Pérez, sancionado por la Superintendencia de Industria y Comercio y vinculado a la empresa Tecnoquímicas S.A., también sancionada, cuestionó en vía judicial la decisión de la autoridad de defensa de la competencia de Colombia señalando, principalmente, que la investigación sobre la conducta colusoria debía ser realizada por la Secretaría General de la Comunidad Andina. La parte demandante señaló que ello se debía a que el supuesto acuerdo anticompetitivo podría haber tenido efectos en más de un país miembro de la Comunidad Andina.

Respecto a los primeros puntos a ser interpretados, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en la línea de interpretación prejudicial recaída sobre el proceso 472-IP-2016, recalca que el proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia es de naturaleza sancionadora y aplicable a conductas anticompetitivas de naturaleza transfronteriza en el ámbito de la Comunidad Andina.

De otro lado, este Tribunal afirma que el principio *non bis in ídem* es de plena aplicación también en los procesos sancionadores comunitarios, señalando que para que este opere es necesario que exista una triple identidad en las conductas anticompetitivas investigadas. Señala que no puede existir una investigación o una sanción comunitaria si es que los actos implican los mismos agentes económicos, la misma conducta investigada y el mismo bien jurídico protegido que una investigación nacional o viceversa. Así, sobre la identidad de los agentes económicos, el Tribunal determinó que:

“Los agentes económicos involucrados tienen que ser los mismos. A modo de ejemplo, no habrá identidad si en el procedimiento interno se investiga a las empresas A, B y C y en el procedimiento supranacional seguido por la SGCA se investiga a las empresas B, C, D y F.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018b, p. 10).

En consideración del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, en relación con el elemento subjetivo para determinar la ocurrencia de un *bis in ídem*, la identidad de sujetos debe ser total. En este sentido, la presencia de un agente adicional o la falta de otro genera que la identidad de sujetos no se configure. En este punto, cabe afirmar que este es un error de apreciación del órgano jurisdiccional comunitario, debido a que

el principio *non bis in ídem* es una garantía individual que protege a una persona natural o jurídica. El *bis in ídem* no se produce cuando se realiza una investigación o se impone una infracción a las mismas personas por las mismas conductas, se produce simplemente cuando una misma persona es investigada o sancionada por una misma conducta, individualmente o junto con otros³⁰⁵.

Sobre la identidad de la conducta investigada, en relación también con la ocurrencia de un *bis in ídem*, este Tribunal de Justicia señaló que:

“La conducta investigada o sancionada tiene que ser la misma. A modo de ejemplo, no habrá identidad si en un caso se investiga una práctica colusoria horizontal y en el otro una práctica colusoria vertical: o si en un caso se investiga un acuerdo de precios y en el otro un acuerdo de reparto de mercados. Tampoco habrá identidad si a pesar de investigarse en ambos casos un acuerdo de precios (práctica colusoria horizontal), el producto materia del acuerdo es distinto o si el periodo de investigación es diferente.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018b, p. 10).

En este punto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no incurre en error de apreciación; sin embargo, cabe especificar que el *bis in ídem* sí se produce cuando, por ejemplo, en una investigación sobre un acuerdo de precios, sobre el mismo producto, en el ámbito nacional de investiga o sanciona, un periodo que, no siendo idéntico al periodo de investigación del caso tramitado en sede comunitaria, coincide parcialmente, o subsume o se encuentra subsumido en este último.

Respecto al bien jurídico protegido, el Tribunal de Justicia señaló que la Decisión 608 protege de manera inmediata el proceso competitivo (la libre competencia) y de manera mediata la eficiencia económica en los mercados y el bienestar de los consumidores. Esta afirmación la pone de relieve para señalar que la triple identidad que exige la configuración del *bis in ídem* solo se produce cuando la norma nacional

³⁰⁵ En este sentido, para el resguardo del principio *non bis in ídem*, se señala que la identidad subjetiva consiste “en que ambas pretensiones punitivas sean ejercidas contra el mismo administrado, independientemente de cómo cada una de ellas valore su grado de participación o forma de culpabilidad imputable” (Morón, 2011, p. 729). Es imperioso tener en consideración que, desde una mirada garantista, la verificación del elemento de identidad subjetiva, bajo los mismos hechos, para la constatación del *bis in ídem* “únicamente demanda que el sujeto pasivo sobre el que haya recaído o puede recaer una doble sanción o un segundo proceso sancionador sea la misma persona, con independencia del título de culpabilidad que resulte de la aplicación. Por consiguiente, basta con corroborar las características físicas e identidad del sujeto” (Ramírez, 2013, p. 9).

aplicable al mismo sujeto y a los mismos hechos, a efectos de investigar o sancionar una conducta anticompetitiva, coincide con los bienes jurídicos protegidos por la Decisión 608. Esta precisión, que complementa las dos anteriores, en relación con el *bis in ídem* evidencia que este órgano jurisdiccional procura restringir al máximo, con el error de apreciación antes indicado, con el fin de evitar la impunidad en relación con la realización de conductas anticompetitivas. Así, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina remarca que la complejidad de los casos en las prácticas anticompetitivas nunca debe ser utilizada para obtener impunidad, por lo que es fundamental delimitar correctamente las facultades de investigación y sanción nacionales y comunitarias, y evitar el uso de figuras como la analizada para no ser sancionado por autoridades nacionales³⁰⁶.

Finalmente, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló, en relación con la Decisión 608, ampliando el detalle ofrecido sobre el factor geográfico de la atribución comunitaria para investigar, corregir y sancionar conductas anticompetitivas:

“De conformidad con lo establecido en los Literales a) y b) del Artículo 5 de la Decisión 608, esta norma andina se aplica a la conducta anticompetitiva (abuso de posición de dominio o práctica colusoria horizontal o vertical) que:

- a) Se realiza en un país miembro y tiene efectos reales en:
 - (i) Otro país miembro.
 - (ii) Otros países miembros.
 - (iii) En el país donde se realiza la conducta y en otro u otros países miembros.
- b) Se realiza en dos o más países miembros y tiene efectos reales en:
 - (i) Al menos uno de los países miembros donde la conducta se realiza.
 - (ii) En los dos o más países miembros donde la conducta se realiza.
 - (iii) En un país miembro distinto a los países miembros donde la conducta se realiza.
- c) Se realiza en un país no miembro y tiene efectos reales en dos o más países miembros.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018b, pp. 6-7)

2.3.4.6. Sentencia/Auto 04-AN-2018 (Kimberly-Clark Ecuador S.A.)

³⁰⁶ Al momento de elaboración de la presente tesis, el caso seguido por Ernesto Trujillo Pérez contra la Superintendencia de Industria y Comercio, ante el Juzgado 5 administrativo de la sección primera de Bogotá, se encuentra en trámite.

Este auto³⁰⁷ fue emitido ante una acción de nulidad que versa sobre una petición realizada por la empresa Kimberly - Clark Ecuador S.A. para declarar nula la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina de mayo de 2018. Este acto administrativo comunitario determinó, ante denuncia de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador (autoridad de defensa de la competencia de dicho Estado miembro), que la indicada empresa, empresas de su grupo y otras empresas colombianas y ecuatorianas fueron infractoras por la realización de conductas anticompetitivas consistentes en la fijación de precios³⁰⁸ de papeles suaves (papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina). Ello en aplicación del literal a) del artículo 7 de la Decisión 608, generándose, en consecuencia, la imposición de una sanción para las señaladas empresas (Secretaría General, 2018a, p. 243)³⁰⁹.

³⁰⁷ Es pertinente notar que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina emitió también un Auto recaído sobre el Proceso 05-AN-2018 (emitido por mayoría), que versa sobre una acción de nulidad contra la misma resolución (Resolución 2006) presentada por Productos Familia S.A. Los fundamentos en este auto son idénticos a los plasmados en el auto recaído sobre el Proceso 04-AN-2018 (emitido por unanimidad).

³⁰⁸ La Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aún suspendida en sus efectos, constató que:

“El hecho que fueran las matrices colombianas las que iniciaron la cartelización y buscaran las reuniones y los contactos para los acuerdos en Ecuador, acompañado de una estructura empresarial en la que la cadena de mando depende de las decisiones de la matriz, demuestra que la conducta se origina en Colombia.

De esta forma, se concluye que la conducta consistente en acuerdos entre las empresas para la fijación directa o indirecta de precios en los productos de papeles suaves existió y tuvo su origen en las casas matrices colombianas de las empresas investigadas, es decir CKC y Productos Familia S.A. Los acuerdos de dichas empresas ordenadas en Colombia se ejecutaron en sus filiales en Ecuador por sugerencia de sus directivos andinos (...).” (Secretaría General, 2018a, p. 120).

³⁰⁹ Mediante la Resolución 2006 la Secretaría General de la Comunidad Andina, aún suspendida en sus efectos, este órgano comunitario decidió:

“Artículo 3.- Declarar fundada la denuncia presentada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador - SCPM - en contra de las empresas del grupo Kimberly (conformado por Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A.) y del grupo Familia (conformado por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.) por la conducta anticompetitiva tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608.

(...)

Artículo 6.- Sancionar por la comisión de la conducta tipificada en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608 a las empresas:

- Colombiana Kimberly Colpapel S.A. y Kimberly Clark del Ecuador S.A., con la suma de \$18,344,916 (dieciocho millones trescientos cuarenta y cuatro mil novecientos dieciséis dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

- Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A. con la suma de \$16,857,278 (dieciséis millones ochocientos cincuenta y siete mil doscientos setenta y ocho dólares de Estados Unidos de América) a ser pagada de manera solidaria.

La sanción será cancelada a la autoridad de competencia del Ecuador dentro de los tres (3) meses siguientes a la notificación de la presente Resolución (...)

Al respecto, luego de presentada la demanda de Kimberly - Clark Ecuador S.A. ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina y antes de que esta empresa reformara su demanda, la Secretaría General expidió la Resolución 2017 de agosto de 2018, mediante la cual decidió: i) “suspender los efectos de la Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina (...) en tanto se emite la resolución definitiva que resuelva los recursos de reconsideración presentados”³¹⁰; y, ii) “suspender el trámite del procedimiento correspondiente a todos los recursos de reconsideración presentados contra la Resolución N° 2006, hasta que se resuelva de manera definitiva en el Poder Judicial Ecuatoriano” un conjunto de tres demandas contencioso administrativas tramitadas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil. Estas demandas se dirigieron a cuestionar, en sede nacional ecuatoriana, distintas decisiones vinculadas a la desclasificación de información entregada por Kimberly - Clark Ecuador S.A. en el marco del programa de exención del pago de la multa de Ecuador (que es un programa de delación compensada o *leniency*) y a la decisión de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador, por medio de la cual, esta presentó ante la Secretaría General la denuncia en contra de esta empresa, empresas de su grupo y otras empresas colombianas y ecuatorianas, por posibles conductas anticompetitivas de alcance comunitario, que fue materia del pronunciamiento mediante Resolución 2006 (Secretaría General, 2018b, p 13-14).

Como consecuencia, de lo anterior, al no tratarse la Resolución 2006 de un acto administrativo firme, y además suspendido en sus efectos, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina decidió rechazar por improcedente la demanda de acción de nulidad interpuesta por Kimberly - Clark Ecuador S.A., al estimar que:

El gasto de los recursos de la sanción será autorizado por Resolución de la Secretaría General de la Comunidad Andina. Para este fin, la autoridad nacional de competencia del Ecuador, una vez recibido el pago de la sanción, presentará en un plazo de dos (2) meses un plan operativo de acción de gasto, que incluirá los objetivos generales, resultados, actividades y presupuesto vinculado al desarrollo de políticas regionales en favor del consumidor.”

³¹⁰ La Resolución 2017 de la Secretaría General especifica que “(...) la empresa Productos Familia Sancela del Ecuador S.A., la empresa Colombiana Kimberly Colpapel S.A, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo en representación de la República del Perú (...), la Superintendencia de Industria y Comercio en representación de la República de Colombia (...), presentaron solicitud de recurso de reconsideración contra la Resolución 2006.”

“En el presente caso, en atención a un hecho sobreviniente (la Resolución 2017), la Resolución 2006 no es un acto administrativo que cause estado, que agote la vía administrativa, pues existen cuatro recursos de reconsideración presentados contra ella pendientes de resolución. La resolución de estos recursos de reconsideración podría, eventualmente, modificar el fallo de la SGCA con relación a la investigación realizada contra la demandante al amparo de la Decisión 608” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018c, p. 12).

Como se aprecia, este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina no analiza el fondo del caso referido a la conducta denunciada como anticompetitiva, consistente en la fijación de precios de papeles suaves con efectos comunitarios³¹¹ como infracción prevista en el literal a) del artículo 7 de la Decisión 608. Ello, por considerar que no se trata de una decisión firme, que es la misma razón por la cual en la presente tesis no le dedicamos análisis al fondo del caso.

³¹¹ La Resolución 2006 de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aún suspendida en sus efectos, permite anticipar que un aspecto que continuará siendo discutido ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina será en concerniente al *bis in idem*:

“Análisis

El Grupo Kimberly señala que la Resolución 1883 de la SGCAN vulnera el principio de *non bis in idem* ya que la cuestión ya fue decidida por la SIC en Colombia y por la SCPM en Ecuador que decidió no investigar.

(...)

En lo que corresponde a la órbita administrativa el principio se predica respecto al hecho de que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad de sujeto, hecho y fundamento. Se observa así que la aplicación de este principio exige la presencia al caso concreto de tres “identidades”. En primer orden, se debe tratar de la misma persona (*eadem persona*); en segundo orden, se debe tratar del mismo hecho (*eadem res*), y por último debe tratarse de los mismos fundamentos (*eadem causa pretendi*).

Se agrega a los presupuestos procesales indicados en el párrafo anterior, la condición de que el principio del *non bis in idem* se predique respecto de una misma jurisdicción territorial. En este sentido, tal principio no ha alcanzado reconocimiento y vigencia internacional, de tal suerte que por principio de soberanía, las penas y sanciones decretadas por un Estado, no afectan la investigación y la eventual aplicación de penas y sanciones por otro Estado, aún si se trata de los mismos hechos y las mismas personas. [Cfr. Vervaele John. *EL PRINCIPIO DE NON BIS IN IDEM EN EUROPA*. Portal Iberoamericano de las Ciencias Penales. Instituto de Derecho Penal Europeo e Internacional. Universidad de Castilla - La Mancha, 2006. Pp. 2. Obtenido de www.cienciaspenales.net] [El contenido de los corchetes previos presentan la una cita original del texto, colocada a pie de página].

Mutatis mutandis la independencia que ostenta una organización internacional respecto de los ordenamientos jurídicos nacionales de sus Países Miembros, máxime cuando ésta rige sus conductas por un ordenamiento jurídico independiente y supranacional, supone que las actuaciones realizadas por la autoridad nacional, no afectan las acciones que lleve adelante la organización internacional.

De acuerdo con lo expresado, en el caso bajo investigación, no resulta aplicable el principio del *non bis in idem* respecto de lo actuado por la SIC [Superintendencia de Industria y Comercio] y la SCPM [Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador]. Sobre esto último, se aprecia que no se presentan las tres identidades señaladas en lo párrafos anteriores (...). (Secretaría General, 2018a, pp. 60 - 61). Contenido de corchetes añadido.

Sin embargo, destaca en este pronunciamiento del Tribunal de Justicia la especial referencia a la utilidad y eficacia de los “llamados programas de clemencia (*leniency program*), denominados también programas de delación compensada o programas de exoneración o exención (total o parcial) del pago de multas (...), los cuales se encuentran recogidos en la normativa nacional de defensa de la libre competencia de los cuatro países miembros”, siendo que “la información proporcionada por el colaborador en el marco del programa de clemencia no puede ser luego utilizada en su contra”, debido a que “ello desincentivaría la presentación de futuras delaciones, lo que afectaría negativamente al programa de clemencia, debilitando la lucha contra los cárteles” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018c, pp. 3-6). Estas consideraciones se encuentran en sintonía con el estándar internacional expresado en la recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos de la OCDE (2019a).

En el fondo, la discusión pendiente en el caso, que se derivará del análisis de legalidad de la Resolución 2006³¹², una vez resuelta la reconsideración formulada contra ella, se debe centrar en si la denuncia formulada por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador ante la Secretaría General de la Comunidad Andina se basó debida o indebidamente en información entregada por empresas a dicha autoridad nacional en el marco de un programa de clemencia, sobre la cual pesaba un deber de confidencialidad que fue desclasificado por dicha autoridad nacional³¹³. De allí se deriva la importancia para este caso de los pronunciamientos definitivos que la

³¹² De manera paralela a la resolución del caso específico, se ha venido indicando la posible ilegalidad de la Resolución 2006. Se señala que esta resolución, al usar información de carácter confidencial, habría no solo vulnerado el derecho al debido proceso de las investigadas, sino que la falta de pronunciamiento sobre la validez de las pruebas implicaría una indebida motivación de la resolución; a esta ilegalidad se le sumaría el hecho que esta clase de decisiones desnaturaliza los programas de clemencia y desincentiva su uso (Cadavid, 2019, p. 75).

³¹³ La Resolución 2017 emitida por la Secretaría General de la Comunidad Andina precisa, en sus considerandos, sobre la solicitud de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado del Ecuador, mediante la cual denuncia la conducta anticompetitiva relacionada con el mercado de papeles suaves:

“Que con dicha solicitud se adjuntaron como pruebas: i) Copia certificada de la declaración del señor Rafael Hincapié Camader de fecha 09 de julio de 2014 ante la SCPM de Ecuador; ii) copia del Acta de Reunión de fecha 17 de noviembre de 2014; iii) Copia del Acta de Reunión de fecha 28 de enero de 2015; iv) Copia certificada de la declaración de Luis Fernando Palacio de fecha 13 de julio de 2014 ante la SCPM de Ecuador; v) Copia del Acta de Reunión de fecha 19 de febrero de 2015; y, vi) CD con el audio de la teleconferencia entre los funcionarios de la SCPM y el señor Luis Fernando Palacio del 19 de febrero de 2015;

Que los adjuntos referidos en el párrafo anterior fueron certificados por la SCPM como desclasificados mediante Oficio N° SCPM-SG-071-2016 de fecha 10 de noviembre de 2016”.

(Subrayado añadido).

judicatura ecuatoriana deberá emitir en el futuro sobre las demandas contencioso administrativas tramitadas ante el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 2 con sede en Guayaquil³¹⁴.

2.3.4.7. Interpretación prejudicial 484-IP-2018 (Vargas López / Ingenio Carmelita S.A.)

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue emitido ante una petición realizada por la Sección Primera del Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Bogotá D.C. de la República de Colombia para interpretar el artículo 5° de la Decisión 608. En este caso, El Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina decidió que también se interpretarían de oficio los literales c) y d) del artículo 7°³¹⁵ de esta Decisión.

Los hechos del caso tramitado en sede nacional señalaban que, en 2015, la autoridad de defensa de la competencia de Colombia decidió sancionar a la empresa Ingenio Carmelita S.A. y al señor Jaime Vargas López por conductas anticompetitivas consistentes en acuerdos para impedir el ingreso de terceros a determinados mercados o canales de comercialización. Luego de confirmada la sanción a nivel administrativo, el señor Vargas cuestionó el acto en la vía judicial, fundamentando que los sancionados habrían elaborado una estrategia para impedir la importación de azúcar

³¹⁴ La importancia de los pronunciamientos definitivos que la judicatura ecuatoriana deberá emitir en el futuro es expresamente reconocida por la Secretaría Técnica al señalar:

“Ahora bien, cuestiones como la validez de la desclasificación realizada por la SCPM, así como la validez de su denuncia ante este Órgano Comunitario con base en dicha información desclasificada, son cuestiones que están siendo sometidas a consideración de la SGCAN en el recurso, sobre las cuales no puede dejar de pronunciarse.

Sin embargo, como se indicó reiteradamente en la Resolución N° 2006, este Órgano Comunitario no tiene competencia para revisar la legalidad de los actos de un País Miembro a la luz de su ordenamiento interno. Siendo ello así, se encuentra que dichas cuestiones son de carácter sustantivo y deberían ser resueltas por un órgano jurisdiccional diferente de la SGCAN, sin perjuicio de lo cual esta última podrá considerarlas una vez resueltas para realizar sus propias determinaciones sobre los asuntos puestos a su consideración.”

³¹⁵ “Artículo 7.- Se presumen que constituyen conductas restrictivas a la libre competencia, entre otros, los acuerdos que tengan el propósito o el efecto de:

(...)

c) Repartir el mercado de bienes o servicios;

d) Impedir o dificultar el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado; o,

(...)”.

boliviana en Colombia, razón por la cual esta conducta debía ser considerada como una conducta con efectos transfronterizos. En consecuencia, a decir del Sr. Vargas la autoridad competente para la investigación sería la Secretaría General de la Comunidad Andina y no la Superintendencia de Industria y Comercio, autoridad de defensa de la competencia de Colombia.

Como novedad en este caso, en relación con las conductas colusorias, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina afirmó que el concepto de acuerdos debe entenderse de manera amplia, incluyendo no solo los acuerdos expresos sino también los acuerdos tácitos³¹⁶. Específicamente, sobre el literal c) del artículo 7 de la Decisión 608, señaló que al prohibirse los actos que busquen repartir mercados de bienes y servicios, se pretende evitar que se el resultado del programa de liberación de la Comunidad Andina, que, como se ha especificado, tuvo por finalidad el establecimiento de un área de libre comercio de mercancías entre los Estados miembros. Esta referencia resulta concordante con el TFUE que determina que tales acuerdos, en el ámbito de la Unión Europea, resultan incompatibles con el mercado interior cuando puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y tienen por objeto o efecto afectar la competencia efectiva en el espacio económico integrado. Se considera que este tipo de conductas restringen la capacidad de elección de los consumidores sobre mercancías importadas o servicios provenientes de otros Estados miembros, siendo evidente el potencial efecto transfronterizo dado que los mercados de más de un Estado pueden resultar distorsionados.

Específicamente, sobre el literal d) del artículo 7 de la Decisión 608, se afirma que las prácticas de boicot, que se encuentran prohibidas, tienen la capacidad de tener efectos transfronterizos cuando, por ejemplo, se utilizan para dañar la producción de empresas de otro Estado miembro; o, la comercialización realizada por empresas de otro Estado miembro en el propio territorio.

³¹⁶ Así, el Tribunal Andino señala que “el término “acuerdo” debe ser entendido en el sentido más amplio posible. No se circunscribe a lo que podría entenderse jurídicamente como un “contrato” o “convenio”, sino cualquier forma o modalidad en la que los agentes económicos convienen en coordinar o alinear su comportamiento en el mercado: colusión, concierto o concurso de voluntades. Este acuerdo puede ser escrito, oral o tácito (consentimiento fáctico o tácito) y puede darse en uno o varios momentos, o puede configurarse a través de distintos actos y momentos.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020a, p. 13)

Asimismo, reiterando sus consideraciones previas sobre la configuración del *bis in idem*, incluyendo el error de apreciación antes indicado, refuerza su preocupación por evitar la impunidad ante la realización de conductas anticompetitivas, este órgano jurisdiccional deja sentado que los mecanismos de control comunitarios no deben ser usados para que ciertos agentes económicos logren impunidad al evitar su sanción por parte de autoridades nacionales. En este sentido el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina determinó que:

“La Decisión 608 no reconoce a los agentes económicos involucrados en una investigación el derecho de exigir a la autoridad nacional que esta verifique la existencia del efecto transfronterizo, como tampoco a solicitar la inhibición de dicha autoridad sobre la base de considerar la existencia de un efecto transfronterizo”. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020a, p. 16).

Así, en este pronunciamiento del Tribunal de Justicia, se afirma que las autoridades nacionales de defensa de la competencia tienen la potestad de corregir y sancionar una conducta anticompetitiva sin necesidad de verificar obligatoriamente la existencia de efectos transfronterizos que puedan generar la competencia administrativa comunitaria. Según este tribunal, permitir una interpretación en contrario podría derivar en situaciones de impunidad donde se evita la imposición de una sanción comunitaria por prescripción y la imposición de una sanción estatal por la existencia de competencia administrativa comunitaria. Esta interpretación prejudicial establece que puede existir más de una investigación administrativa sobre conductas que podrían parecer idénticas, siendo el caso donde la Secretaría General de la Comunidad Andina puede sancionar a unas empresas por los efectos transfronterizos de sus actos y, al mismo tiempo, la autoridad de defensa de la competencia nacional por los efectos bajo su jurisdicción.

Al respecto, se entiende la preocupación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina en relación con evitar la impunidad ante la realización de conductas anticompetitivas, agravada por eventuales prescripciones debido al transcurso del tiempo. Sin embargo, en nuestra opinión, se nos propone una acrobacia argumental al pretender sostener que una autoridad nacional puede sancionar a una persona natural o jurídica por una misma conducta anticompetitiva que la autoridad comunitaria, pero

solo por los efectos en el mercado nacional, mientras que la autoridad comunitaria podrá hacerlo por los efectos comunitarios o transfronterizos.

En realidad, como expondremos más adelante, lo que correspondería, ante la preocupación de impunidad manifestada por este órgano jurisdiccional comunitario, es establecer un diseño funcional como el europeo, con un sistema de atribuciones exclusivo a favor de la Secretaría General de la Comunidad Andina para la aplicación de las normas de defensa de la competencia comunitarias, en un sistema en el cual las autoridades de competencia de los Estados miembros también se encuentren habilitadas a aplicar dichas normas comunitarias. Ello implicaría una necesaria modificación a la Decisión 486 vigente. Así, este sistema se debiera complementar con un *mecanismo de atracción de competencias* a favor de la Secretaría Técnica, pues si ésta decide conocer un caso concreto, su actuación tendrá prioridad sobre los procedimientos que hayan emprendido las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros sobre los mismos hechos, tal como funciona en la Unión Europea. Conforme a ello, si las autoridades de defensa de la competencia de dichos Estados no hubieren iniciado caso alguno, la acción de la Secretaría las priva de competencia, y, si la hubieren iniciado, las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros deberán inhibirse y archivar lo actuado, mediando consultas previas. Una modificación del sistema andino de defensa de la competencia como la indicada, exigiría necesariamente que a Secretaría General tuviera capacidad para supervisar los mercados que se desenvuelven a nivel comunitario andino, para investigarlos proactivamente e iniciar casos de oficio, manteniendo una fluida coordinación con las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros.

2.3.4.8. Interpretación prejudicial 02-IP-2019 (Pfizer Ireland Pharmaceuticals)

Este pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina fue emitido ante una petición realizada por el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo N° 1 con sede en el distrito metropolitano de Quito de la provincia de Pichincha de la República del Ecuador para interpretar ciertos artículos de la Decisión 486, el literal g)

el artículo 8^{o317} y de los artículos 9^{o318} y 34^{o319} de la Decisión 608 y el artículo 1^{o320} de la Decisión 616. Ello derivado de un proceso interno iniciado por Pfizer Ireland Pharmaceuticals contra ciertos organismos estatales ecuatorianos y diversas empresas. Al respecto, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina señaló que la legislación referida a propiedad industrial no era aplicable al caso y solamente interpretó los correspondientes a las Decisiones 608 y 616.

Los hechos del caso tramitado en sede nacional requerían, entre otros, una interpretación por parte del Tribunal de Justicia sobre la aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de competencia en Ecuador, los criterios para determinar el

³¹⁷ “Artículo 8.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

- a) La fijación de precios predatorios;
- b) La fijación, imposición o establecimiento injustificado de la distribución exclusiva de bienes o servicios;
- c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;
- d) La adopción de condiciones desiguales con relación a terceros contratantes de situación análoga, en el caso de prestaciones u operaciones equivalentes, colocándolos en desventaja competitiva;
- e) La negativa injustificada, a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de productos o servicios;
- f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,
- g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”

³¹⁸ “Artículo 9.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”

³¹⁹ “Artículo 34.- Si el resultado de la investigación constata una infracción a los artículos 7 u 8, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor.

Para la graduación de las medidas sancionatorias deberá considerarse la gravedad de los hechos, el beneficio obtenido, la conducta procesal de las partes y el nivel de los daños causados a la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina en función de la modalidad y el alcance de la competencia; la dimensión del mercado afectado; la cuota del mercado de la empresa correspondiente; el efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, las otras partes del proceso económico y los consumidores o usuarios; la duración de la restricción de la competencia; y, la reiteración de la realización de las conductas prohibidas.

La Resolución de la Secretaría General, en los casos en que establezca multas, deberá indicar el monto, la forma, oportunidad y lugar de pago. La multa será hasta un máximo del 10 por ciento del valor de los ingresos totales brutos del infractor, correspondiente al año anterior a la fecha del pronunciamiento definitivo.”

³²⁰ “Artículo 1.- Ecuador podrá aplicar lo dispuesto en la Decisión 608, en lo que resulte aplicable, para los casos que se presenten fuera del ámbito descrito en el artículo 5 de la Decisión 608.”

mercado relevante, la litigación predatoria como un tipo de abuso de posición de dominio, la forma de analizar la litigación predatoria y la medidas correctivas y sancionadoras contenidas en la Decisión.

Sobre la aplicación de la Decisión 608 como norma nacional de competencia en Ecuador, este Tribunal consideró que la emisión de la Decisión 616 tuvo por objetivo la protección de los consumidores ecuatorianos frente a conductas anticompetitivas de manera equivalente a que poseían los consumidores de los otros Estados miembros de la Comunidad Andina. Asimismo, en línea de lo afirmado en la interpretación prejudicial recaída sobre el Proceso 472-IP-2016, para el caso de Bolivia, señala la naturaleza doble que tuvieron las disposiciones de la Decisión 608 en Ecuador, como normas comunitarias y normas nacionales para este Estado miembro. Esto se fundamentó en que, cuando dicha Decisión fue publicada, Ecuador no tenía norma nacional de competencia (como era también el caso de Bolivia), por lo que se consideró pertinente permitir el uso de las regulaciones de la Decisión 608 como norma local. Al respecto, en consecuencia, no resultó necesaria la expedición de ninguna norma estatal ecuatoriana para que estas disposiciones tengan fuerza vinculante bajo su jurisdicción.

En el marco del análisis un posible abuso de posición de dominio, respecto a los criterios para determinar el mercado de referencia o relevante, en línea con el estándar internacional, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina consideró que el mercado relevante de producto debe ser analizado para determinar todos las posibles mercancías o posibles servicios que pueden funcionar como sustitutos para el producto investigado. Se recomienda el uso de un “análisis de sustituibilidad de la demanda, sobre la base de un “hipotético monopolista”” en función del establecimiento de un hipotético “pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio” de la mercancía o del servicio de que se trate (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020b, p. 23). También, recomienda un análisis de sustituibilidad de la oferta. Sobre el mercado geográfico relevante, este tribunal refuerza el concepto de que este debe ser analizado para determinar el área donde los consumidores pueden abastecerse del producto relevante. Es decir, donde se encuentran los proveedores que razonablemente pueden ser usados para satisfacer la demanda:

“El mercado geográfico relevante es el área geográfica donde se encuentran todas las fuentes alternativas de aprovisionamiento razonables del producto relevante. Para tal efecto es necesario evaluar no solo las posibilidades o limitaciones que enfrentan los proveedores alternativos para atender al cliente, sino también la capacidad que tiene este último de abastecerse de distintos proveedores.” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020b, p. 23)

En relación con la litigación predatoria como un tipo de abuso de posición de dominio, prohibido en las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina, el Tribunal de Justicia afirma que, pese a no encontrarse de manera expresa en los supuestos contenidos en el artículo 8 de la Decisión 608, sí configura una práctica de abuso de posición de dominio. Ello debido a que la enumeración contenida en ese artículo es un listado *numerus apertus*, en virtud de su literal g). Así, en relación con la conducta prohibida en sí, este órgano jurisdiccional ha señalado que:

“Cuando una empresa dominante utiliza de manera abusiva y reiterada procesos administrativos o jurisdiccionales contra uno o más de sus competidores reales o potenciales, les impone un sobre costo, que los fuerza a salir del mercado, o les provoca una dificultad que les impide acceder al mercado; y en ambos casos el efecto exclusorio no deviene de alguna eficiencia económica (un menor precio, una mejor calidad), sino del costo de defenderse del proceso administrativo o judicial, y del costo económico que significa, por ejemplo, asumir medidas cautelares que, mientras el litigio se discute, suspenden o paralizan el ingreso del competidor al mercado. Así, la dificultad del competidor potencial de entrar al mercado, no deriva de la dificultad de vencer el menor precio o la mejor calidad del producto o servicio de la empresa dominante, sino del bombardeo de medidas cautelares que esta articula con el único propósito de restringir la competencia” (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020b, p. 30).

Bajo este entendimiento, se destaca como posible que, por ejemplo, usar constante y sistemáticamente recursos legales de defensa de la propiedad industrial –como oposición a registro de derechos, denuncias por infracción de derechos, etc.– podría calificar como una forma de litigación predatoria en el ámbito administrativo. Se indica que:

“Si la finalidad, motivación o intencionalidad no es proteger genuinamente los derechos o intereses de la empresa con posición de dominio, sino de hostigar o acosar al competidor o competidores, es

decir, que han sido concebidas (en conjunto) en el marco de un plan (o patrón) que tiene el propósito de restringir la competencia, habrá abuso.

El análisis sobre la finalidad, motivación o intencionalidad³²¹ de las acciones legales emprendidas por la empresa con posición de dominio tiene carácter prospectivo. En consecuencia, no se requiere que los procesos administrativos, jurisdiccionales y/o regulatorios cuestionados hayan concluido”. (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2020b, pp. 37-38).

Finalmente, sobre las medidas correctivas, este Tribunal señala que estas últimas tienen como fin corregir los efectos nocivos de los actos anticompetitivos en los mercados, tratando de restaurar la situación tanto del mercado como la de los consumidores. Se lista una serie de posibles medidas correctivas como la ineficacia de cláusulas anticompetitivas u obligaciones de contratar y se recalca que deben ser dadas en función al acto ilegal específico. Sobre las sanciones, este órgano jurisdiccional remarca la necesidad de evaluar los factores de graduación contenidos en el texto de la Decisión 608, que es fundamental evitar que la comisión de infracciones sea rentable. La sanción siempre debe superar, en consecuencia, al beneficio potencial derivado de la realización de una conducta anticompetitiva.

2.3.5. Oportunidades de mejora y lineamientos para el fortalecimiento del sistema comunitario andino de defensa de la competencia

La dación de la Decisión 608 constituyó, en sí misma, un progreso en la defensa de la competencia en el espacio económico integrado andino (OECD 2009: 68). Sin embargo, su exigua aplicación resulta poco alentadora, considerando que han sido pocos casos en los cuales la autoridad comunitaria ha aplicado las normas contenidas en la Decisión 608 en un proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas anticompetitivas en la Comunidad Andina y luego en una revisión judicial comunitaria, conforme se ha analizado previamente.

³²¹ Para evaluar esta finalidad, motivación o intencionalidad, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina enumera una serie de criterios que pueden ayudar a descubrir la motivación predatoria de las actuaciones legales ejercidas. Entre ellas se encuentra la existencia de un beneficio económico menor al costo de litigación, la existencia de pronunciamientos desfavorables contra la empresa actora relativos al caso denunciado o la interposición sistemática de medidas cautelares destinadas a ralentizar al competidor. En todo caso, el Tribunal es claro al señalar que la autoridad de defensa de la competencia no debe actuar como una instancia que debe evaluar el fondo de las acciones planteadas, sino únicamente analizar la intencionalidad detrás de ellas.

En consecuencia, a continuación, nos referiremos a las oportunidades de mejora que presenta el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina, formulando lineamientos para su fortalecimiento³²². Ello, teniendo en cuenta que referencial apreciar los distintivos del sistema europeo en esta materia, considerando que el proceso andino de integración es tributario del proceso europeo en cuanto al encuadramiento de su integración jurídica. Asimismo, debe recordarse que las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina no solamente contaron con el apoyo técnico y financiero de la Unión Europea³²³, sino que además se determinaron considerando, en gran medida, el diseño institucional y la aplicación de normas de defensa de la competencia en mercado interior.

Al efecto, cabe recordar que la última versión revisada del Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas, aprobada en 2020, recomienda enfáticamente: “adoptar, mejorar y poner en vigor de manera efectiva, en el ámbito nacional o por conducto de las agrupaciones regionales, la legislación y los procedimientos judiciales y administrativos de aplicación apropiados para el control de las conductas comerciales restrictivas, incluidas las de las empresas transnacionales”³²⁴

2.3.5.1. Mejora de ciertas condiciones esenciales para una efectiva aplicación

A continuación, desarrollamos lineamientos sobre la mejora de ciertas condiciones que consideramos esenciales para la efectiva aplicación de la Decisión 608 y de la Decisión complementaria que debiera aprobar la Comisión de la Comunidad Andina

³²² Al respecto, ante la dación de la Decisión 608 se constató que “has been praised due to its technical quality, inspired in EC competition Law. It sets a simple but effective framework to further economic integration and competition in the Andean Community markets” (Marcos, 2005, p. 5). “Ha sido elogiada por su calidad técnica, inspirada en el Derecho comunitario de la competencia. Establece un marco simple pero eficaz para promover la integración económica y la competencia en los mercados de la Comunidad Andina” (traducción propia).

³²³ Cfr. Convenio de Financiación entre la Comunidad Europea y la Secretaría General de la Comunidad Andina (2001) - Convenio n° ASR/B7-3110/IB/98/0099 para la ejecución del Proyecto de Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina – “Proyecto Competencia”. Cfr. Memoria del Proyecto Competencia, emitida en el año 2005.

³²⁴ Cita textual tomada del texto del Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas (UNCTAD, 2000).

para el establecimiento de un mecanismo de un *régimen comunitario de ayudas públicas* otorgadas por los Estados miembros.

A) Conformación de un equipo técnico especializado en materia de defensa de la competencia en la Secretaría General

Quienes analizaron el contenido y alcance de la Decisión 608 durante el año siguiente de su vigencia, anticiparon claramente que:

“Aunque la decisión se diseñó para que la Secretaría se apoye logísticamente en las autoridades nacionales, lo que ayuda mucho, de todas formas el brazo ejecutivo de la comunidad necesita montar una estructura con un personal debidamente entrenado y la logística adecuada, factores que además de demandar fondos, requieren de tiempo y apoyo institucional.” (Cortázar, 2006, p. 134).

Posteriormente, en el tercer año de vigencia de la Decisión 608, un informe de la Secretaría General de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) señaló que “[l]a secretaría también necesitaría establecer una estructura adecuada, con recursos humanos suficientes y especializados para aplicar la decisión y trabajar en coordinación con las autoridades nacionales” (UNCTAD, 2008, p. 20).

A la fecha, lo antes señalado se mantiene aún como una oportunidad de necesaria mejora. Es cierto que la Secretaría General de la Comunidad Andina cuenta con valiosos funcionarios y colaboradores, especializados en las materias sustantivas que tradicionalmente han sido las protagónicas en la integración andina, tales como reglas de origen, medidas de defensa comercial, asuntos aduaneros y propiedad intelectual, entre otras materias de importancia. Sin embargo, para la aplicación efectiva de las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina se requiere desarrollar un liderazgo y una significativa *autoridad de conocimiento* en la Secretaría General, como muestra el ejemplo de la Comisión de la Unión Europea³²⁵.

³²⁵ Ello, por ejemplo, en particular, también ayudaría a resolver el problema relativo a la necesidad de investigar eficazmente conductas anticompetitivas originadas en países no miembros de la Comunidad Andina, con efectos en los mercados de los países miembros (Ortiz-Baquero y Solano-Osorio, 2016, p. 331).

Resulta necesario incorporar funcionarios y colaboradores con experiencia acreditada en la defensa de la competencia, y en el número suficiente, para que se dediquen a la supervisión de los mercados andinos y, de ser el caso, puedan iniciar casos de oficio cuando ello corresponda. Debe recordarse que, al momento de la vigencia de la Decisión 608, se señaló que una de las razones que habían contribuido en el fracaso de la Decisión 285, su predecesora, era que la autoridad comunitaria no se encontraba habilitada a iniciar casos por su propia iniciativa (Jenny y Horna, 2005, p. 306). Sin embargo, luego de más de dieciséis años de vigencia de la Decisión 608, que sí presenta esta habilitación, ningún caso de oficio se ha iniciado sin la presentación de una de una solicitud o denuncia.

B) Institucionalización de una Red Andina de Autoridades de Defensa de la Competencia y reactivación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia

Como se indicó previamente, el artículo 37° de la Decisión 608 determina que los Estados miembros de la Comunidad Andina deben establecer mecanismos para fortalecer las normas de defensa de la competencia y a sus autoridades nacionales en la materia. En este sentido, en aplicación de tal disposición y bajo el liderazgo del equipo funcional especializado de la Secretaría General, conforme se ha propuesto en el literal precedente, debe institucionalizarse y dotarse de efectivo funcionamiento a una *Red Andina de Autoridades de Defensa de la Competencia* que dé cumplimiento a tal mandato.

Esta red andina debiera tener necesariamente en cuenta el ejemplo europeo que, como consecuencia del marco normativo modernizado en materia de defensa de la competencia, ha consolidado la existencia de una *red de autoridades* de los Estados miembros de la Unión Europea, que resultan competentes para aplicar las normas de defensa de la competencia comunitarias, considerando las necesidades de su estrecha cooperación e intercambio fluido de información que requiere esta importante labor (Comisión de la UE, 2004c). Así, la *Red Andina de Autoridades de Defensa de la Competencia* debiera ser reflejo de lo que se expresa de la red homóloga europea: “[I]as autoridades nacionales de competencia y la Comisión forman conjuntamente una red de poderes públicos que actúan al servicio del interés público y cooperan

estrechamente para proteger la competencia (...) es un foro de discusión y cooperación para la aplicación y el control del cumplimiento de la política comunitaria de competencia”, siendo que “[p]roporciona un marco para la cooperación de las autoridades europeas de competencia en los asuntos de aplicación de los artículos 81 y 82 “[actuales 101 y 102] del Tratado y constituye la base para crear y mantener una cultura común de competencia en Europa³²⁶ (Comisión de la UE, 2004c) (contenido de corchetes añadido).

Esta red sería el espacio propicio para desarrollar programas de intercambio de información y experiencias, y entrenamientos técnicos que permitan compartir las fortalezas de cada autoridad nacional, la jurisprudencia relevante y la doctrina en esta materia, debiendo aprovechar que el Centro Regional de Competencia de la OCDE en América Latina se encuentra establecido desde 2019, precisamente, en la región andina, con base en el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) del Perú, en la ciudad de Lima, cuyo propósito es desarrollar capacidades y la capacitación específica para funcionarios de competencia.

Asimismo, resulta conveniente hilvanar las labores de esta red andina con la alta representación y responsabilidades que corresponden al Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (homólogo del *Comité consultivo en materia de prácticas restrictivas y de posiciones dominantes* de la Unión Europea), de modo que se generen sinergias y esfuerzos complementarios para fortalecer la difusión y la aplicación de las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina. Debe recordarse, en especial, que las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros tienen legitimidad activa para promover un proceso administrativo comunitario dirigido a aplicar un *control de conductas*, pudiendo constituirse como solicitantes en este proceso, de modo individual o conjunto. Por tanto, su interacción permanente resulta de la mayor importancia para compartir sus percepciones acerca de la evolución de los mercados comunitarios y de las conductas de las empresas, lo que promovería la aplicación de las normas de defensa de la competencia en la Comunidad Andina.

³²⁶ Se trata de la Red Europea de Competencia (REC).

Tanto la *Red Andina de Autoridades de Competencia* como el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, mediante norma comunitaria de fuente derivada, debieran tener establecidas reuniones con periodicidad trimestral para afianzar sus intercambios técnicos y su coordinación con el propósito de dar aplicación a las normas de defensa de la competencia de la Comunidad Andina. Como resulta evidente, si el Comité no se reúne periódicamente y no cuenta con un Plan Anual de Trabajo, será sumamente difícil –sino improbable– que emita recomendaciones tendientes a eliminar *barreras burocráticas* impuestas por los Estados miembros, en cumplimiento de la atribución prevista en su artículo 36° Decisión 608.

Debe tenerse en cuenta que la cooperación de las autoridades de defensa de la competencia nacionales entre sí, y con la autoridad de competencia comunitaria requiere de espacios planificados, que aporten previsibilidad, frecuencia y confianza, de modo que se puedan compartir información y perspectivas para la aplicación de las normas comunitarias. Con base ello, se construye una combinación de espacios formales e informales que dan lugar a la fluida comunicación e interacción (Jenny y Horna, 2005, p. 304). Para ello, la autoridad comunitaria debe liderar con autoridad jurídica y con *autoridad de conocimiento* los espacios de coordinación y de intercambio de experiencias e información³²⁷.

De otro lado, en relación con los mandatos de promoción de la competencia establecidos por la Decisión 608, cabe señalar que no se conocen recomendaciones emitidas por el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia tendientes a eliminar *barreras burocráticas* impuestas por los Estados miembros, en cumplimiento de la atribución prevista en su artículo 36°. Este Comité debe ser reactivado, en sintonía con las medidas previamente esbozadas también para estimular el desarrollo de la *abogacía o promoción de la competencia* en la Comunidad Andina.

Finalmente, aprovechando las ventajas de la institucionalización de una Red Andina de Autoridades de Defensa de la Competencia y la reactivación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, parece recomendable que la Secretaría General emprenda la actualización de la Guía Práctica para la Aplicación de la Decisión 608

³²⁷ “Developing nations need their own networks to explore their own interests more centrally. Regional trade groupings can serve as a platform for this objective” (Fox, 2007, p. 235).

(Secretaría General, 2007), considerando todas las mejoras propuestas en este y el siguiente numeral. En el mismo sentido, parece recomendable el desarrollo, cuando menos, de una Guía de Programas de Cumplimiento de las normas de defensa de la competencia para empresas que actúan en mercados de alcance comunitario andino, cuyo objeto es orientar a estas empresas sobre los principales aspectos que deben tomar en cuenta al desarrollar este tipo de programas.

C) Formación de una cultura de competencia y de atención sobre los intereses del consumidor

Si bien la existencia de sólidas y dinámicas políticas de competencia de dimensión regional, que incluyan efectivas normas de defensa de la competencia, se entienden necesarias para un proceso de integración como el andino, debe revertirse la debilidad de las asociaciones e iniciativas de los consumidores, de modo que la sociedad civil impulse una cultura de competencia y atención sobre los intereses del consumidor (Mehta y Nanda, 2005, p. 277)³²⁸.

Para la efectiva aplicación de las normas de defensa de la competencia es preciso promover una cultura de competencia y de atención sobre los intereses del consumidor, que impulse el entendimiento de los ciudadanos y de la sociedad en su conjunto acerca de la función de estas normas sobre su bienestar. La experiencia europea revela que la distancia entre los textos legales que establecen reglas y derechos, y la realidad de los procesos sociales y económicos se acorta con la cultura de los ciudadanos, individual o colectivamente considerados. Solamente la cultura genera actitudes y verdaderos cambios.

Lo señalado es de especial relevancia en la Comunidad Andina, en materia de defensa de la competencia, pues, como se ha señalado, el proceso administrativo comunitario dirigido a aplicar un *control de conductas* puede ser iniciado no solamente de oficio

³²⁸ Esta oportunidad de mejora parece derivarse de los sistemas de defensa de la competencia nacionales andinos. Así, se ha venido señalando que "la promoción de la competencia, a pesar de la importancia que reviste para las economías de estos Estados, por su relación con las áreas de desregulación de la economía y privatización, no ha sido suficientemente considerada por las legislaciones nacionales. Por otra parte, la divulgación de información sobre los beneficios que la competencia, importante en la formación de una cultura de la competencia (inexistente o muy débil en los países andinos), ha sido asumida por las autoridades correspondientes" (Defaz, 2000, p. 170).

por la Secretaría General de la Comunidad Andina, sino también a pedido de un solicitante bajo un modelo de legitimidad abierta. Así, además de las autoridades nacionales de defensa de la competencia y los organismos nacionales de integración de cada Estado miembro³²⁹, se pueden constituir como solicitantes en este proceso los consumidores organizados y, en general, las personas naturales o jurídicas. Despertar de modo responsable el impulso de la sociedad civil, en defensa de sus legítimos intereses, resulta determinante para activar el motor de la jurisprudencia comunitaria.

D) Construcción de una política de competencia

A efectos del desarrollo de los lineamientos en esta materia, debemos recordar que la política de la competencia incluye tanto el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como también la liberalización y la desregulación del comercio.

En primer lugar, en nuestra opinión, resulta necesario construir en la Comunidad Andina una visión integrada de la política de competencia. Al efecto, desde los Estados miembros, conviene que la política de competencia de cada uno se encuentre alineada en torno a la política de competencia comunitaria. Para esto resulta de utilidad la medida de armonización gradual de políticas económicas que prevé el Acuerdo de Cartagena en su artículo 3°, literal b), que es concordante con lo establecido en su artículo 54°, que da cuenta de la previsión de acciones planificadas para tal fin³³⁰. La institucionalización de la *Red Andina de Autoridades de Competencia*, vinculada estrechamente al Comité Andino de Defensa de la Libre

³²⁹ Los Estados miembros, conforme al Acuerdo de Cartagena, de modo general, deben determinar su organismo nacional de integración, que mantendrá coordinaciones con la Secretaría General de la Comunidad Andina en las materias del proceso de integración andino. Cfr. Artículo 30° del Acuerdo de Cartagena.

³³⁰ Al respecto cabe considerar que el Acuerdo de Cartagena señala:

“Artículo 3.- Para alcanzar los objetivos del presente Acuerdo se emplearán, entre otros, los mecanismos y medidas siguientes:

(...)

b) La armonización gradual de políticas económicas y sociales y la aproximación de las legislaciones nacionales en las materias pertinentes (...)”

(...)

Artículo 54.- Los Países Miembros coordinarán sus planes de desarrollo en sectores específicos y armonizarán gradualmente sus políticas económicas y sociales, con la mira de llegar al desarrollo integrado del área, mediante acciones planificadas. (...).”

Competencia, sería el espacio propicio para proponer los fundamentos y el alcance de tal armonización.

Si observamos la experiencia europea, esta visión integrada se ha ido decantando y fortaleciendo mediante jurisprudencia consistente del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Ello contrasta, en la experiencia andina, con el evidenciado déficit de aplicación de la Decisión 608. Por ello, como lineamiento para el fortalecimiento del sistema de defensa de la competencia en la Comunidad Andina, la Comisión debiera expedir una Decisión, que enmarque y complemente la Decisión 608, considerando la experiencia europea analizada, que especifique como *objetivos generales del sistema de defensa de la competencia comunitario* evitar que se afecte:

- i) la competencia efectiva en el espacio económico integrado andino; y,
- ii) la circulación de los factores que sustentan el espacio económico integrado andino (mercancías, servicios, capitales y personas), conforme a la profundidad de liberalización que les corresponda.

Si estos objetivos pudieran determinarse a nivel del Derecho originario, su valor se vería reforzado y permitiría el control vía acción de *nulidad*, ante el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, de cualquier Decisión o Resolución expedida por la Comisión Andina o la Secretaría General que los contradiga.

Asimismo, para la construcción de una política de competencia en la Comunidad Andina resulta necesario reconocer las relaciones económicas entre las medidas de defensa comercial y las políticas de competencia y, desde lo jurídico, afinar su grado de complementariedad o de sustitución. Así, por ejemplo, muchas de las medidas de salvaguardia intracomunitarias que prevé el Acuerdo de Cartagena permiten niveles de protección a la producción nacional de mercancías de los Estados miembros, que son capaces de afectar la competencia efectiva en el mercado comunitario, por lo que atentan contra los *objetivos generales del sistema de defensa de la competencia comunitario* antes enunciados. Tales medidas de salvaguardia intracomunitarias parecen diseñadas para contribuir con la viabilidad de un proceso de integración en su formación o en períodos de transición, pero no para mantener una posible aplicación

incluso más de 15 años después de haberse establecido el área de libre comercio *plus* en la Comunidad Andina y gozar de una existencia indefinida. Por su parte, como es claro, las políticas de competencia en los espacios económicos integrados cumplen la función de garantizar la circulación de factores e intensificar el proceso competitivo, asegurando la legitimidad y el funcionamiento de economía social de mercado, como la que debe implementarse en el espacio económico integrado de la Comunidad Andina. Así, las medidas de salvaguardia intracomunitarias dirigidas a proteger a la industria local de los Estados miembros deben ya eliminarse³³¹ y deben revisarse detalladamente otros tipos de salvaguardias para restringirlas al máximo y, en todo caso, hacer más beneficiosa su aplicación intracomunitaria que la aplicación extracomunitaria de salvaguardias que sean de la misma naturaleza³³².

Adicionalmente, resulta necesario que desde el Derecho originario de la Comunidad Andina se remedie la falta de claridad de los mandatos contenidos en el artículo 93° del Acuerdo de Cartagena, que confunde la disciplina cuya finalidad es la defensa de la competencia, en procura de que ésta sea efectiva, con las disciplinas cuya finalidad es corregir (o disminuir) la intensidad de la competencia generada por mercancías importadas a precio “dumping”. En todo caso, considerando que la posibilidad de aplicar derechos compensatorios intracomunitarios se reemplazaría por el *régimen común de ayudas públicas*, debiera eliminarse la previsión de medidas antidumping³³³ al interior del espacio económico integrado andino³³⁴. Ello tal como se verifica, por ejemplo, en el caso de la propia Unión Europea, que las eliminó progresivamente y las mantuvo solo en etapas de transición al ingresar nuevos Estados miembros³³⁵, y como

³³¹ Cfr. Artículo 97° del Acuerdo de Cartagena, que prevé medidas de salvaguardia para “corregir” las perturbaciones (léase efectos competitivos) generados por importaciones de productos originarios de la Subregión, en cantidades o en condiciones que se estimen significativas.

³³² Cfr. Artículo 95° del Acuerdo de Cartagena, que prevé medidas de salvaguardia para corregir el desequilibrio de su balanza de pagos global, la cual no evidencia como propósito proteger la producción nacional del Estado miembro que la impusiera.

³³³ Al tiempo de esta reflexión, se ha llegado a decir, con buena intención aun cuando con poco sustento explícito, que “el mantenimiento de la figura del dumping intracomunitario llega a distorsionar los fines de un proceso de integración ya que supone el incumplimiento del principio de trato nacional” (Sotomayor, 2001, p. 81).

³³⁴ Cfr. Decisión 456, que establece normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

³³⁵ Cfr. Reglamento 812/86 del Consejo.

se evidencia en el Acuerdo Comercial de Relaciones Económicas más Estrechas entre Australia y Nueva Zelanda (López, 2005, p. 20).

2.3.5.2. Mejora de ciertas condiciones esenciales para un adecuado y debido procedimiento

A) Establecimiento de un programa de clemencia

El sistema comunitario de defensa de la competencia no cuenta con un *programa de clemencia*, como si ocurre en el ámbito de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea. Sin embargo, debe recordarse que el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha remarcado la utilidad y eficacia de los “llamados programas de clemencia (*leniency program*), denominados también programas de delación compensada o programas de exoneración o exención (total o parcial) del pago de multas (...), los cuales se encuentran recogidos en la normativa nacional de defensa de la libre competencia de los cuatro países miembros” como herramienta que permiten mejorar la eficacia de la detección, eliminación y sanción de *cárteles* (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018c, pp. 3-6), lo cual se encuentra en sintonía con el estándar internacional expresado en la recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos de la OCDE (2019a).

En consecuencia, resulta recomendable establecer un programa de clemencia como una herramienta que conforme el proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia³³⁶. Su diseño debe incluir un incentivo que permita una exoneración de la sanción total o parcial, con base en una colaboración eficaz de un infractor y que es aplicable a la investigación de *cárteles*, implica una delación compensada. Para su diseño y establecimiento, que implica una necesaria modificación de la Decisión 608, se debieran tomar las mejores prácticas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia de cada Estado miembro, así como la experiencia europea.

³³⁶ Se afirma que la necesidad de implementar un programa de clemencia a nivel comunitario permitiría que “la región pueda verse favorecida de los beneficios de este tipo de programas, generando un mayor bienestar en la economía de los países miembros y su población” (Cadavid, 2019, p. 85).

B) Redistribución de competencias administrativas y la actuación oportuna de las autoridades comunitaria y nacionales

Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina referidos a la aplicación de la Decisión 608 nos revelan algunas dificultades que deben corregirse en relación con la coordinación entre la autoridad comunitaria y de las autoridades nacionales de defensa de la competencia para la aplicación de normas de defensa de la competencia comunitarias y nacionales.

El escenario que ha mostrado el desencuentro más claro en la actuación de ambos niveles de autoridades son los casos relativos a la pretendida fijación de precios en los mercados papeles suaves (papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina), que se han desarrollado en la Comunidad Andina.

Al respecto, debe notarse que el anuncio formal sobre un posible *cártel* en la región relacionado con la comercialización de papeles suaves se originó en 2014 en Colombia, donde el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio formuló pliego de cargos por posible cartelización, por fijación de precios entre competidores, en este mercado contra diferentes empresas y personas naturales³³⁷. Ocurrió lo propio en Chile, jurisdicción donde la Fiscalía Nacional Económica, autoridad investigadora, presentó, en 2015 un requerimiento contra diversas empresas ante el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile³³⁸. En Perú, en diciembre de ese mismo año, la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) acusó, entre otros, la fijación concertada de precios en la comercialización de papel higiénico y otros productos de papel tisú³³⁹ contra dos empresas vinculadas a empresas ya investigadas en Colombia.

³³⁷ Cfr. Resolución 69518 de 2014, emitida por el Superintendente delegado para la protección de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia.

³³⁸ Cfr. Requerimiento en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. de fecha 27 de octubre de 2015, emitida por la Fiscalía Nacional Económica de Chile.

³³⁹ Cfr. Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, emitida por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi.

Estas investigaciones en diferentes jurisdicciones de la región fueron difundidas ampliamente en diversos medios de prensa tradicionales y digitales. Todas ellas involucraban periodos de desarrollo de la conducta investigada que se superponían desde el año 2000 en adelante y que se extendían por, mínimo, diez años, en cada caso investigado. Incluso, cabe remarcar que la autoridad de defensa de la competencia del Perú tomó debida nota del caso en Colombia y, ante lo evidenciado y expresado por la propia autoridad de dicha jurisdicción, que es la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), emprendió su investigación sobre un *cártel* –en ese momento aún presunto y luego sancionado– en el mercado de papeles suaves, considerando expresamente:

“5. La Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, la SIC), mediante Resolución 69518 del 24 de noviembre de 2014³⁴⁰, resolvió abrir una investigación y formular pliegos de cargos contra Productos Familia S.A., Colombiana Kimberly Colpapel S.A.³⁴¹, Papeles Nacionales S.A., Cartones y Papeles del Risalda S.A. y Drypers Andina S.A.³⁴² por la presunta contravención de lo dispuesto en el Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la SIC y se dictan otras disposiciones, y la Ley 155 de 1959, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas.

6. En dicha Resolución, la SIC señaló lo siguiente:

Esta Delegatura evidenció que de conformidad con la información obrante en el expediente, existen pruebas que indican que las posibles conductas anticompetitivas adelantadas por FAMILIA, KIMBERLY, PAPELES NACIONALES, CARTONES Y PAPELES DE RISALDA y DRYPERS podrían estarse adelantando igualmente en otros países en los que algunas de estas empresas también desarrollan la actividad de producción, distribución y comercialización de papel higiénico, pañuelos para manos y cara, toallas de cocina y servilletas³⁴³.”

Como se recuerda, la Secretaría General de la Comunidad Andina, recién toma acción en relación con este caso, en noviembre de 2016, pues, mediante Resolución 1883, la

³⁴⁰Disponible en:

http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/RESOLUCION_69518_DEL_24_DE_AGOSTO.pdf (última consulta: 15 de octubre de 2016). (Nota original procedente del texto citado).

³⁴¹ Empresa vinculada a Kimberly Clark. (Nota original procedente del texto citado).

³⁴² Empresa vinculada a Protisa. (Nota original procedente del texto citado).

³⁴³ Todas las empresas mencionadas fueron sancionadas a través de la Resolución 31739 del 26 de mayo de 2016 por la SIC de Colombia, con excepción de Drypers Andina S.A., la cual fue absuelta. (Nota original procedente del texto citado).

Secretaría General de la Comunidad Andina inició una investigación a solicitud de Ecuador sobre conductas anticompetitivas, entre 2002 y 2014, relativas a la fijación de precios y repartición de mercados de papeles suaves (papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina), por parte de empresas ecuatorianas y colombianas, entre ellas algunas de las sancionadas ya por la autoridad colombiana.

Esta tardía y no espontánea actuación de la Secretaría General revela que, pese a las diversas noticias en la región referidas a diferentes sospechas –en ese momento, aun no comprobadas–, no se había desarrollado una investigación de oficio con el propósito de evaluar la posible aplicación de la Decisión 608. Al efecto se debe considerar, tal como se ha citado previamente, que la autoridad de defensa de la competencia de Colombia ya había expresado en 2014 que “existen pruebas que indican que las posibles conductas anticompetitivas (...) podrían estarse adelantando igualmente en otros países en los que algunas de estas empresas también desarrollan la actividad de producción, distribución y comercialización de papel higiénico, pañuelos para manos y cara, toallas de cocina y servilletas”.

En consecuencia, se hacía evidentemente necesaria, cuando menos, la acción indagatoria e inspectiva de la Secretaría General como autoridad comunitaria de defensa de la competencia, a efecto de verificar si se trataba de un caso que desencadenaba su competencia debido a un efecto transfronterizo, en aplicación del artículo 5° de la Decisión 608.

En nuestra opinión, la prevención y la corrección de una posible similar inacción en el futuro se debe materializar en clave con la institucionalización de una Red Andina de Autoridades de Defensa de la Competencia y la reactivación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, comentada en un numeral previo³⁴⁴. Ello debiera permitir que las acciones de oficio de la Secretaría General, con el apoyo de las

³⁴⁴ Esta inacción debe ser corregida para evitar un desgaste del sistema comunitario de defensa de la competencia, pues desde hace varios años se ha señalado la existencia de “una desaceleración generalizada de la Comunidad Andina que también ha afectado el sistema de Competencia” (Peralta, 2015, p. 45), lo que afecta la reforma pretendida a través de la emisión de la Decisión 608.

autoridades nacionales de defensa de la competencia, se desarrolle en el marco de una adecuada planificación³⁴⁵.

Adicionalmente, aparece como recomendable que, para evitar los errores de apreciación de Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina que, ante la tardía actuación de la Secretaría General, parece verse indebidamente obligado a desconocer que, en relación con el elemento subjetivo, el principio *non bis in ídem* es una garantía individual que protege a una persona natural o jurídica y no una garantía colectiva que exige una identidad de sujetos total, se requiere incorporar en el sistema andino de defensa de la competencia, con inspiración en la experiencia europea:

- i) abandonar un sistema de atribuciones exclusivo a favor de la Secretaría General de la Comunidad Andina para la aplicación de las normas de defensa de la competencia comunitarias y transitar a un sistema en el cual las autoridades de competencia de los Estados miembros también se encuentran habilitadas a aplicar dichas normas comunitarias; y,
- ii) establecer, como parte de este sistema, un *mecanismo de atracción de competencias* a favor de la Secretaría General para que, si decide conocer un caso concreto, su actuación tenga prioridad sobre los procedimientos que hayan emprendido las autoridades de competencia de los Estados miembros sobre los mismos hechos. Así, si estas no hubieren iniciado caso alguno, la acción de la Secretaría General las priva de competencia; y, si lo hubieren iniciado, las autoridades de competencia de los Estados miembros deberán inhibirse y archivar lo actuado, mediando consultas previas, pero sin capacidad de veto al conocimiento del caso por parte de la Secretaría General.

A ello, que requiere modificar la Decisión 608, se debe sumar la previsión de que la prescripción se interrumpe ante la acción de investigación de una autoridad nacional

³⁴⁵ Es evidente para la doctrina que la Decisión 608 no contiene disposiciones “sobre la competencia de la Secretaría General cuando un asunto está siendo objeto de uno o varios procedimientos de orden nacional, ni se regulan tampoco los efectos que en estos casos tendría la asunción de competencias por parte de la autoridad andina. En otras palabras, no se regula el principio de primacía o prevalencia de la competencia de la autoridad supranacional, que en nuestra opinión estaría plenamente justificado y sería necesario respecto de aquellas conductas que claramente afecten el funcionamiento del mercado subregional” (Ortiz-Baquero y Solano-Osorio, 2016, p. 331).

de defensa o de la autoridad comunitaria, en cualquier caso. De este modo, las preocupaciones de posible impunidad que manifiesta reiteradamente el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina sobre conductas anticompetitivas debieran quedar resultas, siempre que, igualmente, las autoridades de defensa de la competencia de la Comunidad Andina actúen oportunamente y, cuando la situación lo amerite, de oficio e inmediatamente.

La autoridad comunitaria y las autoridades nacionales de defensa de la competencia deben intercambiar información y cooperar estrechamente ante indicios de una situación que amerite una investigación y en la investigación misma. La lección que se deriva de los casos relativos a la pretendida fijación de precios en los mercados papeles suaves (papel tisú, papel higiénico, servilletas, pañuelos para manos y cara y toallas de cocina), que se han desarrollado en la Comunidad Andina y los desencuentros en la actuación de los niveles comunitario y nacional de las autoridades de defensa de la competencia debe ser aprendida y las patentes oportunidades de mejora deben ser atendidas.

C) Implementación de una estructura que cumpla con el principio de imparcialidad objetiva

El proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia se tramita de conformidad con las normas especiales de procedimiento contenidas en la Decisión 608³⁴⁶ y en las normas generales contenidas en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado en 1997 mediante la Decisión 425³⁴⁷.

³⁴⁶ “Artículo 45.- Las normas sobre procedimientos administrativos contenidas en la presente Decisión se aplicarán con preferencia a las contenidas en la Decisión 425 que aprueba el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General.”

³⁴⁷ “Artículo 1.- El presente Reglamento regirá los procedimientos para la expedición de Resoluciones y el ejercicio de los demás actos jurídicos análogos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, así como los procedimientos para la revisión de dichos actos por parte de la propia Secretaría General. En consecuencia, se aplica a:

(...)

- e) Los procedimientos que se sigan ante la Secretaría General en las investigaciones que tengan por objeto determinar la posible existencia de prácticas que puedan distorsionar la competencia en la Subregión, tales como dumping, subsidios o prácticas restrictivas de la libre competencia;

(...).”

Sin embargo, considerando que el proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia es un proceso que hace concreto un *control de conductas*, calificando como un procedimiento sancionador, como bien lo ha remarcado el órgano jurisdiccional comunitario (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018a, pp. 13-14), preocupa que el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina no prevé normas específicas sobre procedimientos sancionadores. Es decir, este reglamento no reconoce expresamente garantías mínimas correspondientes al debido proceso, en particular aquellas vinculadas a la exigencia de imparcialidad objetiva que corresponden a un proceso sancionador.

Al respecto, debe recordarse que el *principio de debido proceso*, que reconoce la Decisión 608, debe aplicarse e interpretarse de modo concordante con el derecho al debido proceso reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual son parte todos los Estados miembros de la Comunidad Andina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Esta última, en reciente sentencia de julio de 2020 (Petro Urrego vs. Colombia), reafirma que lo relevante para la aplicación de las garantías en la administración de justicia es que la función que se ejerza, desde el poder público, sea materialmente jurisdiccional:

“(…) si bien el artículo 8 de la Convención se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente (...) De esta forma, se desprende que cualquier órgano (...) que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana³⁴⁸ (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020).

Y en esta misma sentencia reciente, la CIDH enfatiza la exigencia de imparcialidad en la tramitación de procesos sancionadores:

³⁴⁸ “Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.” (Nota añadida).

“En razón de lo anterior, este Tribunal advierte que el diseño particular del proceso seguido (...) evidencia una falta de imparcialidad desde el punto de vista objetivo pues resulta lógico que, al haber formulado los cargos contra el señor Petro, la Sala Disciplinaria tenía una idea preconcebida sobre su responsabilidad disciplinaria.” (Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020).

En el ámbito interamericano se reconoce que la imparcialidad tiene dos dimensiones. La imparcialidad subjetiva, que exige que la autoridad a cargo de decidir no debe tener un compromiso con alguna de las partes ni interés en el resultado del caso. La imparcialidad objetiva, que exige una estructura de proceso que impida influencias negativas que pueden afectar el juicio imparcial de la autoridad, como ocurre cuando la misma autoridad es la que inicia la investigación, imputa cargos, actúa medios probatorios y toma una decisión sobre el fondo del asunto.

En consecuencia, la imparcialidad objetiva exige que toda función materialmente jurisdiccional, como es el caso de los procesos administrativos sancionadores, presente estructuras que aseguren imparcialidad. Por ello, en el ámbito de la Comunidad Andina, la decisión 608 requiere una reforma en este sentido, considerando los altos estándares que exigen los derechos humanos en el ámbito del debido proceso.

2.3.5.3. Incorporación de un régimen común de ayudas públicas

El sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina se encuentra incompleto al carecer de un *régimen común de ayudas públicas*, con el fin de evitar que estas ayudas afecten la competencia efectiva en el espacio económico integrado andino. Es cierto que un régimen de esta naturaleza no se ha indicado como un elemento del contenido estándar de las normas de defensa de la competencia, expuesto en el primer capítulo de esta tesis. Sin embargo, la experiencia europea ha revelado que este régimen resulta de especial relevancia en un proceso de integración que aspira a lograr profundidad. Así, se evidencia, del contenido y la aplicación de los artículos 107° a 109° del TFUE, que hacen parte de una sección especial que determina normas comunes aplicables a las ayudas otorgadas por los Estados miembros.

El establecimiento de un *régimen de ayudas públicas* en la Comunidad Andina no requiere de una modificación del Acuerdo de Cartagena. Puede darse mediante la emisión de una Decisión por parte de la Comisión de la Comunidad Andina, atendiendo que el artículo 93° de este tratado fundacional le atribuye competencia para adoptar, a propuesta de la Secretaría General, “las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión”. Ello comprende evidentemente las prácticas o conductas de los Estados miembros, incluyendo las que establecen las subvenciones o subsidios, que materializan las ayudas públicas capaces de generar artificialmente una mejor posición competitiva en determinadas empresas que reciben pagos o contribuciones de diferente forma, en detrimento de otras empresas que compiten en el mismo mercado en el ámbito comunitario.

En este sentido, el establecimiento de un *régimen de ayudas públicas* de naturaleza común, como el que posee la Unión Europea, permite prevenir que tales ayudas afecten la competencia efectiva cuando se trata de subvenciones o subsidios que, por distorsionar la competencia efectiva en el ámbito comunitario, sean capaces de afectar la circulación de factores económicos (mercancías, servicios, capitales y personas) entre los Estados miembros de la Comunidad Andina³⁴⁹.

Este régimen, además, permitiría sustituir una medida de defensa comercial intracomunitaria³⁵⁰, consistente en la imposición de derechos compensatorios sobre la importación de mercancías que reciben los beneficios de una subvención o subsidio, por la aplicación de normas que conforman el sistema de defensa de la competencia, el cual tiene por finalidad resguardar la competencia efectiva y no la protección de determinadas empresas locales.

³⁴⁹ Un sector de la doctrina también ha señalado que es necesaria “la inclusión de una disposición que permita a la Comisión analizar los efectos de las ventajas concedidas a los operadores económicos que se benefician de las ayudas públicas, dado que de momento el único control efectivo que podría realizar la Comisión consiste en un mecanismo indirecto que si bien sanciona las conductas anticompetitivas no ataca la conducta que dio paso al inicio de aquel comportamiento que son las ayudas públicas” (Ramírez, 2012, p. 76).

³⁵⁰ Cfr. Decisión 457, que establece normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

Resulta posible que, en opinión de algunos, un *régimen de ayudas públicas* no resulte necesario en la Comunidad Andina por dos motivos. El primero se basaría en la consideración de que los Estados miembros de la Comunidad Andina no poseen recursos suficientes para desarrollar programas de ayudas públicas que sean capaces de afectar la competencia efectiva en el ámbito comunitario. El segundo se basaría en la consideración de que el artículo 36° de la Decisión 608, al establecer que “en la adopción y aplicación de las políticas y medidas regulatorias de mercado, los Países Miembros no impedirán, entorpecerán ni distorsionarán la competencia en el mercado subregional”, comprende a las ayudas públicas que afecten la competencia efectiva en el ámbito comunitario.

En relación con el primer motivo, debe considerarse que “[l]a ayuda pública es un gran instrumento de los Poderes públicos, crecientemente utilizado (...) y los Estados y demás entidades públicas se han erigido en grandes poderes económicos, gracias principalmente a un enorme incremento de la recaudación fiscal” (contenido de corchetes añadido) (Martínez López-Muñiz, 2005, p. 491). En este sentido, en la Comunidad Andina es posible considerar que, a mayor recaudación, se generarán progresivamente mayores recursos disponibles para el otorgamiento de ayudas públicas. Justamente, en previsión de ello se requiere el establecimiento de un *régimen de ayudas públicas* para la Comunidad Andina, pues una vez que los Estados miembros cuenten con mayores recursos para ello e implanten ayudas públicas incompatibles con la competencia efectiva en el espacio económico integrado andino, su remoción resultará un asunto de mayor dificultad.

En relación con el segundo motivo, el artículo 36° de la Decisión 608 no se refiere a las ayudas públicas que afecten la competencia en el ámbito comunitario. La propia Guía Práctica para la Aplicación de la Decisión 608 solamente señala que “[l]os expertos gubernamentales, cuando negociaron este aspecto, presumieron que el mismo estaba referido a las disposiciones y efectos relacionados con mercados o sectores regulados. En ese sentido, se debe hacer notar que en la regulación económica las normas afectan a las características estructurales de la industria como son la entrada a la actividad o los precios” (Secretaría General, 2007, p. 42). Así, esta guía no expresa la intención de incluir en el alcance del señalado artículo 36° a las ayudas públicas, lo

cual, de haberse deseado, en nuestra opinión, debió haberse señalado expresamente en la Decisión 608 de haberlo requerido el legislador comunitario.

Resulta de utilidad referirnos al dictamen de la Secretaría General de la Comunidad Andina emitido ante reclamo formulado en junio de 2006 por empresas dedicadas a la producción y exportación de flores contra Colombia, entre otros, por posible incumplimiento del artículo 36° de la Decisión 608 (Dictamen SGCAN 01-2007 Tucán Flowers y otros). Como se ha indicado previamente, en este caso, se cuestionaba la aplicación del *Programa de Incentivo a la Cobertura Cambiaria* y el *Programa de Incentivo Sanitario para Flores*, que bien podrían haberse definido como un conjunto de ayudas públicas. Sin embargo, este caso fue dictaminado como improcedente. La Secretaría General consideró que no quedó acreditado que la aplicación de tales programas de incentivos fuera capaz de impedir, entorpecer o distorsionar la competencia en el mercado Subregional andino. Debe notarse que este órgano comunitario no consideró improcedente el reclamo por tratarse de medidas fuera del ámbito de aplicación objetivo del artículo 36° de la Decisión 608 (Dictamen SGCAN 01-2007 Tucán Flowers y otros). Pese a ello, un caso como este no ha llegado a ser analizado por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, siendo recomendable, en nuestra opinión, en mérito del principio de atribución de competencias, establecer un *régimen de ayudas públicas* de modo expreso, pues presumirlo implícito en el mandato de la Secretaría General, pese al silencio de la Decisión 608, no se encuentra exento de severas dificultades jurídicas.

Cabe señalar que un *régimen de ayudas públicas* como el que sería recomendable establecer en la Comunidad Andina debiera ser no solamente común, sino además completo en términos de determinar cuáles son las ayudas públicas compatibles *de iure* y las que pueden ser compatibles con el espacio económico integrado andino (tal como lo prevé el artículo 107° del TFUE). Asimismo, mediante Decisión especial, se debe establecer cuál es el cauce procedimental, las atribuciones y los límites que debieran corresponder a la Secretaría General para la evaluación de las ayudas públicas y, de ser el caso, para ordenar su supresión (tal como lo prevé el artículo 108° del TFUE).

Bajo este diseño para la Comunidad Andina, debiera también quedar claro, como en el ámbito de la Unión Europea, que si un Estado miembro, al que se dirige una orden para no aplicar, modificar o eliminar una ayuda pública por no resultar compatible con el espacio económico integrado, no cumpliera con ello, se encuentra expedita la vía de la acción de incumplimiento ante los órganos comunitarios andinos, en contra de dicho Estado.

2.3.5.4. Carencia de habilitación originaria y carencia de necesidad para un control de estructuras

El sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina solamente cuenta con un mecanismo de intervención de *control de conductas* de los agentes económicos. Carece de un mecanismo de *control de estructuras* dirigido a analizar y, eventualmente, condicionar, prohibir o escindir las concentraciones empresariales (generadas por una fusión, adquisición o constitución de empresa en común o de *joint venture*, entre otros) que, por sus circunstancias concretas, pudieran afectar significativamente la competencia efectiva en alguno de los mercados integrados en la Comunidad Andina y, en consecuencia, el bienestar de los consumidores.

Sin embargo, no es posible jurídicamente, mediante una nueva Decisión o mediante la modificación de la Decisión 608, establecer un mecanismo de *control de estructuras* comunitario, debido a que el Acuerdo de Cartagena no prevé esta habilitación dado que se refiere únicamente a prácticas que afecten la competencia, entendidas como conductas anticompetitivas. Ello resulta evidente cuando este tratado fundacional determina, en su artículo 93°, que corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina adoptar, a propuesta de la Secretaría General, “las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión tales como “dumping”, manipulaciones indebidas de los precios, maniobras destinadas a perturbar el abastecimiento normal de materias primas y otras de efecto equivalente”.

De esta disposición contenida en el Acuerdo de Cartagena se evidencia que la habilitación para emitir normas de defensa de la competencia se dirige a prevenir y corregir los efectos de conductas (como el dumping) o conductas en sí mismas que

puedan distorsionar el proceso competitivo (como colusiones anticompetitivas o abusos de posición de dominio), que impliquen manipulaciones o maniobras sobre precios o sobre la oferta y la demanda, entre otras de efecto equivalente. En consecuencia, desde el Derecho comunitario andino originario o constitucional queda claramente establecida la ausencia de una habilitación para que, desde el Derecho comunitario derivado, se establezca un mecanismo de *control de estructuras* comunitario.

Previamente señalamos que, en el Derecho originario de la Unión Europea no se aprecia una referencia general explícita al control de concentraciones de empresas y que, sin embargo, mediante el Reglamento 139/2004, el Consejo de la Unión Europea determinó disposiciones para efectuar este control. Aun cuando pudiera estimarse que la situación del Derecho comunitario andino originario es similar y que, mediante Decisión la Comisión podría emitir normas para establecer un *control de estructuras* en la Comunidad Andina, corresponde remarcar que el artículo 93° del Acuerdo de Cartagena establece que corresponde a la Comisión de la Comunidad Andina adoptar “las normas indispensables para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión (...)”. Es decir, solamente cuenta con atribuciones restringidas para emitir “normas indispensables” para la defensa de la competencia y desde esa clara perspectiva no parece indispensable y ni siquiera necesario establecer un mecanismo de intervención tan profundo como el que implica un *control de estructuras* para un espacio económico integrado que no califica siquiera como una unión aduanera, calificando únicamente como un área de libre comercio *plus*, como se ha indicado previamente.

En consecuencia, el establecimiento de un mecanismo de *control de estructuras* requeriría tanto una modificación del Acuerdo de Cartagena como una apreciación de clara necesidad para establecerlo³⁵¹, en línea del cumplimiento de altos estándares de

³⁵¹ En las primeras fases de los trabajos de preparación del proyecto que luego dio origen a la Decisión 608, desde la Gerencia de Proyecto de Administración de la Normativa Andina sobre Competencia de la Secretaría General de la Comunidad Andina se señalaba que “ni las fusiones, ni las concentraciones empresariales (...) son consideradas en la Propuesta de Decisión (...) dadas las estructuras económicas de los Países Miembros, y en el proceso de globalización y apertura económica que caracteriza la actual coyuntura, podría no considerarse propicio tratarlas (...). Tampoco se contempla en el ámbito de dicho Proyecto, a las ayudas estatales sobre las cuales no se han realizado mayores avances en la materia.” (Ortiz, 2001, p. 159).

calidad regulatoria. Ello, considerando que un *control de estructuras* es un mecanismo de intervención del poder público capaz de limitar, en alguna medida, el ejercicio de los principios y derechos de libertad de empresa, de libre contratación y de propiedad, que corresponde a los sujetos de derecho que actúan como agentes económicos. Así, tal limitación es tolerable únicamente cuando se evidencia una comprobada necesidad de hacerlo en beneficio del interés general, y siempre guardando idoneidad y proporcionalidad³⁵².

³⁵² En todo caso se ha señalado que la implementación de un sistema de *control de estructuras* comunitario en la región andina requiere la presencia de ciertos presupuestos como una adecuada y clara delimitación de las competencias nacionales y comunitarias con base en umbrales que determinen la obligación de realizar una notificación; y, la armonización completa de las legislaciones nacionales de los Estados miembros, con base en una coordinación permanente con adecuada voluntad política para garantizar el cumplimiento de las decisiones de la autoridad comunitaria en cada uno de dichos Estados (Sanguineti, 2017, pp. 85-86).

Capítulo 3

La política y la defensa de la competencia en el Perú

Conforme a lo formulado en los dos capítulos iniciales de esta tesis, la política de competencia incluye tanto el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, como también la liberalización y la desregulación del comercio interno y externo. Esta tesis se centra en el primer componente, por lo cual, en este tercer capítulo, se analizan los elementos esenciales de la defensa de la competencia en Perú, sin descuidar el abordaje sobre lo esencial de la liberalización y la desregulación de la actividad empresarial y del comercio, dado que ello también conforma la política de competencia.

3.1. Marco constitucional peruano

El régimen económico de Perú se fundamenta en un sistema económico de mercado o una economía social de mercado, establecida por la vigente Constitución Política de 1993. Como apreciaremos en detalle, este régimen constitucional asegura la libre iniciativa privada y determina que el Estado no debe intervenir directamente en la economía, pues la actividad empresarial estatal solamente puede desarrollarse con habilitación legal expresa y condiciones de subsidiariedad. Este régimen económico privilegia el otorgamiento de seguridades y garantías para el desarrollo de la actividad económica y la inversión privada, incluida la inversión extranjera³⁵³.

³⁵³ El régimen económico predecesor, establecido por la Constitución Política de 1979, establecía también una economía social de mercado, donde también se garantizaba la libre iniciativa privada. Sin embargo, determinaba para el Estado peruano un rol de intervención directa en la vida económica del país, que contempló la realización de actividad empresarial estatal en diferentes sectores, incluyendo la prestación de servicios públicos. Este régimen preveía, incluso, reglas diferenciadas para la inversión privada de procedencia extranjera frente a la de procedencia nacional. Este instrumento constitucional derogado planteaba el ejercicio de la actividad empresarial del Estado sin limitación de subsidiariedad y desde la concepción de un rol promotor, permitía la reserva de ciertas actividades económicas para el Estado o solamente para nacionales y la posibilidad de restringir la libertad de comercio exterior en atención a un interés social y desarrollo. Así, la Constitución Política de 1979 señalaba, entre otros:

3.1.1. Establecimiento de una economía social de mercado

La Constitución Política de 1993 garantiza, en su Título III – Régimen Económico, los siguientes principios:

- i) *La libre iniciativa privada*, lo que asegura la posibilidad de que toda persona natural (física) o jurídica (moral) pueda participar en la actividad empresarial, sea nacional o extranjera, siempre en cumplimiento de las normas jurídicas de carácter imperativo que se encuentren vigentes en la república (artículo 58).

- ii) *La libertad de empresa*, lo que garantiza que toda persona, incluso quien califique como inversionista nacional o extranjero, tiene la libertad de elegir a cuál actividad empresarial dedicarse, decidiendo la forma, el modo de organización y el momento para hacerlo, con los límites que impone la ley para proteger la salud, la seguridad y el orden públicos. Son elementos esenciales de la libertad de empresa (que incluye la libre producción de bienes y prestación de servicios) el acceso al mercado, la libertad de concurrir y competir con otros y la libertad de cesar las actividades empresariales. A ello se suman, como fundamentos de la actividad ciudadana y empresarial, el principio y derecho de libertad contractual con fines lícitos, así como el principio y derecho a la propiedad³⁵⁴ y su libre disposición. (artículos 59, 62, 63 y 70).

“Artículo 113. El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.

Artículo 114. Por causa de interés social o seguridad nacional, la ley puede reservar para el Estado actividades productivas o de servicios. Por iguales causas puede también el Estado establecer reservas de dichas actividades en favor de los peruanos.

Artículo 115. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. El Estado estimula y reglamenta su ejercicio para armonizarlo con el interés social.

(...)

Artículo 117. El Comercio exterior es libre dentro de las limitaciones que la ley determina por razones de interés social y del desarrollo del país.”

³⁵⁴ El Tribunal Constitucional peruano ha sido enfático al remarcar el carácter fundamental del derecho a la libertad contractual y a la propiedad:

“a) El derecho a la propiedad

Establecido en los incisos 8) y 16) del artículo 2° de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona

- iii) *Una economía social de mercado*, lo que implica que la asignación de recursos dirigidos a la satisfacción de las necesidades de las personas naturales (físicas) o jurídicas (morales) ocurre, de modo predominante, mediante la realización de transacciones, en un contexto de libre interacción entre la oferta y la demanda, bajo el mecanismo coordinador del precio³⁵⁵ (artículo 58).
- iv) *La defensa de la competencia*, especificando que “el Estado facilita y vigila la libre competencia” y “[c]ombate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.” Asimismo, se precisa que

propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha apoderado de él sin derecho alguno.

(...)

La propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. (...). Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. (...).

La doctrina del reconocimiento de la propiedad como una garantía institucional, ha sido también defendida por el Tribunal Constitucional en el Caso Colegio de Notarios de Junín, en la cual argumentó que “el derecho a la propiedad no sólo adquiere la categoría constitucional de derecho fundamental, sino que su defensa y promoción se constituyen en garantía institucional para el desarrollo económico (...). Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra Constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga, las consecuencias económicas que a ella le son consustanciales. Es decir, es necesario que el Estado cree las garantía que permitan institucionalizar el derecho (...).

b) El derecho a la libre contratación

Establecido en el inciso 14) del artículo 2º de la Constitución, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, prima facie:

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al co-celebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejecutan también otros derechos tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc.”

(Tribunal Constitucional peruano, 2003).

³⁵⁵ Respecto de las características principales de una economía social de mercado, la doctrina peruana reconoce que esta “[s]e basa en dos principios de liberalismo económico: el individualismo que postula la libertad del hombre y comprende el derecho de disponer libremente de su propiedad, y el principio de que la competencia es un instrumento rector. (...) el mercado está organizado de manera consciente bajo un sistema de reglas o instituciones, con un objetivo determinado sin desconocer que la libertad es la que rige las decisiones económicas” (Kresalja y Ochoa, 2009, p. 352).

“[n]inguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios”³⁵⁶ (artículo 61).

- v) *La defensa de los intereses legítimos y derechos del consumidores y usuarios de servicios públicos*, garantizando para este propósito su “derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado”, velando, en particular, por la salud y la seguridad de las personas. (artículo 65).
- vi) *La libertad de comercio interior y exterior*, especificando en el caso del comercio exterior que, ante medidas proteccionistas o medidas discriminatorias impuestas por otro Estado u organización internacional, contrarias al interés nacional, el Estado peruano puede adoptar medidas análogas (artículo 63).
- vii) *El principio de no discriminación*, que asegura un tratamiento igualitario al empresario, la empresa y la actividad empresarial nacional y extranjera, así como a la empresa y a la actividad empresarial pública y privada, y un tratamiento igualitario a la inversión nacional y la inversión extranjera,

³⁵⁶ El mandato constitucional peruano precisa, asimismo, en relación con la defensa de la competencia, que “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.” (artículo 61). Existe, a fecha, en trámite una demanda constitucional de Acción de Amparo que cuestiona una operación de concentración, vía compra de acciones, de una empresa periodística sobre otra. La sentencia de primera instancia, considerando, entre otros, que se habría probado la existencia de una alta concentración en el mercado de prensa escrita, que se habría afectado normas constitucionales y que la concentración en este mercado iría en contra de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (numeral 13.3 del artículo 13 y opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), declaró fundada la demanda y declaró nulo el contrato de compraventa de acciones. Es relevante resaltar que la sentencia se fundamentó principalmente en normas constitucionales y convencionales al no existir al momento de la operación de concentración normas con rango de ley que prohibieran o sometieran a autorización este tipo de operaciones en el Perú. Las únicas referencias a las normas de defensa de la competencia fueron realizadas para contextualizar la regulación existente en el momento de la concentración. Actualmente el proceso se encuentra en apelación.

Un sector de la doctrina ha considerado que “(...) hay muchos consumidores que leen determinados medios pero no los compran. Así mismo, hay consumidores que compran o “consumen” medios con los que no están de acuerdo, únicamente porque quieren ver y escuchar puntos de vista distintos. Así es mucho más complicado monopolizar o manipular el “mercado de las ideas” que el mercado físico de determinados bienes o servicios como los diarios, o los espacios publicitarios. De otro lado, lo que puede ser el mercado relevante para efectos de las ventas de periódicos o de anuncios publicitarios, es muy distinto de lo que puede ser, para seguir con la analogía, el “mercado relevante” para efectos de la difusión de información, opiniones e ideas. Para mencionar sólo un aspecto, en este último caso el factor de sustituibilidad es mucho mayor”. (Cavero, 2014, p. 8).

proscribiendo así preferencias a favor del inversionista nacional³⁵⁷ (lo que admite la inversión privada y extranjera en la prestación de servicios de interés general, como en los sectores de energía y telecomunicaciones, entre otros, e infraestructura), garantizando la libre tenencia y disposición de moneda extranjera (artículos 63 y 65).

- viii) *El pluralismo económico*, que respalda la existencia de la empresa bajo diversas clases y formas: empresas nacionales, extranjeras, públicas, privadas, unipersonales, en sociedad y las demás clases que existan o pudieran existir en el ordenamiento jurídico peruano (artículo 60).
- ix) *El rol promotor del Estado*, pues este tiene el mandato constitucional de estimular la generación de riqueza y orientar el desarrollo del país, en el marco de una economía social de mercado, actuando principalmente en la promoción del empleo (garantizando la libertad de trabajo), la salud, la educación, la seguridad, los servicios públicos y la infraestructura. (artículos 58 y 59). Asimismo, el Estado tiene el mandato de generar oportunidades para la superación de condiciones de desigualdad, enfatizándose la promoción de pequeñas empresas en todas sus modalidades, en consonancia con lo indicado en el literal precedente.
- x) *La actividad empresarial del Estado en condiciones de subsidiariedad*, que determina que “[s]ólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60).

En consecuencia, el régimen económico de Perú se fundamenta en una economía social de mercado, donde se garantiza amplias libertades empresariales, comerciales y económicas, en general, sin discriminación; se limita el ejercicio de la actividad empresarial del Estado, y se garantiza la intervención del Estado en la defensa de la competencia. Este marco constitucional, como se evidencia, viabiliza el establecimiento de una política de competencia en esta jurisdicción.

³⁵⁷ Solamente existe una excepción a este tratamiento igualitario en la Constitución Política peruana, que establece que, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras del territorio nacional, los extranjeros no pueden adquirir propiedad ni posesión de minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía (artículo 71).

3.1.2. Aplicación de instrumentos internacionales y comunitarios

La Constitución Política peruana prevé la incorporación directa a la legislación interna de los tratados en vigor, sin procedimiento de incorporación, constituyéndose como un sistema legal monista:

“Artículo 55.- Tratados

Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional.”

En consecuencia, los compromisos internacionales contenidos en los acuerdos comerciales regionales (no comunitarios), denominados comúnmente tratados de libre comercio (TLC) se integran al derecho interno con rango de ley³⁵⁸, siendo capaces de aplicarse, como normas nacionales, a la relación entre la autoridad de defensa de la competencia peruana y los agentes económicos (empresas) con las que ésta se interactúa en un *control de conductas* o en un *control de estructuras*.

Este entendimiento es de relevancia para la aplicación de las normas de defensa de la competencia en la jurisdicción peruana. Así, por ejemplo, disposiciones específicas como las contenidas en el Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú, que determinan las garantías en el procedimiento de aplicación de normas de defensa de la competencia, tales como el derecho a ofrecer análisis de expertos calificados y pruebas periciales; conainterrogar a cualquier testigo; y, a que no se insinúe su culpabilidad en el aviso público de la autoridad que revele la existencia de una investigación

³⁵⁸ Este entendimiento se deriva de la siguiente disposición constitucional que determina a los tratados dentro del conjunto de instrumentos normativos, con rango de ley, contra los cuáles procede una específica acción de control de jerarquía:

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

(...)

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

(...).”

Sin embargo, debe entenderse que la relación entre el tratado y la ley u otros instrumentos con rango legal es de prevalencia, pues -en caso de conflicto normativo- leyes posteriores no pueden derogar válidamente tratados anteriores; y, tratados posteriores dejan en aplicación leyes anteriores en todo aquello que no sea el ámbito de aplicación del tratado.

pendiente o en curso³⁵⁹, resultan exigibles directamente a la autoridad de defensa de la competencia peruana. Esta exigibilidad no corresponderá solamente a empresas de filiación australiana, sino por cualquier participante en los procedimientos administrativos donde se aplican las normas de defensa de la competencia, como parte del principio y derecho al debido proceso, en el marco del *principio de no discriminación*, que tiene emana de fuente constitucional y del Derecho comunitario andino.

En relación con el proceso de integración andino, de carácter comunitario, la Constitución Política peruana prevé:

“Artículo 44.- Deberes del Estado
(...) es deber del Estado (...) promover la integración, particularmente latinoamericana, así como el desarrollo y la cohesión de las zonas fronterizas, en concordancia con la política exterior.”

En aplicación de este deber de promover la integración, en el ámbito latinoamericano, el Perú celebra el Acuerdo de Cartagena de 1969, tratado internacional que constituye el instrumento fundacional del proceso de integración andino, en mérito del cual participa en la Comunidad Andina. De ello se deriva que, en el ámbito de la defensa de la competencia, las normas comunitarias de derecho originario y de derecho derivado poseen aplicación inmediata y efecto directo en la jurisdicción peruana, así como preeminencia respecto de la legislación nacional, conforme se ha explicado en el capítulo precedente.

En particular, en relación con la aplicación de normas de defensa de la competencia, a cargo de las autoridades peruanas, en el ámbito del *control de conductas*, resulta de relevancia recordar que, conforme a la Decisión 608, dichas autoridades aplicarán las normas nacionales siempre que no resulte competente la Secretaría General ante determinada conducta posiblemente anticompetitiva, por tratarse de conductas que no posean efectos reales sobre mercados en Estados miembros de la Comunidad Andina³⁶⁰. Asimismo, esta Decisión establece principios fundamentales para la aplicación de las normas de defensa de la competencia nacionales de los Estados

³⁵⁹ Cfr. Artículos 15.2 y 15.3 del Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú.

³⁶⁰ Cfr. Artículo 5 de Decisión 608.

miembros de la Comunidad Andina, incluido el Perú, que son: *principio de no discriminación, principio de transparencia y principio de debido proceso*. Estos principios establecen garantías para los participantes en los correspondientes procesos en sede nacional, conforme a lo expresado en el capítulo precedente y que resultan plenamente aplicables en la jurisdicción peruana.

3.1.3. El orden del mercado y la actividad de policía

Como se precisó en el primer capítulo de esta tesis, las normas de defensa de la competencia contribuyen con el ordenamiento del mercado y el aseguramiento de la contienda empresarial desde la actividad de policía que se encuentra a cargo del poder público, siendo que esta actividad “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos” (Ariño, 2004, pp. 332-337).

En la jurisdicción peruana, como en la generalidad de jurisdicciones donde imperan sociedades democráticas, la actuación de los agentes privados tiene como referente el principio básico de libertad en el actuar. Ello significa que toda persona no se encuentra obligada a hacer lo que la ley no manda y tampoco impedida de hacer lo que la ley no prohíbe³⁶¹, que es fundamento de las libertades que se consagran en los principios del régimen económico de la Constitución Política de 1993, que previamente se han detallado. Desde la perspectiva del orden del mercado, la actividad administrativa de policía se dirige a evitar que el ejercicio de tales libertades se desborde y afecte el eficaz funcionamiento de los mercados, alejándolos indebidamente del modelo teórico de competencia perfecta. Por ello, en la labor de ordenamiento del mercado, se reconoce que, sobre la actividad de los agentes económicos privados, a la administración, entre otros “le ha correspondido asumir (...) un papel de control e inspección (...) sancionando administrativamente a estos sujetos cuando se apartan de la ley, de la regulación, o desconocen las reglas y principios del

³⁶¹ La Constitución Política de 1993 del Perú indica:

“Artículo 2. Toda persona tiene derecho:

(...)

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

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

(...)”.

mercado, a través de actos de competencia desleal o abusando de la posición dentro del mismo” (Santofimio, 2003, p. 43)³⁶².

Así, el *control de conductas* y el *control de estructuras* en la jurisdicción peruana tienen el propósito de evitar que el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa o la libertad de contratación por parte de los agentes económicos limite o distorsione indebidamente la intensidad del proceso competitivo que se exige para el adecuado funcionamiento de los mercados.

Debe notarse que la actividad de policía administrativa aplicada a la defensa de la competencia se debe enmarcar dentro del nuevo modelo de intervención pública en la economía, que se caracteriza por ser una intervención indirecta, subsidiaria y complementaria al funcionamiento de los mercados. Ello implica reconocer que la actividad de policía encuentra limitaciones en la tarea de procurar la máxima eficiencia posible, por ejemplo, en mercados estructuralmente poco competitivos (Stucchi y Ballón, 2017). En estos, si bien una intervención del tipo policial es necesaria, no resultará por sí misma suficiente para garantizar una competencia efectiva, debiendo dar paso y/o complementarse con nuevas formas de intervención tales como la regulación pro competitiva o sustitutiva del mercado (Montero Pascual, 2013, pp. 81-111).

3.2. Control de conductas en el ordenamiento jurídico peruano

Actualmente, en el Perú, el *control de conductas* se encuentra normado por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) – Decreto Legislativo 1034, vigente desde 2008. Como hemos señalado en el capítulo previo, el cambio generado por esta ley en las normas de defensa de la competencia correspondientes al *control de conductas*, en esta jurisdicción, fue realizado con el objetivo enunciado de lograr el mejor aprovechamiento del libre comercio instaurado por el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica.

³⁶² Coincidiendo con el profesor Santofimio, consideramos, asimismo, que dentro de la actividad de policía “se identifican “como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, (...) justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad” (2003, p. 43).

La LRCA fue modificada en el año 2015, mediante el Decreto Legislativo 1205, con el propósito enunciado de dotar de mayor efectividad a la lucha contra las conductas anticompetitivas, principalmente contra *cárteles*, y fortalecer los mecanismos de promoción de la competencia, especificándose en los considerandos de este decreto que “la defensa y la promoción de la libre competencia resulta también esencial para facilitar el comercio, doméstico e internacional, eliminando las barreras empresariales y las regulaciones excesivas que lo limitan (...) estimulando la eficiencia económica en los mercados nacionales e internacionales”, lo que, entre otros, obligaba a realizar “estudios de mercado dirigidos a promover la eliminación de restricciones injustificadas al comercio en todas sus formas”³⁶³.

Asimismo, posteriormente, la LRCA fue modificada también en el año 2018, mediante el Decreto Legislativo 1396, con el propósito enunciado de “precisar las competencias de las autoridades en materia de investigación y sanción de conductas que restringen indebidamente el libre desenvolvimiento de la competencia en los distintos sectores; y simplificar los procedimientos en materia de libre competencia favoreciendo la eficiencia económica para el bienestar de los consumidores”³⁶⁴.

Ambas modificaciones, generadas por el Decreto Legislativo 1205 y por el Decreto Legislativo 1396, se afirmaron como “dirigidas a maximizar la eficacia de la política de competencia, en atención al mandato contenido en el artículo 61 de la Constitución Política del Estado y en defensa del régimen de economía social de mercado reconocido en el artículo 58 de la referida norma suprema”³⁶⁵.

Finalmente, la LRCA fue modificada también en el año 2020, mediante el Decreto Legislativo 1510, con el propósito de otorgar al *fiscal administrativo* la facultad discrecional de no instruir ni iniciar un procedimiento administrativo sancionador ante determinadas conductas que, en su consideración, no tendrían un efecto (negativo)

³⁶³ Cita textual de los considerandos del Decreto Legislativo 1205. Una de las modificaciones aplicadas por este decreto sobre la LRCA eliminó el reconocimiento del carácter trilateral al procedimiento sancionador promovido por una denuncia de parte. Cfr. Numeral 18.2. del artículo 18 de la LRCA.

³⁶⁴ Cita textual de los considerandos del Decreto Legislativo 1396.

³⁶⁵ Cita textual de los considerandos del Decreto Legislativo 1205 y del Decreto Legislativo 1396.

significativo sobre la competencia, como se apreciará más adelante, pudiendo ordenar (fuera de procedimiento ordinario) medidas que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la LRCA.

A continuación, nos referiremos al contenido y la aplicación de la LRCA, considerando las modificaciones que han operado sobre ella, contenidas en el vigente Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

3.2.1. Objetivos y finalidad

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) tiene por objetivo dotar a las autoridades de defensa de la competencia del Perú de las facultades necesarias para que, desde la actividad de policía, corrijan y sancionen conductas de los agentes económicos que afectan indebidamente la competencia efectiva. La LRCA establece los parámetros de la labor pública de contención, disuasión y/o castigo sobre conductas anticompetitivas en la jurisdicción peruana.

Así, la LRCA señala expresamente, en su artículo 1, que “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”, orientación que es determinante para la antijuricidad de una conducta sancionable por esta ley. Cabe apreciar que esta determinación se encuentra alineada con el Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos de Norteamérica que, en su artículo 13.2, numeral 1, señala que “cada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor”.

La finalidad de la LRCA se encuentra alineada también con los compromisos asumidos por el Perú en acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria, como es el caso del Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea que expresamente prevé, en su artículo 259, que las Partes aplicarán sus respectivas políticas y leyes de competencia “[r]econociendo la importancia de la libre competencia y que las prácticas anticompetitivas tienen el potencial de distorsionar el adecuado funcionamiento de los mercados, afectar el

desarrollo económico y social, la eficiencia económica y el bienestar del consumidor y menoscabar los beneficios resultantes de la aplicación de este Acuerdo (...)", conforme a lo analizado en el capítulo precedente.

3.2.2. Ámbito de aplicación

La LRCA se aplica considerando el principio de primacía de la realidad, lo que implica que las autoridades de defensa de la competencia deben evaluar las conductas y los efectos económicos que estas producen en la realidad, procurando determinar su verdadera naturaleza económica, sin que la forma o denominación de los actos o contratos que materializan dichas conductas eviten el análisis de tales efectos³⁶⁶.

3.2.2.1. Alcance subjetivo

Al respecto, la LRCA establece:

“Artículo 2.- Ámbito de aplicación subjetivo

2.1. La presente Ley se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o servicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad. Se aplica también a quienes ejerzan la dirección, gestión o representación de los sujetos de derecho antes mencionados, en la medida que hayan tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

2.2. Las personas naturales que actúan en nombre y por encargo de las personas jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades mencionadas en el párrafo anterior, con sus actos generan responsabilidad en éstas, sin que sea exigible para tal efecto condiciones de representación civil.

2.3. A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término “agente económico”. También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico.

³⁶⁶ La LRCA señala, como parte de sus disposiciones generales:

“Artículo 5.- Primacía de la realidad

En la aplicación de esta Ley, la autoridad administrativa determinará la verdadera naturaleza de las conductas investigadas, atendiendo a las situaciones y relaciones económicas que se pretendan, desarrollen o establezcan en la realidad. La forma de los actos jurídicos utilizados por los contratantes no enerva el análisis que la autoridad efectúe sobre la verdadera naturaleza de las conductas subyacentes a dichos actos.”

2.4. La Ley se aplicará también a las personas naturales o jurídicas que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a la prohibición absoluta. Se incluye en esta disposición a los funcionarios, directivos y servidores públicos, en lo que no corresponda al ejercicio regular de sus funciones.”

A continuación, desarrollaremos, conforme al citado artículo de la LRCA, las circunstancias en que un sujeto de derecho, en tanto agente económico, se encuentra bajo su ámbito de aplicación.

A) Sobre las personas jurídicas

Corresponde a toda persona jurídica, privada o estatal (en este caso, de derecho público o de derecho privado), con o sin fines de lucro, como sujeto de derecho, observar las prohibiciones establecidas por la LRCA, en tanto se desempeñe como un agente económico, al ofrecer o demandar bienes o servicios en el mercado.

Así, debe entenderse que, cuando en su artículo 2, previamente citado, señala que la LRCA se aplica a patrimonios autónomos, se aplica a la conducta económica que estos desarrollen desde la voluntad de la persona a cargo de conducir tal conducta, quien debiera ser responsable jurídicamente por una conducta que resulte anticompetitiva, dado que los patrimonios autónomos no tienen personalidad jurídica propia³⁶⁷.

Debe considerarse que la atribución de una conducta anticompetitiva sobre una persona jurídica puede causarse por la actuación de personas que, teniendo o no la calidad de representantes o apoderados de naturaleza mercantil o civil, actúen en

³⁶⁷ Conforme al artículo 2 del Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos, aprobado por Resolución SMV 019-2015-SMV/01, emitido por la Superintendencia del Mercado de Valores (SMV), los patrimonios autónomos son considerados entes jurídicos, lo que implica que son entidades distintas a las personas jurídicas que los administran, sin ser propiamente una persona jurídica:

“Art. 2º.- Términos

Los términos que se indican a continuación tienen el siguiente alcance en el presente reglamento:

(...)

2.4 Entes jurídicos: son i) fondos de inversión, patrimonios fideicometidos y otros patrimonios autónomos gestionados por terceros, que carecen de personería jurídica o, ii) contratos en los que dos o más personas, que se asocian temporalmente, tienen un derecho o interés común para realizar una actividad determinada, sin constituir una persona jurídica. Para efectos del presente reglamento, no califican como entes jurídicos los fondos mutuos de inversión en valores y los fondos de pensiones.”

nombre de tal persona jurídica y por su encargo.

B) Sobre las personas naturales

Corresponde a toda persona natural, como sujeto de derecho, observar las prohibiciones establecidas por la LRCA, en tanto se desempeñe como un agente económico, al ofrecer o demandar bienes o servicios en el mercado. Así, una persona natural podría ser sujeto de la aplicación de esta ley, por sí misma, en caso de comportarse como un agente económico.

Debe entenderse también que, cuando en su artículo 2, la LRCA señala que se aplica a sociedades irregulares, la conducta económica que estas desarrollen se atribuirá a la persona a cargo de conducir dicha actividad³⁶⁸.

Asimismo, una persona natural podría ser sujeto de la aplicación de la LRCA como consecuencia de ejercer la dirección, gestión o representación de una persona jurídica, tal como ha sido definida en el literal precedente, si es que tienen participación en el planeamiento, realización o ejecución de la conducta anticompetitiva. Al respecto, al tiempo de sancionar una colusión horizontal consistente en un *cártel* de precios en el producto papel higiénico entre Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú, mediante Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, la autoridad de defensa de la competencia ha precisado que, para tal atribución de responsabilidad de una persona natural, se debe evaluar si esta ejerce:

³⁶⁸ En caso de sociedades reguladas por la Ley General de Sociedades – Ley 26887, esta señala lo siguiente:

“Artículo 424.- Efectos de la irregularidad

Los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad.

Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios tienen igual responsabilidad.

Las responsabilidades establecidas en este artículo comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios, causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. Los terceros, y cuando proceda la sociedad y los socios, pueden plantear simultáneamente las pretensiones que correspondan contra la sociedad, los administradores y, cuando sea el caso, contra los socios, siguiendo a tal efecto el proceso abreviado.”

Respecto a las personas jurídicas reguladas en el Código Civil, esta norma señala lo siguiente:

“Artículo 77.- Inicio de la persona jurídica

(...)

Si la persona jurídica no se constituye o no se ratifican los actos realizados en nombre de ella, quienes los hubieran celebrado son ilimitada y solidariamente responsables frente a terceros.”

- i) dirección, considerado como “la adopción de las decisiones necesarias para definir las políticas de la empresa”, lo que podría encuadrarse en la labor de uno varios directores;
- ii) gestión, considerada como “la ejecución regular de los actos necesarios para el desarrollo de las políticas de la empresa y el normal desenvolvimiento de sus actividades económicas”, lo que podría encuadrarse en la labor de uno varios gerentes; o,
- iii) representación, considerada para quien “realiza actos jurídicos en nombre de este último [un agente económico], los cuales tengan efectos que le puedan ser oponibles” (contenido de corchetes añadido) (Indecopi, 2017a).

De este modo, luego de comprobarse la posición en que se encuentra una persona natural en la organización de una persona jurídica, cabe determinar qué actividad desarrolló para la configuración de la conducta anticompetitiva que se pretende atribuir. Así, conforme al antes citado artículo 2 de la LRCA, esta participación solo puede consistir en:

- i) un planeamiento, consistente en la “realización de un plan general, metódicamente organizado y (...) de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado”;
- ii) una realización, consistente en “efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”; o,
- iii) una ejecución, que es lo mismo que una realización, pues se ha considerado que consiste en “llevar a la práctica o realizar algo” (Indecopi, 2017a).

A efectos, de considerar que una persona natural es responsable por ejercer la dirección, gestión o representación de una persona jurídica, cada una de estas modalidades de participación deben estar directamente vinculados con la conducta

anticompetitiva que se atribuya³⁶⁹. En el caso de funcionarios de relevancia en la organización de una persona jurídica que concurre en el mercado, tales como gerentes generales o directores, conforme al criterio del Tribunal del Indecopi (segunda instancia administrativa), expresado mediante Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI, en el caso seguido contra Unión Andina de Cementos S.A.A. y otros por prácticas colusorias verticales, se precisó que podría inferirse la participación en el planeamiento, la realización o la ejecución cuando la conducta anticompetitiva no haya podido ser implementada sin su conocimiento y participación (Indecopi, 2014).

En nuestra consideración, la responsabilidad de las personas naturales, por haber ejercido la dirección, gestión o representación de una persona jurídica, conforme a lo antes indicado, no puede ser extendida automáticamente una vez acreditada la responsabilidad de esta última. Solamente puede atribuirse responsabilidad a una persona natural si se comprueba efectivamente, mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), que tal persona natural ha participado en el planeamiento o la realización de la conducta anticompetitiva que se atribuya de una manera decisiva (material y reiterada) para el desarrollo de la conducta infractora (Stucchi y Ballón, 2017, p. 23), y con dolo o culpa, en observancia del *principio de culpabilidad*, considerando que las conductas anticompetitivas en el Perú no califican como infracciones objetivas (Huergo, 2021, pp. 23-28), tal como se desarrolla más adelante.

C) Sobre las personas planificadoras, intermediarias o facilitadoras

³⁶⁹ “En todo caso, la imposición de una sanción a los representantes legales y directivos (no al resto del personal de la empresa) requiere aclarar una serie de cuestiones.

En primer lugar, la sanción a los administradores no es una alternativa a la de la propia empresa, sino que debe acumularse a esta. Es por eso que existe una vinculación entre ambas sanciones: solo en el caso de que la entidad sea multada por una conducta anticompetitiva podrá exigirse también responsabilidad a sus administradores. A esta misma conclusión se llega también en el Derecho español (art. 62.1, párrafo 1º, LDComp).

En segundo lugar, el fundamento de la imposición de la sanción a los administradores es reforzar la función de prevención general que la norma persigue. En las grandes corporaciones puede producirse una disociación entre el interés de la empresa y el de sus dirigentes. Además, la sanción a los directivos, gerentes o representantes tiene una función de prevención especial. No obstante, puede argumentarse que esto requeriría una especial cualificación de la conducta del administrador. Se trata de reaccionar frente a aquellos administradores que no hayan sido meros ejecutores de la voluntad social, sino que hayan tenido un papel relevante en la comisión de la infracción.

En tercer lugar, la sanción a los directivos requiere probar su participación en los acuerdos y decisiones, así como su culpabilidad. No estamos ante un régimen de responsabilidad objetiva, por lo que es preciso que éstos hayan cometido la infracción por culpa o negligencia, sin que medie alguna causa de exoneración” (Laguna de Paz, 2021, pp. 28-29).

Conforme indica el numeral 2.4. del artículo 2 de la LRCA, esta es aplicable a personas naturales o jurídicas “que, sin competir en el mercado en el que se producen las conductas materia de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a prohibición absoluta” (en adelante, *facilitadores*). Esta disposición es incluida por la modificación operada en el año 2015, mediante el Decreto Legislativo 1205, sobre la LRCA.

Como se explicará más adelante, las conductas sujetas a prohibición absoluta en la LRCA son las conductas colusorias horizontales de naturaleza inter marca, es decir, las colusiones entre competidores, que pueden calificarse como *cárteles* intrínsecamente nocivos (*hard-core cartels*), que implican acuerdos o prácticas anticompetitivos que tienen por objetivo fijar precios u otras condiciones comerciales; restringir la oferta (producción o ventas); repartir clientes, proveedores o zonas geográficas, incluidos; o, coordinar posturas o abstenciones en concursos o licitaciones públicos o privados, entre otros, provocando daños significativos a los destinatarios del proceso competitivo, sin que sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos.

En consecuencia, se atribuye responsabilidad a personas naturales o jurídicas que se constituyen como *facilitadores*, por planificar, intermediar o facilitar un *cártel* intrínsecamente nocivo, como los antes señalados. Bajo esta aplicación subjetiva de la LRCA se puede, por ejemplo, atribuir responsabilidad a proveedores o clientes comunes de los agentes económicos que se coluden horizontalmente; a auditores o funcionarios comunes entre tales coludidos; o, incluso, a funcionarios servidores públicos en algunos casos de concursos o licitaciones donde se presenta un *cártel* intrínsecamente nocivo (Stucchi y Ballón, 2018, p. 25).

Así, la aplicación subjetiva de la LRCA puede recaer sobre quien actúe como *hub* (*facilitador*) en una colusión horizontal de tipo *hub and spoke*, considerando que esta implica un esquema de intercambio de información y alineamiento de conductas entre competidores, mediante en el cual el *hub* recolecta y distribuye información sobre el precio o las condiciones de la oferta entre sus *spokes* (clientes o proveedores, que compiten entre sí), con el propósito de restringir la competencia. Naturalmente, la

comprobación de una colusión horizontal de este tipo requiere probar mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), la existencia de un acuerdo o de un entendimiento común entre los competidores³⁷⁰. Estas prácticas incluyen acuerdos verticales, los cuales no son ilícitos en sí mismos, pero si se logra acreditar la existencia de coordinación entre competidores (*rim of the wheel*), el esquema puede determinarse como una conducta horizontal, con la participación de un *facilitador*, al cual se aplicaría la LRCA, conforme hemos indicado³⁷¹.

3.2.2.2. Alcance territorial

Las conductas anticompetitivas bajo el ámbito de prohibición, corrección y sanción de la LRCA son aquellas que generan efectos en todo o en parte del territorio peruano, sea que se originen en este territorio o fuera de este³⁷². Así, la LRCA concreta la *teoría*

³⁷⁰ En este sentido, se ha considerado que: “[p]roving a hub-and-spoke arrangement is not trivial, because of the indirect nature of the horizontal conspiracy. Due to the lack of direct evidence for exchanges between competitors, competition agencies have to rely on indirect and circumstantial evidence, and need to analyse multiple communication streams that connect a supplier and a multiple of his retailers, or vice versa. The aim is to show the horizontal component to the required degree, the rim that connects the vertical exchanges, and the intentions and states of mind of the parties involved in the exchange. Demonstrating these elements is possible, but courts have rightly established high standards that must be met, to prevent the prosecution of legitimate and efficiency enhancing vertical exchanges, or of actors unaware of their role in the scheme” (OCDE, 2019d, p. 40): “Probar un arreglo hub-and-spoke no es trivial, debido a la naturaleza indirecta de la conspiración horizontal. Debido a la falta de evidencia directa sobre los intercambios entre competidores, las agencias de competencia tienen que basarse en evidencia indirecta y circunstancial, y necesitan analizar múltiples flujos de comunicación que conectan a un proveedor y varios de sus minoristas, o viceversa. El objetivo es mostrar el componente horizontal en el grado requerido, el borde que conecta los intercambios verticales y las intenciones y estados de ánimo de las partes involucradas en el intercambio. Es posible demostrar estos elementos, pero los tribunales han establecido con razón altos estándares que deben cumplirse para evitar el enjuiciamiento de intercambios verticales legítimos y que mejoran la eficiencia, o de actores que desconocen su papel en el esquema.” (traducción propia).

³⁷¹ En la experiencia peruana, antes de la vigencia del Decreto Legislativo 1205, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia afirmó, mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI: “que el Decreto Legislativo 1034 no haya incluido entre los agentes que se encuentran dentro de su ámbito de aplicación a los facilitadores de una práctica colusoria horizontal sujeta a la prohibición absoluta (los cuales fueron incorporados en el ámbito subjetivo de la Ley por el Decreto Legislativo 1205), no significa que la presencia de un facilitador exonere a los participantes de un cártel de su responsabilidad por dicha infracción –lo cual resultaría ciertamente insostenible–, sino precisamente que dicho facilitador (por ser tal) no podría ser responsable bajo la Ley” (Subrayado agregado)” (Indecopi, 2016b).

³⁷² Al respecto, la LRCA indica, como parte de sus disposiciones generales: “Artículo 4.- Ámbito de aplicación territorial

La presente Ley es de aplicación a las conductas que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional, aun cuando dicho acto se haya originado en el extranjero.”

de los efectos como principio habilitante, de entendimiento generalizado (Conde Gallego, 2014, pp. 936-1001), para que la autoridad peruana investigue, corrija y sancione las conductas que afectan la competencia efectiva en su territorio, siempre que estas no se encuentren bajo el alcance de las atribuciones de la autoridad comunitaria andina. Bajo esta determinación, la autoridad peruana puede investigar, corregir y sancionar, por ejemplo, un *cártel* de precios en el extranjero dedicado a la exportación mercancías hacia esta jurisdicción o un *cártel* extranjero de reparto de clientes o de mercados con impacto en el territorio peruano.

En consecuencia, debido a lo antes señalado, en principio la LRCA excluía de su ámbito de aplicación las conductas que, pudiendo tener origen en el territorio peruano, tengan efectos anticompetitivos en otro territorio extranjero. Sin embargo, desde la modificación operada sobre la LRCA, mediante el Decreto Legislativo 1205, resulta posible que, en ejecución de un acuerdo comercial del cual sea parte el Perú o de un convenio de colaboración interinstitucional con autoridades de defensa de la competencia de otras jurisdicciones, la autoridad nacional proceda a investigar una conducta desarrollada en la jurisdicción peruana, pero con efectos en otras jurisdicciones. Ello se podría ocurrir con el alcance y las consecuencias que se especifiquen el acuerdo o convenio correspondiente³⁷³.

3.2.3. Conductas prohibidas y tipos sancionadores

³⁷³ En relación con esta actuación sobre conductas anticompetitivas que no producen efectos en la jurisdicción peruana, la LRCA indica, como parte de sus disposiciones complementarias finales:

“Tercera.- Cooperación internacional

En el marco de un acuerdo internacional o de un convenio con una autoridad de competencia extranjera, la Secretaría Técnica podrá investigar, de conformidad con la presente Ley, conductas anticompetitivas desarrolladas en el territorio nacional pero con efectos en uno o más países que formen parte de dichos acuerdos o convenios.

(...)”.

Debe notarse que, a diferencia del texto original de la LRCA, tal como se señala la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, se procura simplificar el marco legal de la cooperación internacional en materia de competencia, dejando atrás dos condiciones que antes eran exigidas, a saber: i) cooperación para la investigación de efectos anticompetitivos con efectos extraterritorial solamente ante la existencia de un acuerdo internacional con las formalidades previstas en la Constitución Política, pues ahora se han incluido los convenios de colaboración interinstitucional con una autoridad de competencia extranjera; y ii) el principio de reciprocidad, pues no siempre las autoridades de distintos países son simétricas entre sí en materia de atribuciones y capacidades reales de acción, pudiendo a veces ofrecer mayor cobertura de acción una autoridad que otra, según sus propias competencias y capacidades operativas.

En este numeral se desarrolla y analiza el alcance del *control de conductas*, a cargo de la autoridad de defensa de la competencia peruana, en aplicación de la LRCA, que le permite corregir y sancionar conductas de los agentes económicos que afectan la competencia efectiva.

3.2.3.1. Tipos de prohibiciones

Las conductas anticompetitivas proscritas por la LRCA presentan dos tipos de prohibiciones, una absoluta y otra relativa³⁷⁴, conforme se explica a continuación.

A) Prohibición absoluta

Sobre este tipo de prohibición, la LRCA señala:

“Artículo 8.- Prohibición absoluta

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

En principio, una vez que se prueba la realización de la conducta sometida a este tipo de prohibición, se considera acreditada la infracción. Este tipo de prohibición se encuentra reservada para las conductas que se considera que se estima que siempre acarrearán efectos nocivos contra el proceso competitivo y que, en consecuencia, se estima que siempre generan efectos adversos al bienestar de los consumidores.

Así, la LRCA aplica estas prohibiciones sobre conductas colusorias horizontales de naturaleza inter marca (es decir colusiones entre competidores), que pueden calificarse

³⁷⁴ No debe asimilarse la prohibición absoluta con la regla *per se* o la prohibición relativa con la regla de la razón, pues estas provienen de una tradición jurídica -distinta a la continental, a la que se adscribe el Perú- en la que se privilegian las consideraciones jurisprudenciales y que tienen una aplicación diferente que las prohibiciones absolutas y relativas que contempla la LRCA. En su oportunidad, el Tribunal del Indecopi, órgano revisor de segunda instancia administrativa, apreciando la experiencia jurisprudencial en Estados Unidos de Norteamérica, mediante Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, precisó, que “la distinción entre la regla *per se* y la regla de la razón no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. (...) en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción” (Indecopi, 2003).

como *cárteles* intrínsecamente nocivos (*hard-core cartels*)³⁷⁵, tal como señalamos previamente y como citamos expresamente a continuación:

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

(...)

11.2. Constituyen prohibiciones absolutas las prácticas colusorias horizontales inter marca que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

(...).”

En consecuencia, esta prohibición absoluta recae sobre conductas entre competidores directos que incumple su deber de competir entre sí. Se trata de conductas cuyo único contenido desnudo (*naked cartels*) resultaría de naturaleza anticompetitiva. A primera lectura, se podría estimar que, con la aplicación de esta prohibición absoluta, las normas de defensa de la competencia del Perú se alinean con la Recomendación de la OECD sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos que sugieren que estos debieran ser considerados ilegales incluso sin necesidad de probar un verdadero daño a los mercados (OCDE, 2019a).

Sin embargo, siendo lo anterior cierto, coincidimos con lo afirmado por autorizada doctrina sobre esta prohibición absoluta que contempla la LRCA:

“En las conductas que son objeto de prohibición absoluta, la autoridad administrativa *no debe probar sus efectos, pero sí su existencia* (“beyond a reasonable doubt”). Así lo establece con claridad el art. 8 LRCA (...). La Administración debe actuar con el *mayor rigor probatorio*, ya que –como antes se ha razonado- debe destruir la presunción de inocencia, que es un derecho fundamental (...).

Las prohibiciones absolutas establecen la presunción de que la conducta tiene efectos anticompetitivos. Es verdad que, en la mayor parte de los

³⁷⁵ “(...) los cárteles implican un «fraude» al mercado, pues, en vez de competir para atender mejor a los clientes y ganar así una mejor posición en el mercado, las empresas optan por evitar la competencia y actúan como si fueran una sola, definiendo conjuntamente las condiciones de venta. Con ello, aparentan competir pero, en los hechos, se comportan como podría hacerlo un monopolio”. (Quintana Sanchez, 2015, p. 273).

casos, estas conductas tienen carácter anticoncurrencial. Sin embargo, no se trata de una presunción *iuris et de iure*. Los interesados podrían demostrar que, en las circunstancias concretas, el acuerdo no tiene efectos anticompetitivos. Si fuera éste el caso, desaparecería el carácter antijurídico de la conducta, ya que el bien jurídico protegido no habría sido afectado. A este respecto, hay que tener en cuenta que el art. 1 (...) “prohíbe y sanciona las *conductas anticompetitivas* con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” (la cursiva es nuestra). La finalidad del Derecho de la Competencia es la protección del proceso competitivo en el mercado y, con ello, de la eficiencia económica, la innovación y, como resultado, los intereses de los consumidores³⁷⁶. De ahí que pueda concluirse que la Ley solo prohíbe las conductas que tienen efectos anticompetitivos.” (Laguna de Paz, 2021, pp. 9-10).

En consecuencia, en ejercicio de su derecho de defensa, las personas naturales o jurídicas imputadas pueden derribar la presunción *iuris tantum* que implica esta prohibición absoluta. De este modo, aun cuando se compruebe la realización de una conducta sometida a este tipo de prohibición, sería posible que el administrado imputado acredite que la conducta que se le atribuye careció de efectos anticompetitivos y, en consecuencia, exigir que la imputación sea declarada infundada.

B) Prohibición relativa

Sobre este tipo de prohibición, la LRCA señala:

“Artículo 9.- Prohibición relativa

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.”

En este caso, la prueba de la conducta sometida a este tipo de prohibición es un primer componente para acreditar la infracción. El segundo componente consiste en necesariamente probar que dicha conducta fue capaz de generar o que generó efectos perjudiciales sobre el proceso competitivo y, a la vez, sobre el bienestar de los consumidores. Es decir, la autoridad de defensa de la competencia debe acreditar la

³⁷⁶ Laguna de Paz, J. C., *Derecho Administrativo Económico*, 3ª edición, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2020, 1127. (Nota original procedente del texto citado).

conducta y también su carácter antijurídico, de modo que se compruebe que el bien jurídico protegido por la LRCA ha sido afectado.

En este sentido, para declarar la existencia de una infracción sometida a una prohibición relativa la autoridad deberá acreditar mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*) que la conducta:

- i) presenta efectos reales o efectos potenciales de naturaleza anticompetitiva, es decir que debe probar los efectos reales (como corresponde a un ilícito de resultado) o probar los efectos potenciales (como corresponde a un ilícito de peligro); y, no será válido que solamente suponga, estime o infiera efectos potenciales, sino que debe comprobarlos con prueba plena, en caso no haya podido comprobar con dicho estándar efectos reales anticompetitivos; y,
- ii) presenta efectos anticompetitivos reales o potenciales que resultan, conjuntamente, contrarios al proceso competitivo y al excedente de los consumidores, es decir no bastará acreditar, con prueba plena, uno u otro efecto contrario, sino ambos efectos a la vez. Es decir, reiteramos, esta acreditación de efectos es conjuntiva y no disyuntiva; y, no será válido que la autoridad solamente suponga, estime o infiera, sino que pruebe plenamente.

Como se apreciará en los siguientes numerales, la prohibición relativa recae sobre todas las demás conductas, distintas a las que son objeto de la prohibición absoluta. Es decir, se aplica sobre: i) colusiones horizontales que no se encuentran bajo prohibición absoluta; ii) colusiones verticales; y, iii) abusos de posición de dominio.

3.2.3.2. El abuso de posición de dominio

Esta conducta se encuentra prohibida por la LRCA bajo una prohibición relativa. A efectos de determinar si se ha producido una posición de dominio, existen dos categorías necesarias y complementarias, que son la definición de un mercado

relevante o mercado de referencia y la definición de una posición de dominio en dicho mercado. Con ello definido, la autoridad de defensa de la competencia procede a evaluar si se ha producido un abuso de esta posición.

A) Mercado relevante o mercado de referencia

En línea del estándar internacional y del estándar comunitario tanto europeo como andino, la LRCA indica, en su artículo 6, que el mercado relevante “está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico”, siendo el primero “el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos”; mientras que el segundo “es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante”³⁷⁷. La concreción del mercado relevante dependerá de la realidad de cada mercado, que será dinámica. Debe construirse mediante una síntesis de la definición del bien o servicio materia de análisis y de aquéllos que pueden ser una alternativa real en el intercambio económico, así como del ámbito geográfico en el que interactúan la oferta y la demanda en cada caso.

La LRCA, recogiendo la experiencia en otras latitudes, en el mismo artículo 6, indica que, para definir y evaluar el mercado de producto, se deberá analizar “entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución”; mientras que para determinar las alternativas de aprovisionamiento que condicionan el alcance del mercado geográfico, se deberá analizar “entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes”. Así pues, la LRCA asume por criterio para determinar el mercado relevante la *sustituibilidad* por el lado de la demanda, tomando en consideración, en primer lugar, la preferencia de los clientes o consumidores, antes que otros, tales como

³⁷⁷ La LRCA establece como criterios para la determinación del mercado relevante o de referencia:

“Artículo 6.- El mercado relevante

6.1. El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico.

6.2. El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

6.3. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.”

la *sustituibilidad* por el lado de la oferta o la competencia potencial, que deben ser igualmente evaluados al analizar la existencia de barreras de entrada para determinar una posible posición de dominio (Stucchi y Ballón, 2018, p. 31), como se indicará más adelante.

Debe tenerse en cuenta que existen casos en los cuales el mercado relevante o de referencia es el mismo en el que participa el competidor posiblemente afectado. Es decir, se trata de casos en los que el mercado afectado coincide con el mercado relevante en el cual actúa el presunto competidor dominante. Ello ocurre, por ejemplo, como se aprecia más adelante, en casos de prácticas predatorias abusivas (que implican la fijación de precios por debajo del costo) o de litigación abusiva (que implican forzar indebidamente el derecho de acción o de petición para provocar la salida de competidores o impedir su ingreso), en los cuales el agente dominante busca excluir directamente a sus competidores³⁷⁸.

En otros casos, la concreción del mercado relevante o de referencia exige que la autoridad identifique la existencia una plataforma comercial de dos lados, como son, por ejemplo, plataformas digitales de comercialización o los centros comerciales. Al respecto, el Tribunal del Indecopi afirma que se trata de “un espacio físico o virtual (plataforma) que cumple tres condiciones: (i) ofrece dos productos diferentes a dos grupos distintos de demandantes (lados), (ii) la interdependencia de las demandas que genera los efectos de red indirectos o externalidades, y (iii) la presencia necesaria de un intermediario para internalizar las externalidades generadas entre los dos grupos de demandantes” (Indecopi, 2016a)³⁷⁹. En esta sede se entiende que, en presencia de una plataforma de dos lados, que conecta dos demandas distintas pero interdependientes, no basta con definir al mercado relevante de producto como el bien o servicio ofrecido en un mercado (por ejemplo, el arrendamiento de espacios comerciales); sino que debe incluirse la finalidad para la cual este servicio es brindado (por ejemplo, espacios comerciales para la venta de prendas de vestir o la venta de comida rápida), en la medida que dicha plataforma sirve para conectar tales demandas.

³⁷⁸ Cfr. Resolución 1351-2011/SDC-INDECOPI, en el caso seguido contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A., por abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.

³⁷⁹ Cfr. Resolución 4060-2016/SDC-INDECOPI, pp. 55 y 56, en el caso seguido contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y Sigdelo S.A., por prácticas colusorias verticales.

B) Posición de dominio o posición dominante

La posición de dominio o posición dominante de un agente económico se vincula necesariamente a un determinado mercado relevante o de referencia. No resulta posible afirmar la existencia de una posición de dominio sin que esta se encuentre vinculada sobre determinado mercado concreto. La LRCA establece al respecto:

“Artículo 7.- De la posición de dominio en el mercado

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

- a) Una participación significativa en el mercado relevante.
- b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.
- c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.
- d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.
- e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.
- f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de estos.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.”

Un agente económico ostenta una posición de dominio en un mercado relevante o de referencia cuando, en los hechos, no sufre el impacto de una competencia efectiva por parte de otros agentes económicos. Por dicha razón, quien ostenta una posición dominante puede alejarse del equilibrio que impone el mercado, pues, en caso de tener dominio como oferente de bienes o servicios, podría subir su precio o disminuir la calidad sin ser “contestado” inmediatamente por un competidor, en su zona geográfica de influencia comercial. En otras palabras, quien ostenta una posición de dominio en determinado mercado, de alguna manera, no ve afectada ni condicionada su conducta por la interacción con otros agentes económicos en el proceso competitivo. La existencia de un agente económico que ostenta una posición de dominio implica, en determinado mercado relevante o de referencia, un alejamiento, en mayor o menor

grado, del modelo teórico de competencia perfecta en el que ningún agente económico podría actuar con prescindencia de la actuación de los otros en el mercado.

De este modo, quien ostenta posición de dominio no tiene que bajar necesariamente sus precios si sus competidores lo hacen y tampoco tiene necesariamente que pagar más por los insumos que adquiere aun cuando sus competidores decidieran pagar mayores precios por dichos insumos. Puede, en consecuencia, influenciar unilateralmente en la dinámica que genera la interacción entre la oferta y la demanda³⁸⁰.

Conforme se aprecia de la disposición citada, la LRCA sugiere que la posición de dominio de un agente económico puede causarse, entre otros, por: i) factores propios de la dinámica del mercado relevante, tal como sería una participación significativa en el mismo por parte de dicho agente, las características de la oferta y la demanda, el desarrollo tecnológico en la producción, comercialización o la ejecución de las correspondientes prestaciones, o el menor poder de negociación de otros agentes económicos que interactúan en dicho mercado, tales como competidores, proveedores y/o clientes; o, ii) factores que condicionan o dificultan el acceso o permanencia de agentes competidores en el mercado relevante, tal como sería alguna dificultad en el acceso de estos al financiamiento, al suministro de insumos o a materias primas o a servicios necesarios, u otras barreras de entrada o de salida de cualquier índole, incluidas las barreras de naturaleza normativa.

Cabe precisar que, desde la doctrina económica, se entiende también que una posición de dominio se puede lograr y mantener por diversas causas, tales como: i) una concentración empresarial, horizontal o vertical; ii) el aumento cualitativo y cuantitativo de la eficiencia en la producción; iii) la aplicación de estrategias de mercadotecnia exitosas, tales como la diferenciación de productos utilizando marcas y/o comunicaciones que establezcan posicionamientos singulares, así como desarrollando promociones que trasladen beneficios o excedentes hacia los

³⁸⁰ Cuando el artículo 7 de la LRCA alude a “un agente económico”, nos permite afirmar que con esta referencia se deja de lado cualquier posibilidad de considerar la existencia de una posición de dominio conjunta entre varias empresas. Así, se debiera entender que los comportamientos oligopólicos paralelos y dominantes en un mercado podrían calificar únicamente como acuerdos entre las empresas que ostentarían tal posición (Folguera Crespo y Martínez Corral, 2006) (Quintana Sanchez, 2005).

demandantes de los bienes o servicios que conformen el mercado relevante de producto; y/o iv) la elevación de los costos de los competidores, existentes o potenciales, que deben pagar mayores precios por los insumos, las materias primas y los servicios escasos y necesarios para su actividad, perdiendo por ello competitividad frente al dominante (Fernández-Baca, 2006, pp. 151-152).

La LRCA señala expresamente, en línea del entendimiento de la experiencia europea en materia de *control de conductas*, que ostentar una posición de dominio en un mercado relevante o de referencia no es una infracción. Incluso, sin la disposición contenida en el numeral 7.2. de artículo 7 de la ley, ello resultaba claro debido que una posición en el mercado no implica una conducta en el mercado. Es claro pues que ostentar una posición dominante, incluso si se tratase de un monopolio (lo cual es difícil por la propia naturaleza de los mercados, salvo que se trate de un monopolio legal o de un monopolio natural), no significa una conducta infractora en sí misma, sino solamente una situación. Lo prohibido y, en consecuencia, corregible y sancionable es abusar de dicha posición mediante una conducta que afecte negativamente la competencia y el bienestar de los consumidores, como lo expresa la prohibición relativa que le es aplicable.

C) La conducta abusiva

La LRCA define al abuso de posición de dominio, como conducta prohibida, de la siguiente manera:

“Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio
10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. (...)”.

En consecuencia, la ocurrencia de un abuso de una posición de dominio requiere como elemento esencial del ilícito administrativo que, con base en esta posición, se restrinja de manera “indebida” la competencia. Nótese que, *contrario sensu*, la LRCA implícitamente afirma que es posible que quien ostente una posición de dominio pueda

restringir la competencia de una manera lícita. Ello podría ocurrir, por ejemplo, mediante el ejercicio del poder marcario de un signo distintivo bajo su control que, con base en la propia preferencia de los consumidores, imponga legítimas barreras de acceso a sus competidores.

Conforme al citado artículo 10 de la LRCA, para la configuración de este ilícito administrativo, además de que se restrinja de manera indebida la competencia con base en una posición de dominio, se requiere probar mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), que el abusador: i) obtuvo beneficios; y, ii) perjudicó competidores reales o potenciales, directos o indirectos (10.1). A estos dos elementos, que resultan propiamente efectos de la conducta anticompetitiva, se deben añadir aquellos efectos exigidos por la prohibición relativa, que requiere que se pruebe mediante prueba plena que esta conducta fue capaz de generar o que generó efectos negativos o perjudiciales: i) sobre el proceso competitivo (lo que es materialmente cumple también con el elemento esencial del ilícito que enuncia el numeral 10.1); y, a la vez, ii) sobre el bienestar de los consumidores.

Consideramos que un abuso de posición de dominio en el Perú puede generar un *efecto exclusorio* sobre competidores, reales o potenciales, de quien ostenta posición de dominio, o cuando se dificulta su permanencia o acceso al mercado; o, puede generar un *efecto exclusorio* del mercado en perjuicio de concurrentes en otros niveles de la cadena productiva o de prestación. Asimismo, un abuso de posición de dominio puede producir un *efecto explotativo* o de reducción del excedente de quienes transen (como consumidores intermedios o finales) con quien ostenta dicha posición, al aceptar condiciones que no se aceptarían bajo un escenario de competencia efectiva en el mercado relevante de que se trate.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas prohibidas de abuso de posición de dominio que la LRCA define bajo un esquema de cláusula general (delineada por el numeral 10.1 y por el cierre previsto en el literal h) del numeral 10.2. de la LRCA) y que se complementa con la ejemplificación de conductas prohibidas.

Cuadro 4
Conductas prohibidas, corregibles y sancionables como abuso de posición de dominio en la jurisdicción peruana

Prohibición	Cita textual de la disposición legal	Tipo de prohibición
Cláusula general	<p>Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.-</p> <p>10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.</p> <p>10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto <i>exclusorio</i> tales como:</p>	<p>Relativa:</p> <p>en los casos no ejemplificados.</p>
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	Tipo de prohibición
Prohibición de negarse injustificadamente a transar ³⁸¹ .	a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	Relativa

³⁸¹ Respecto de esta conducta típica enunciada, antes de la vigencia de la LRCA, se consideró que la “función de las normas de libre competencia es evitar las prácticas empresariales que tengan efectos nocivos sobre el mercado. Por ello, en el caso particular de las negativas arbitrarias de trato debería considerarse el efecto producido más que la intención del infractor o sus incentivos para infringir la norma. Considerando que en algunos casos las negativas arbitrarias podrían restringir la competencia, permitiendo que terceros -no vinculados a la empresa que niega la venta- puedan monopolizar un mercado relacionado, tales prácticas deberían ser prohibidas”. (Quintana Sanchez, 2002, p. 387).

Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;	Relativa
Prohibición de aplicar contratación atada.	c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa
Prohibición de aplicar barreras gremiales contra competidores.	d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;	Relativa
Prohibición de limitar injustificadamente la distribución o la venta.	e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;	Relativa
Prohibición de litigación abusiva o predatoria ³⁸² .	f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia ³⁸³ ;	Relativa
Prohibición de boicot.	g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,	Relativa
Disposición de cierre que complementa la cláusula general.	h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.	Relativa

Fuente: Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo 1034 / Elaboración propia compartida (Stucchi y Ballón, 2018, pp. 36-38).

³⁸² Para un sector de la doctrina nacional, este tipo enunciado no debió corresponder a una conducta consistente en abuso de posición de dominio, sino reprocharse en el ámbito del derecho de la competencia desleal o del derecho común. (Cavero, 2011, p. 261) (Pineda, 2013, pp. 222-223).

³⁸³ De conformidad con la jurisprudencia administrativa del Indecopi, para la configuración de un abuso de procesos legales o litigación predatoria, debe acreditarse la inexistencia de fundamento objetivo de la pretensión o pretensiones del litigante, entendido como una falta de expectativa razonable de triunfo, antes que determinar si la motivación de una acción o petición consistió en hostigar a competidores (Indecopi, 2011a). Ello en línea con la jurisprudencia nacional y extranjera, pues de lo contrario se estaría afectando los derechos de acción y/o petición de manera injustificada.

Apreciamos que no resulta posible señalar que la LRCA plantea como prohibido y, en consecuencia, corregible y sancionable un abuso de posición de dominio que solamente produzca un efecto *exclusorio*. Ello pues el numeral 10.2 señala que este abuso “podrá consistir en conductas de efecto *exclusorio*” (subrayado añadido), pero no señala que tal abuso “solamente podrá consistir en conductas de efecto *exclusorio*”. Incluso, que el abuso de la posición de dominio sea una conducta que se encuentra sujeta a la prohibición relativa de la LRCA, en todos los casos, parece confirmar que su condición de ilicitud exige un efecto *explotativo* sobre los consumidores intermedios o finales. Ello pues la prohibición relativa exige que, para corregir y sancionar este abuso, no solamente se acredite con prueba plena que este “tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia”, sino también sobre “el bienestar de los consumidores” (artículo 9). Así, la prohibición relativa en la LRCA parece exigir una acreditación conjunta de efectos, reales o potenciales, contra la competencia, los que podrían verificarse con ocurrencia de un efecto *exclusorio* sobre competidores en el mercado; y, de efectos contra el bienestar de los consumidores (intermedios o finales), que podemos considerar de carácter *explotativo*³⁸⁴.

Cabe precisar que -de modo más estricto que la ley- la jurisprudencia administrativa ha afirmado que, para la configuración de un abuso de posición de dominio, es necesaria la existencia de una relación de competencia, real o potencial, entre el agente económico dominante y el agente económico afectado: i) de manera directa, cuando participan en el mismo nivel de la cadena productiva o de prestación de servicios; o, ii) de manera indirecta, cuando, estando en un nivel distinto, el dominante esté vinculado con un competidor directo del agente económico afectado (Indecopi, 2011b). Esta aparente necesidad de una relación de competencia para la configuración de un abuso de posición de dominio resulta, en nuestra consideración, más aparente que real. Ello

³⁸⁴ “Esta exigencia conjunta nos puede llevar a suponer que las conductas que afectan el proceso competitivo siempre tienen un impacto, mayor o menor, sobre el bienestar del consumidor. Este sería, por ejemplo, el caso de la prohibición de aplicar contrataciones atadas. Así, si una empresa, que tiene posición de dominio en la comercialización de equipos de cómputo, ata la venta de dichos equipos a la venta de materiales de oficina y no vende tales equipos a quien no le compra dichos materiales, estará afectando a los competidores que concurren ofreciendo materiales de oficina pues estará limitando sus posibilidades de competir en términos de eficiencia. Asimismo, se encontrará explotando el excedente del consumidor de útiles de oficina pues éste perderá la posibilidad de elegir la oferta que le presente una mayor satisfacción de necesidades en términos de su combinación de precio y calidad, pues no podría evitar comprarle ambos productos al agente económico dominante” (Stucchi y Ballon, 2018, p. 39). En el mismo sentido, se pronuncia doctrina europea al afirmar que “los denominados *abusos explotativos*, aunque en muchas ocasiones se superponen con los (...) [abusos exclusivos], tienen entidad propia” (Diez Estella, 2014, p. 286).

pues casi todo concurrente en torno a las actividades de un mismo sector puede resultar un competidor potencial de quien tiene dominio, sea porque puede acortar, en su actividad, la distancia geográfica que lo separa del mercado relevante; o, sea porque estando en el mismo ámbito geográfico puede participar en este ofreciendo o demandando el mismo bien o servicio que corresponde al agente dominante, al extender verticalmente su actividad aguas arriba o aguas abajo³⁸⁵. Incluso cuando la jurisprudencia administrativa admite que puede existir una relación de competencia, real o potencial, de manera indirecta, cuando estando en un nivel distinto, el dominante esté vinculado con un competidor directo del agente económico afectado; y, esta vinculación podría resultar simplemente contractual y con ello se podría satisfacer esta exigencia jurisprudencial y configurarse válidamente un abuso de posición de dominio.

Finalmente, la LRCA reitera que, en su artículo 10, numeral 10.5, que “[n]o constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales”; mientras que, al prohibir el abuso de posición de dominio, la LRCA, en su numeral 10.3, afirma que el abuso será sancionado “inclusive cuando la posición de dominio derive de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo”.

3.2.3.3. La conducta colusoria horizontal

La LRCA define a la conducta colusoria horizontal de la siguiente manera.

“Artículo 11.- Prácticas colusorias horizontales

11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia (...).”
(...).”

³⁸⁵ En este sentido “cuando la LRCA se refiere a “competidores” en la determinación de conductas que configuran un abuso de posición de dominio puede referirse, dependiendo del caso, a competidores de quien ostenta dicha posición como en el caso de la aplicación de barreras de acceso por obstaculizar a otros agentes del mercado, de manera injustificada, la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación; o, a concurrentes en otros puntos de la cadena, como en el caso de las negativas a transar, pues aquí la afectación se produce sobre quienes contratan o desean contratar con el dominante y no sobre quienes compiten con éste” (Stucchi y Ballon, 2018, p. 39).

En consecuencia, como indica la exposición de motivos de la LRCA, las prácticas o conductas colusorias horizontales “pueden ser de distintos tipos, a saber, acuerdos (convenios demostrados mediante pruebas directas), decisiones (directivas con carácter vinculante al interior de una asociación o similar), recomendaciones (directivas con carácter orientativo al interior de una asociación o similar) o prácticas concertadas³⁸⁶ (convenios demostrados mediante indicios y presunciones)”. En cuanto a los elementos esenciales del ilícito administrativo la ocurrencia de una colusión horizontal requiere que: i) los agentes económicos competidores desarrollen conductas concertadas bajo esta diferente tipología; y, que, ii) estas conductas tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

La prohibición de conductas colusorias horizontales determina que la relación entre los competidores en el mercado debe mantener una tensión competitiva permanente. Los competidores deben luchar por la preferencia de los demandantes, con otros concurrentes que ofrecen bienes o servicios similares o sustitutos, ofreciéndoles mejores condiciones de calidad y precio para satisfacer sus necesidades; y, deben luchar, con sus competidores del lado de la demanda, por lograr transacciones con quienes les ofrecen los insumos las materias primas y los servicios que requieren su actividad económica, proponiéndoles mejores condiciones precio u oportunidad de pago para satisfacer sus necesidades. Así, bajo una economía social de mercado como la establecida en la jurisdicción peruana, los agentes económicos tienen derecho a competir y, a la vez, tienen el deber de hacerlo sin restringir, impedir, falsear o eliminar la competencia entre sí.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas prohibidas consistentes en colusiones horizontales que la LRCA define bajo un esquema de cláusula general (delineada por el encabezado del numeral 11.1 y por el cierre previsto en el literal k) del indicado numeral de la LRCA) y que se complementa con la ejemplificación de conductas prohibidas.

³⁸⁶ “(...) la práctica concertada constituye una conducta en la cual las partes actúan en el mercado tomando en consideración elementos vinculados al accionar futuro de sus competidores, los cuales son obtenidos de estos por contactos que no implican la celebración de un acuerdo anticompetitivo. Esta acción, al ser una respuesta cooperativa consciente, establece e implementa el consentimiento de cada una de las partes de restringir la competencia, concretando el concierto de voluntades que configura la conducta”. (Borda, 2021, p. 199).

Cuadro 5
Conductas prohibidas, corregibles y sancionables como colusiones horizontales
en la jurisdicción peruana

Prohibición	Cita textual de la disposición legal	Tipo de prohibición
Cláusula general	Artículo 11°.- Prácticas colusorias horizontales.- 11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:	Relativa: en los casos no ejemplificados.
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	Tipo de prohibición
Prohibición de concertar precios u otras condiciones.	a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;	Absoluta: siempre que consista específicamente en “fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio” ³⁸⁷ y sea consecuencia de una práctica horizontal inter marca que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás casos.
Prohibición de limitar o controlar la oferta o sus	b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;	Absoluta: siempre que consista específicamente en

³⁸⁷ Cita textual tomada del literal a) del numeral 11.2 del artículo 11 de la LRCA, que especifica las conductas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta.

elementos subyacentes.		<p>“limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas”³⁸⁸ y sea consecuencia de una práctica horizontal inter marca que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos.</p> <p>Relativa: en los demás casos.</p>
Prohibición de dividir el mercado.	c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;	<p>Absoluta: siempre que consista específicamente en “el reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas”³⁸⁹ y sea consecuencia de una práctica horizontal inter marca que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos.</p> <p>Relativa: en los demás casos.</p>
Prohibición de concertar niveles de calidad.	d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar injustificadamente la aplicación de contratación atada.	f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos.

³⁸⁸ Cita textual tomada del literal b) del numeral 11.2 del artículo 11 de la LRCA, que especifica las conductas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta.

³⁸⁹ Cita textual tomada del literal c) del numeral 11.2 del artículo 11 de la LRCA, que especifica las conductas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta.

Prohibición de concertar negativas injustificadas a transar.	g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar la aplicación de barreras en el mercado o gremiales contra competidores.	h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación.	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar injustificadamente la limitación de la distribución o venta.	i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar posiciones en procesos públicos de adquisición ³⁹⁰ .	j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,	Absoluta: siempre que consista específicamente en “establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.” ³⁹¹ y sea consecuencia de una práctica horizontal inter marca que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos. Relativa: en los demás

³⁹⁰ Respecto de este supuesto ejemplificado por la LRCA, esta establece expresamente, en sus disposiciones complementarias finales, una previsión específica sobre el Tribunal de Contrataciones del Estado para contribuir con la detección y sanción de *cárteles*:

“Segunda.- Prácticas anticompetitivas en contrataciones del Estado

De conformidad con lo dispuesto en el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1017, Ley de Contrataciones del Estado, cuando el Tribunal de Contrataciones del Estado identifique alguna conducta que pudiera constituir una práctica anticompetitiva en los términos de esta Ley, comunicará tal hecho al INDECOPI para que éste, a través de sus órganos competentes, y de ser el caso, inicie el procedimiento sancionador correspondiente y determine la responsabilidad que pudiere existir.

Únicamente en caso de que el INDECOPI determinara la existencia de una infracción y ésta quedara firme, el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE procederá a la inscripción de los infractores en el registro de inhabilitados para contratar con el Estado que corresponda.”

³⁹¹ Cita textual tomada del literal d) del numeral 11.2 del artículo 11 de la LRCA, que especifica las conductas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta.

		casos.
Disposición de cierre que complementa la cláusula general.	(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.	Relativa

Fuente: Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo 1034 / Elaboración propia compartida (Stucchi y Ballón, 2018, pp. 43-47).

Cabe comentar en este punto que sostener, de modo general, que las reglas de defensa de la competencia únicamente sancionan conductas que tengan efecto *exclusorio*, no es preciso pues el contra ejemplo de dicho señalamiento se encuentra en determinadas colusiones horizontales cuyos efectos son esencialmente perjudiciales contra el consumidor intermedio –que bien puede ser concurrente en otro punto de la cadena– o contra el consumidor final que adquiere productos a precios concertados entre competidores que no pugnan entre sí, lo que configura un efecto indudablemente *explotativo*.

A) Conductas sometidas a prohibición absoluta

Conforme señalamos previamente, la prohibición absoluta se encuentra reservada para las conductas colusorias horizontales que se estima que siempre acarrearán efectos nocivos contra el proceso competitivo y que, en consecuencia, se estima que siempre generan efectos adversos al bienestar de los consumidores.

Así, la LRCA aplica estas prohibiciones sobre conductas colusorias horizontales de naturaleza inter marca, es decir colusiones entre competidores que no son complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos y que pueden calificarse como *cárteles* intrínsecamente nocivos (*hard-core cartels*), verificándose “que tengan por objeto: a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio; b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas; c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o, d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates”³⁹².

³⁹² Cita textual tomada del numeral 11.2 del artículo 11 de la LRCA, que especifica las conductas colusorias horizontales sometidas a prohibición absoluta.

Notamos que, en estos casos, cuando la LRCA señala que tales conductas colusorias horizontales tienen por “objeto” determinadas prácticas, sin referirse a su “efecto”, remarcan el impero de la prohibición absoluta aplicable según la cual, en principio, una vez que se prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*) la realización de una de las conductas antes indicadas, se considera acreditada la infracción.

Sin embargo, como indicamos previamente, en ejercicio de su derecho de defensa, las personas naturales o jurídicas imputadas pueden derribar la presunción *iuris tantum* que implica esta prohibición absoluta. De este modo, aun cuando se compruebe la realización de una conducta sometida a este tipo de prohibición, sería posible que el administrado imputado acredite que la conducta que se le atribuye careció de efectos anticompetitivos y, en consecuencia, exigir que la imputación sea declarada infundada.

B) Conductas sometidas a prohibición relativa

La prohibición relativa se aplica a las conductas colusorias horizontales que no encajan en la prohibición absoluta. En consecuencia, para corregir y sancionar la ocurrencia de una colusión horizontal bajo esta prohibición relativa se requiere probar mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), como elementos esenciales del ilícito administrativo que: i) agentes económicos competidores desarrollen conductas concertadas; y, que, ii) estas conductas tienen por “efecto” restringir, impedir o falsear la libre competencia (11.1). Para configurar esta conducta prohibida estos dos elementos deben añadirse a aquellos impuestos por la propia prohibición relativa, que exigen también que se pruebe mediante prueba plena que esta conducta colusoria fue capaz de generar o que generó efectos negativos o perjudiciales: i) sobre el proceso competitivo (lo que

Debe recordarse que, inicialmente, desde su vigencia, la LRCA solo abarcaba bajo prohibición absoluta a las colusiones horizontales materializadas mediante acuerdos que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos, mas no a las decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas. En ese sentido, en atención al principio de tipicidad propio de los procedimientos sancionadores, aquellas prácticas colusorias horizontales, distintas a los acuerdos, debían siempre analizarse bajo una prohibición relativa, esto es demostrando necesariamente también los efectos negativos de la conducta sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. Recién en 2015, el Decreto Legislativo 1205 modificó el numeral 11.2 de la LRCA y sometió a prohibición absoluta a todas las prácticas colusorias horizontales en general, siempre que se trate de prácticas inter marca no complementarias a otros acuerdos lícitos.

materialmente cumple también con el elemento esencial del ilícito que enuncia el numeral 11.1); y, a la vez, ii) sobre el bienestar de los consumidores.

C) Mercado relevante y dominio

La LRCA que en las colusiones horizontales debe analizarse, de algún modo, la posición de dominio conjunta que puedan lograr, quienes se coluden, en un mercado relevante o de referencia. Sin embargo, entendemos que si los coludidos no logran una posición de dominio conjunta, será sumamente difícil acreditar un perjuicio para los consumidores intermedios o finales, si se trata de una colusión horizontal del lado de la oferta. Ello puesto que, ante una elevación de precio o una disminución de calidad concertada entre competidores, si estos no ostentan posición de dominio conjunta, el consumidor intermedio o final podrá acudir sin dificultad a elegir otras ofertas disponibles en el mercado. Lo antes planteado es relevante pues permite considerar que, si bien dicha práctica podría tener efectos negativos para la competencia, podría no acreditarse efecto perjudicial alguno sobre el bienestar de los consumidores (ni siquiera potencial), por lo que bajo la prohibición relativa no existiría infracción alguna.

En el caso de una colusión horizontal sometida a la prohibición, un análisis sobre mercado relevante y dominio como el indicado en el párrafo precedente resulta deseable, aun cuando la sola acreditación de la conducta baste para determinar la infracción. Dicho análisis debiera ser técnicamente utilizado para efectos de determinar la gravedad de la infracción y graduar la sanción aplicable.

3.2.3.4. La conducta colusoria vertical

La colusión vertical también consiste en un actuar consensuado o coordinado entre agentes económicos que tiene por efecto restringir, impedir, falsear o eliminar la competencia en el mercado. La configuración de esta conducta anticompetitiva se presenta cuando los agentes económicos coludidos desarrollan sus actividades en diferentes niveles de la cadena productiva o de prestación de servicios.

En cuanto a los elementos esenciales del ilícito administrativo la ocurrencia de una colusión vertical, se debe probar que: i) los agentes económicos competidores desarrollen conductas concertadas bajo diferente tipología (acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas); y, que, ii) estas conductas tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas prohibidas consistentes en colusiones verticales que la LRCA define también bajo un esquema de cláusula general (delineada por el artículo 12 de la LRCA) y que se complementa con una remisión a la ejemplificación de conductas prohibidas.

Cuadro 6
Conductas prohibidas, corregibles y sancionables como colusiones verticales en la jurisdicción peruana

Prohibición	Cita textual de la disposición legal	Tipo de prohibición
Cláusula general	<p>Artículo 12°.- Prácticas colusorias verticales.-</p> <p>12.1. Se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia.</p> <p>12.2. Las conductas ilícitas verticales podrán consistir en (...)</p>	<p>Relativa</p> <p>Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos coludidos debe contar con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate, con anterioridad al desarrollo de la conducta.</p>
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	Tipo de prohibición
Disposición de remisión a los listados enunciativos correspondiente al abuso de posición de dominio y a la conducta colusoria horizontal, que	(...) los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10° y 11.1 del Artículo 11° de la presente Ley, según corresponda.	<p>Relativa</p> <p>Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos coludidos debe contar con posición de</p>

complementa la cláusula general.		dominio en el mercado relevante de que se trate, con anterioridad al desarrollo de la conducta.
----------------------------------	--	---

Fuente: Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo 1034 / Elaboración propia compartida (Stucchi y Ballón, 2018, pp. 43-47).

Así, tal como indica la exposición de motivos de la LRCA, “se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 (...) que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de aquella. Si, por el contrario, la restricción vertical es producto de una imposición unilateral de una empresa dominante procurando su beneficio, la conducta deberá analizarse bajo la prohibición de abusos de posición de dominio”³⁹³.

Los agentes económicos que desarrollan una colusión vertical no son competidores entre sí, pues participan en distintos mercados diferentes. Sin embargo, se entiende que formarían parte de una misma cadena de producción, distribución, comercialización o prestación de un bien o un servicio, correspondientemente. Las manifestaciones que pueden materializar estas prácticas anticompetitivas prohibidas pueden tomar la forma de aquellas señaladas en los numerales 10.2 y 11.1 de la LRCA, presentadas en los cuadros 5 y 6 precedentes (negativas injustificadas a transar, discriminación en términos comerciales a agentes que compiten entre sí, aplicación de contratación atada, barreras contra competidores, limitación injustificada de la distribución o venta, entre otros), que son aplicables a conductas anticompetitivas

³⁹³ En relación con colusión vertical como conducta anticompetitiva, hemos señalado, en otra sede que “[d]efinida expresamente por la LRCA fue una novedad en nuestro sistema de defensa de la libre competencia, pues terminó por zanjar una discusión teórica que se había producido respecto de cómo debía sancionarse una colusión vertical bajo la aplicación de la ley antecesora: si por abuso de posición de dominio o por práctica colusoria. La dificultad teórica consistía en que una colusión vertical requiere, para tener un efecto contrario al proceso competitivo, que alguno de los coludidos tenga posición de dominio. El problema que se generaba con la ley antecesora era que bajo la figura del abuso de la posición de domino no se podía sancionar al coludido que no la tuviera; mientras que bajo la figura de las colusiones anticompetitivas -debido a que su descripción era genérica- no se refería la necesidad de verificar una posición de dominio en uno de los coludidos para determinar cómo anticompetitiva a la colusión vertical, por lo que bajo esta tipificación no se podía sancionar al agente económico dominante. La definición clara de las características de las colusiones verticales prohibidas, establecidas por la LRCA, eliminó este problema.” (Stucchi y Ballón, 2017, p. 55).

consistentes en un abuso de posición de dominio o una colusión horizontal, respectivamente.

A las conductas colusorias verticales se aplica la prohibición relativa, debido a que la mayoría de acuerdos o prácticas verticales no constituyen conductas anticompetitivas³⁹⁴. En consecuencia, se requiere probar mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), los elementos esenciales del ilícito administrativo: i) los agentes económicos competidores desarrollen conductas concertadas bajo la tipología antes indicada; y, que, ii) estas conductas tengan por “efecto” –y no solo por “objeto”, dado que se aplica la prohibición relativa– restringir, impedir o falsear la libre competencia (12.1). A estos dos elementos deben añadirse la aquellos impuestos por la propia prohibición relativa, que exigen también que se pruebe mediante prueba plena que esta conducta colusoria fue capaz de generar o que generó efectos negativos o perjudiciales: i) sobre el proceso competitivo (lo que materialmente cumple también con el elemento esencial del ilícito que enuncia el numeral 12.1); y, a la vez, ii) sobre el bienestar de los consumidores³⁹⁵.

Asimismo, como condición expresa para determinar la ilicitud de una colusión vertical, tal como se refleja en el cuadro precedente, la LRCA determina expresamente:

³⁹⁴ Al respecto, en aplicación de la LRCA, el Tribunal del Indecopi ha afirmado que: “[L]os acuerdos verticales podrían originar eficiencias en términos de provisión, calidad o precios, motivo por el cual debe analizarse la existencia de eventuales efectos pro competitivos en el mercado en cada caso concreto. A modo de ejemplo, la existencia de un acuerdo de fijación de un precio mínimo de reventa podría tener la finalidad de evitar que los minoristas que establecen descuentos por la compra del producto, se aprovechen del esfuerzo desplegado por otros minoristas que invierten en un mejor servicio (mediante publicidad de la marca, por ejemplo) captando el incremento de la demanda que este genera. Si bien con tal restricción se disminuye la competencia intramarca, dicha conducta determina que los minoristas deban invertir en mejorar su servicio posicionando la marca del productor frente a la competencia, incrementando de esta forma la competencia intermarca” (Indecopi, 2014).

³⁹⁵ En aplicación de la LRCA, el Tribunal del Indecopi ha señalado al respecto que: “La prohibición relativa demanda que para la configuración de la infracción, no solo es necesario verificar la ejecución de la conducta imputada, sino que se acredite la existencia de un resultado negativo, o la potencialidad concreta de dicho resultado (cierto e inminente) sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En otras palabras, el acuerdo colusorio vertical debe generar una lesión efectiva (daño concreto) o calificar como una conducta idónea que amenace con generar efectos nocivos para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores (daño potencial) que sobrepase los beneficios del acuerdo, para que tal conducta sea sancionable como infracción a las normas de defensa de la competencia. (...)” (Indecopi, 2014).

“Artículo 12.- Prácticas colusorias verticales

(...)

12.3. La configuración de una práctica colusoria vertical requiere que al menos una de las partes involucradas tenga, de manera previa al ejercicio de la práctica, posición de dominio en el mercado relevante.

(...)”.

En consecuencia, para verificar la existencia de una colusión vertical anticompetitiva, como es razonable, al menos uno de los agentes económicos que desarrollan esta conducta debe ostentar una posición de dominio. Caso contrario, sería improbable que la colusión vertical tenga la capacidad de producir efecto negativo alguno sobre la competencia o el bienestar de los consumidores, al tener estos últimos otras alternativas que escoger en el mercado, al tener al frente dos o más coludidos sin dominio en un mercado relevante. Ello se ha reafirmado en la jurisprudencia administrativa³⁹⁶, dado que el Tribunal del Indecopi ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre importantes casos de colusiones verticales, expresando que “si ninguno de los agentes económicos involucrados en la práctica colusoria vertical ostenta posición de dominio en el mercado relevante, la conducta imputada no tendría la capacidad de generar efectos anticompetitivos” (Indecopi, 2016a).

3.2.3.5. Las conductas exceptuadas

Debe tenerse en cuenta que la LRCA, conforme lo dispuesto por su artículo 3,

³⁹⁶ El Tribunal del Indecopi, en aplicación del Legislativo 701 - Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, instrumento legal antecesor de la LRCA dispuso en relación con las conductas colusorias verticales lo siguiente, como parte de un precedente administrativo de observancia obligatoria:

“(...) a efectos de analizar la licitud (o no) de una práctica colusoria vertical, la autoridad de competencia debe realizar el análisis según la metodología siguiente:

- (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio en el mercado relevante;
- (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo imputado a las denunciadas;
- (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis; y
- (iv) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general). Si no se observan dichos efectos, o potencialidad de efectos, la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia.” (Indecopi, 2009, p. 80).

exceptúa de reproche, corrección y sanción a una conducta que, pese a ser contraria al proceso competitivo, es consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley. Sin embargo, en estos casos, la autoridad de defensa de la competencia podrá evaluar una conducta de esta naturaleza, determinar sus efectos contra el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores y emitir informes, desarrollando propiamente lo que se entiende por abogacía o promoción de la competencia. Estos informes podrían incluir recomendaciones que sugieran la modificación o la derogación de la norma legal que genera conductas anticompetitivas.

En todo caso, si una norma con rango de ley genera conductas anticompetitivas, de modo contrario a lo previsto en la Constitución Política, puede promoverse una demanda de:

- i) *Acción de Inconstitucionalidad*, con el fin de que el Tribunal Constitucional determine su eliminación por contravenir la Constitución Política en la forma o en el fondo y, consecuentemente, que la conducta anticompetitiva generada por dicha norma pierda la condición de legalmente exceptuada de reproche; o,
- ii) *Acción de Amparo*, con el fin de que cese la conducta anticompetitiva realizada por parte de cualquier funcionario, persona natural o persona que, pese a encontrar causa en una norma legal, vulnere derechos constitucionales de personas en su calidad de ciudadanos, consumidores o agentes económicos, sea que estos derechos se encuentren relacionados o no con los principios del régimen económico constitucional analizado previamente³⁹⁷.

³⁹⁷ La Constitución Política de 1993 prevé para el resguardo del orden y los derechos constitucionales:

“Artículo 200.- Acciones de Garantía Constitucional

Son garantías constitucionales:

(...)

2. La Acción de Amparo, que procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular.

(...)

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

(...)”

3.2.4. Órganos competentes para el control de conductas

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) es la entidad administrativa que cobija a los órganos administrativos que ejercen como las autoridades generales de defensa de la competencia en la jurisdicción peruana. De conformidad con lo dispuesto por el artículo 1 de su Ley de Organización y Funciones – Decreto Legislativo 1033, este Instituto es un organismo público especializado que, si bien goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestal y administrativa, se encuentra adscrito a la Presidencia del Consejo de Ministros, en el ámbito político del Poder Ejecutivo peruano.

3.2.4.1. Autoridades de defensa de la competencia

Conforme a la LRCA, los órganos del Indecopi que se encuentran a cargo de determinar, corregir y sancionar conductas anticompetitivas en el marco de un *control de conductas*, a nivel nacional, en primera y segunda instancia administrativa, son los siguientes:

“Artículo 13.- Las autoridades de competencia

13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.

13.2. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI”.

Como se aprecia, los órganos indicados poseen un rol decisorio sucesivo, en cada instancia administrativa, en los procesos donde se efectúa el *control de conductas*. Estos órganos del Indecopi ejercen la condición de autoridad de defensa de la competencia en todos los sectores de actividad económica en la jurisdicción peruana,

salvo en los mercados correspondientes a los servicios públicos de telecomunicaciones.

El caso peruano resulta singular en este sentido, pues, cuando las conductas anticompetitivas se desarrollan en el ámbito de los mercados correspondientes a los servicios públicos de telecomunicaciones, la propia LRCA, en su artículo 17, determina que la autoridad para su aplicación es el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (en adelante, Osiptel). Así, en estos casos, los órganos competentes que ejercen como autoridades de defensa de la competencia, sus atribuciones y el diseño de los procedimientos sancionadores son los definidos por el marco normativo que da organización y funciones del Osiptel³⁹⁸.

Cabe precisar que esta tesis se dirige a analizar el encuadramiento y funciones de las autoridades de defensa de la competencia de alcance general, que son la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, la Comisión) y el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del Indecopi (en adelante, el Tribunal del Indecopi), así como lo correspondiente respecto del órgano investigador y acusador en el *control de conductas* peruano, establecido en el ámbito administrativo, que se enuncia a continuación.

3.2.4.2. Órgano investigador y acusador: *fiscal administrativo*

En todo este contexto, la LRCA establece un diseño de proceso para la corrección y sanción de conductas anticompetitivas que es garantista y de modelo acusatorio en el ámbito del Indecopi. Por ello, al interior de este organismo se prevé la existencia y actuación de un órgano que posee el rol de *fiscal administrativo*, que es una Secretaría Técnica, recientemente denominada alternativamente como Dirección Nacional de

³⁹⁸ En este ámbito, los casos se tramitan bajo las reglas que conforman el marco normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones, definido por la Ley N° 27336 - Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL; los Lineamientos de Políticas de Apertura del Mercado de Telecomunicaciones, aprobados por Decreto Supremo 020-98-MTC; los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones, aprobados mediante Resolución de Consejo Directivo 077-2016-CD/OSIPTEL; y, el Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas, aprobado mediante Resolución de Consejo Directivo 136-2011-CD/OSIPTEL, siendo competentes las autoridades definidas por dicho marco normativo.

Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, Secretaría-Dirección)³⁹⁹:

“Artículo 15.- La Secretaría Técnica

15.1. La Secretaría Técnica de la Comisión es el órgano con autonomía técnica que realiza la labor de instructor del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas y que emite opinión sobre la existencia de la conducta infractora.
(...)”.

3.2.4.3. Designación de los funcionarios

En relación con la designación de los funcionarios públicos que conforman las autoridades de defensa de la competencia debe considerarse que, sin concurso público de méritos reglado:

³⁹⁹ El Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi - Resolución 063-2021-PRE-INDECOPI especifica:

“Artículo 96.- Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

La Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia es el órgano de línea con autonomía técnica a cargo del inicio e instrucción del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas regulado por el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, así como de las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas a los procedimientos previstos por la Ley N° 31112, Ley que establece el Control Previo de Operaciones de Concentración Empresarial. Depende de la Gerencia General.

Artículo 97.- Funciones de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia

Son funciones de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia las siguientes:

- a) Ejercer las funciones de Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia.
 - b) Realizar acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, en el marco de las normas vigentes.
 - c) Instruir el procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas e infracciones a la normativa de control previo de operaciones de concentración empresarial, realizando las actuaciones probatorias requeridas en el marco de su competencia.
 - d) Ordenar e instruir el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial, incluyendo el que se derive de actuaciones de oficio.
 - e) Dirigir el observatorio de mercados recopilando información sobre las condiciones de competencia en los mercados.
 - f) Realizar estudios y publicar informes por cada sector o actividad económica que resulte de interés relacionado al régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial.
 - g) Brindar apoyo técnico administrativo a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia para el ejercicio de sus competencias.
 - h) Elaborar propuesta de lineamientos, directivas u otros en materias de su competencia.
 - i) Desarrollar programas de difusión y capacitación en los temas de su competencia.
 - j) Emitir opinión técnica en el ámbito de su competencia.
 - k) Expedir resoluciones en materias de su competencia.
 - l) Las demás funciones que le asigne el/la Gerente/a General en el marco de sus competencias o aquellas que le corresponda por norma expresa.”
- (Indecopi, 2021b).

- i) los miembros de la Comisión, en número de 4, son designados por el Consejo Directivo del Indecopi; y,
- ii) los miembros del Tribunal del Indecopi, en número de 5 por cada Sala, a propuesta de este Consejo, son designados por el Presidente de la República, mediante Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros.

En ambos casos la designación se realiza por un periodo fijo de cinco (5) años, que puede ser revocada por falta grave, y, en la mayoría de casos, estos funcionarios desempeñan sus funciones a tiempo parcial, reuniéndose en sesiones periódicas para conocer los casos y tomar las decisiones que deben resolver en la instancia administrativa que corresponde a cada uno⁴⁰⁰.

Por su parte, igualmente sin concurso público de méritos reglado, dicho Consejo designa al titular de la Secretaría-Dirección, que ejerce como *fiscal administrativo* del proceso administrativo dirigido a la determinación, corrección y sanción de conductas anticompetitivas⁴⁰¹.

3.2.5. Principales atribuciones de las autoridades de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo nacional

A continuación, debe considerarse, como se ha explicado previamente, que la autoridad de defensa de la competencia en los mercados correspondientes a todos los sectores de actividad económica en la jurisdicción peruana es la Comisión de Defensa

⁴⁰⁰ Cfr. Artículos 13 y 22 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033

⁴⁰¹ Respecto de la designación de miembros del Tribunal, de Comisión y Secretarios Técnicos, la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033 señala:

Artículo 5.- Funciones del Consejo Directivo.-

Son funciones del Consejo Directivo:

a) Designar a los miembros del Órgano Consultivo (...);

(...)

c) Proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros la designación de los Vocales de las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, tomando en cuenta la opinión del Órgano Consultivo.

d) Designar a los miembros de las Comisiones de las áreas de competencia y de propiedad intelectual, a los Directores de la Propiedad Intelectual y a los Secretarios Técnicos. Para la designación o remoción de los miembros de las Comisiones de las áreas de competencia y de propiedad intelectual tomará en cuenta la opinión del Órgano Consultivo"

de la Competencia del Indecopi en primera instancia administrativa y el Tribunal del Indecopi en la segunda, salvo en el ámbito de los mercados de los servicios públicos de telecomunicaciones. A continuación, desarrollaremos los elementos más relevantes del proceso administrativo que se desarrolla ante el Indecopi para efectuar el *control de conductas*.

3.2.5.1. Inicio y naturaleza del proceso

El proceso administrativo que define la LRCA para la determinación, corrección y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento sancionador, cuyo diseño legal es garantista y prevé dos instancias administrativas al interior del Indecopi.

La LRCA en su texto original señalaba, en su artículo 18, que “[e]l procedimiento sancionador de investigación y sanción de conductas anticompetitivas se inicia siempre de oficio, bien por iniciativa de la Secretaría Técnica o por denuncia de parte” y que “[e]n el procedimiento trilateral sancionador promovido por una denuncia de parte, el denunciante es un colaborador en el procedimiento de investigación, conservando la Secretaría Técnica la titularidad de la acción de oficio” (subrayado añadido).

Sin embargo, por causa de la modificación operada en el año 2015, mediante el Decreto Legislativo 1205, se eliminó la calificación “trilateral sancionador” que era aplicable cuando el inicio del proceso administrativo era promovido por denuncia de parte, es decir por una persona natural o jurídica, en su condición de ciudadano o empresa (agente económico).

Es cierto que, en la jurisdicción peruana, los procesos de *control de conductas*, en la mayoría de casos, se inician por propia iniciativa de la Secretaría-Dirección, en su condición de *fiscal administrativo* que formula el pliego de cargos, luego de su investigación preliminar. Sin embargo, cuando se presenta una denuncia de parte, el denunciante estará habilitado en este proceso de *control de conductas* para presentar fundamentos de hecho y ofrecer medios probatorios, así como para presentar fundamentos de Derecho con el propósito de que su denuncia sea admitida a trámite

por la Secretaría-Dirección y que esta impute la posible infracción derivada de la realización de una conducta anticompetitiva, así como para lograr la determinación, corrección y sanción de la infracción que denuncia. Igualmente, el denunciante estará facultado a apelar la inadmisibilidad de su denuncia⁴⁰² o, en caso esta se declare infundada, apelar la decisión de primera instancia⁴⁰³, constituido como parte del procedimiento.

Consideramos que esta modificación, que eliminó la calificación “trilateral sancionador” que era aplicable cuando el inicio del proceso administrativo era promovido por denuncia de parte, no tiene efecto práctico significativo. Incluso, debe recordarse que el propio Indecopi exige requisitos más amplios que los que corresponden a una simple denuncia informativa para la presentación de una denuncia formal en el ámbito de la defensa de la competencia, así como el pago de una tasa, para evaluar la admisibilidad de una denuncia de parte⁴⁰⁴, todo lo cual es propio y natural de un procedimiento trilateral. Sin embargo, debemos remarcar que incluso en este supuesto, en un proceso promovido por denuncia de parte, la Secretaría-Dirección mantiene su condición de *fiscal administrativo*, formulando el pliego de cargos.

⁴⁰² Como signos del carácter trilateral del proceso, ante una denuncia de parte, la LRCA evidencia:

“Artículo 21.- Resolución de inicio del procedimiento

21.1. La Secretaría Técnica se pronunciará sobre la admisión a trámite de una denuncia de parte luego de verificar el cumplimiento de los requisitos formales (...).

(...)

21.4. La resolución que declare inadmisibile o improcedente la denuncia es impugnabile ante el Tribunal en el plazo de quince (15) días hábiles.”

⁴⁰³ En el mismo sentido, afianzando el carácter trilateral, ante una denuncia de parte, la LRCA nuevamente evidencia:

“Artículo 40.- Recurso de apelación

40.1. La resolución final de la Comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, ante el Tribunal, en el plazo de quince (15) días hábiles. La Secretaría Técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.

(...).”

⁴⁰⁴ Sobre ello la LRCA prescribe:

“Artículo 19.- Requisitos de la denuncia de parte

La denuncia de parte que imputa la realización de conductas anticompetitivas, deberá contener:

a) Nombre, denominación o razón social del denunciante, su domicilio y los poderes correspondientes, de ser el caso.

b) Indicios razonables de la presunta existencia de una o más conductas anticompetitivas.

c) Identificación de los presuntos responsables, siempre que sea posible.

d) El comprobante de pago de la tasa por derecho de tramitación del procedimiento sancionador. Esta tasa está exceptuada del límite en cuanto al monto establecido en la Ley del Procedimiento Administrativo General.”.

3.2.5.2. Atribuciones de los órganos y principio de imparcialidad

A) Secretaría-Dirección: *fiscal administrativo*

La LRCA establece diversas funciones para este órgano, con relevancia en su participación en el *control de conductas*, entre ellas destacamos las más relevantes:

“Artículo 15.- La Secretaría Técnica

(...)

15.2. Son atribuciones de la Secretaría Técnica:

- a) Efectuar investigaciones preliminares;
 - b) Iniciar de oficio el procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas;
 - c) Tratándose de una denuncia de parte, decidir la admisión a trámite del procedimiento de investigación y sanción de conductas anticompetitivas, pudiendo declarar inadmisibles o improcedentes la denuncia, según corresponda;
 - d) Solicitar a la Comisión el dictado de una medida cautelar;
 - e) Instruir el procedimiento sancionador, realizando investigaciones y actuando medios probatorios, y ejerciendo para tal efecto las facultades y competencias que las leyes han atribuido a las Comisiones del INDECOPI;
 - f) Excepcionalmente y con previo acuerdo de la Comisión, podrá inmovilizar por un plazo no mayor de diez (10) días hábiles prorrogables por otro igual, libros, archivos, documentos, correspondencia y registros en general de la persona natural o jurídica investigada, tomando copia de los mismos. En iguales circunstancias, podrá retirarlos del local en que se encuentren, hasta por quince (15) días hábiles, requiriendo de autorización judicial para proceder al retiro, conforme al proceso especial previsto en el literal c) del numeral 15.3 del presente Artículo;
- (...)
- i) Canalizar el apoyo administrativo que requiera la Comisión;
- (...).”

Como se aprecia, la Secretaría-Dirección se encuentra facultada para desarrollar investigaciones preliminares, a efectos de lo cual cuenta con las siguientes atribuciones, que incluyen facultades intrusivas, tal como recomienda el estándar internacional (OCDE, 2019a):

- i) se encuentra facultada a exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de todo tipo de documentos, los programas que fueran necesarios para acceder a su contenido, así como información sobre su organización y actividad empresarial;
- ii) se encuentra facultada a citar e interrogar a las personas materia de investigación o a sus representantes, empleados, funcionarios, asesores y a terceros, pudiendo registrar en los medios que requiera tal diligencia, incluido el audio y el video, así como cualquier recurso digital, debiendo considerar que las personas tienen derecho constitucional a guardar silencio;
- iii) se encuentra facultada a realizar inspecciones, con o sin previa notificación, en los inmuebles o locales de personas naturales o jurídicas, pudiendo comprobar situaciones de hecho, el desarrollo de procesos productivos y tomar la declaración de las personas, así como copia de documentos que se estime pertinente pudiendo registrar en los medios que requiera tal diligencia, incluido el audio y el video, pudiendo solicitar para estas diligencias el apoyo de la fuerza pública; y,
- iv) se encuentra facultada y obligada a obtener autorización judicial previa para proceder al descerraje en caso de que se le impida el ingreso a un local o inmueble o este estuviera cerrado, así como para acceder y copiar correspondencia privada en caso se le deniegue, o para solicitar el levantamiento del secreto de las comunicaciones para evidencia sobre una posible infracción⁴⁰⁵.

Asimismo, esta Secretaría-Dirección tiene las atribuciones exclusivas para constituirse como una parte acusadora en el proceso administrativo para la determinación, corrección y sanción de conductas anticompetitivas, luego de la investigación preliminar que haya desarrollado, por propia iniciativa, sobre una posible conducta infractora, o luego de admitir y declarar procedente una denuncia de parte. Esta

⁴⁰⁵ Cfr. Artículo 15 de la LRCA.

capacidad de acusar a un agente económico ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, con el convencimiento de que se evidencia una posible infracción, incluye la posibilidad de que solicite el dictado de medidas cautelares, así como una amplitud en la actuación de medios probatorios que deben ser, igualmente, analizados y ponderados por la indicada Comisión.

En consecuencia, si bien su rol debe ser objetivo, en relación con las evidencias que recabe y los medios probatorios que proponga y actúe, su rol es necesariamente parcial, pues actúa como parte acusadora, como *fiscal administrativo*.

Otro distintivo que marca la función de la Secretaría-Dirección en este proceso de control de conductas es que este órgano debe emitir un informe técnico, una vez concluido el periodo probatorio, en el que declara, en su consideración: i) la inexistencia de una conducta anticompetitiva, descartando su acusación; o, ii) formaliza su acusación final, formulando conclusiones sobre la investigación y la imputación que ha realizado y proponiendo a la Comisión la declaración de una infracción, la identificación de los responsables y una sanción, así como las medidas correctivas sobre la conducta anticompetitiva a que haya lugar⁴⁰⁶.

Esta obligación de emitir informe técnico, a cargo de la Secretaría-Dirección, en el proceso sancionador en materia de libre competencia refleja una vez más la estructura de esquema acusatorio que le corresponde, y que es altamente garantista y distinto al previsto para otras materias a cargo del Indecopi que no desarrollan función administrativa sancionadora. Ello remarca las diferentes funciones y el distanciamiento exigido entre la Secretaría-Dirección y la Comisión, siendo que esta última debe, para decidir, valorar los actuados puestos a su conocimiento, tanto por el *fiscal administrativo*, como por los administrados imputados.

Asimismo, la LRCA determina otro distintivo que remarca que la Secretaría-Dirección es un indudable *fiscal administrativo*:

“Artículo 40.- Recurso de apelación.-

⁴⁰⁶ Cfr. Artículo 36 de la LRCA.

40.1. La resolución final de la Comisión es apelable por el imputado, por quien haya presentado la denuncia de parte y por los terceros con interés legítimo que se hayan apersonado al procedimiento, ante el Tribunal, en el plazo de quince (15) días hábiles. La Secretaría Técnica podrá apelar la resolución que exculpa a los investigados, así como la multa impuesta.”

Esta disposición habilitante para que la Secretaría-Dirección apele la decisión final de la autoridad de defensa de la competencia de primera instancia administrativa solo encuentra explicación en el marco de un proceso sancionador de esquema acusatorio, en el cual las posiciones del *fiscal administrativo* y el órgano decisor deben ser completamente independientes.

B) Comisión de Defensa de la Libre Competencia

La LRCA establece las funciones de este órgano decisor de primera instancia administrativa en el proceso de *control de conductas*, que puede concluir con la determinación de una infracción, la orden de corrección de una conducta anticompetitiva, así como una sanción:

“Artículo 14.- La Comisión

14.1. La Comisión es el órgano con autonomía técnica y funcional encargado del cumplimiento de la presente Ley con competencia exclusiva, salvo que dicha competencia haya sido asignada o se asigne por ley expresa a otro organismo público.

14.2. Son atribuciones de la Comisión:

- a) Declarar la existencia de una conducta anticompetitiva e imponer la sanción correspondiente;
- b) Dictar medidas cautelares;
- c) Dictar medidas correctivas respecto de las conductas anticompetitivas;
- d) Expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley;
- e) Sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública (...) sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros. La Presidencia del Consejo Directivo del INDECOPI deberá remitir las recomendaciones de la Comisión a las entidades de la Administración Pública correspondientes, las cuales deberán responder explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad.

Las recomendaciones también serán comunicadas a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas; y
f) Las demás que le asignen las disposiciones legales vigentes.”

Esta Comisión asume funciones determinantes en el proceso administrativo para la determinación, corrección y sanción de conductas anticompetitivas, luego de la presentación del informe técnico de la Secretaría-Dirección, concluida la etapa de instrucción. La Comisión recibirá, asimismo, los escritos de apoyo a la acusación de las partes denunciantes; y, los escritos de defensa sobre la acusación final de las partes imputadas por la Secretaría-Dirección. Luego de ello, la Comisión debe convocar a audiencia de informe oral, puede disponer la actuación de medios probatorios adicionales y citar a segunda audiencia⁴⁰⁷.

Si la Comisión llega al convencimiento de que se encuentra ante una infracción, por haberse probado mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), la realización de una conducta anticompetitiva, deberá motivar y podrá decidir la aplicación de una medida correctiva y de una sanción sobre las personas responsables. En caso contrario, los absolverá⁴⁰⁸.

Asimismo, corresponde a esta Comisión ordenar medidas cautelares, antes de iniciarse o después de iniciado el proceso, que podrían consistir en el cese de una conducta, siempre que exista verosimilitud sobre la conducta anticompetitiva denunciada, peligro de generación de genere daño por la demora en el pronunciamiento final y firme; y, que la medida solicitada sea posible y, en caso, sea solicitada por el denunciante, este pague una tasa para que se realice tal evaluación, lo que remarca la condición trilateral sancionadora del procedimiento en este caso⁴⁰⁹.

C) Separación de funciones entre la Comisión y el *fiscal administrativo*

Uno de los aportes más relevantes de la Ley del Procedimiento Administrativo General (LPAG) – Ley 27444 ha sido la concreción legislativa, en la jurisdicción

⁴⁰⁷ Cfr. Artículos 37 y 38 de la LRCA.

⁴⁰⁸ Cfr. Artículo 39 de la LRCA.

⁴⁰⁹ Cfr. Artículo 24 de la LRCA.

peruana, de la exigencia de imparcialidad en la actuación de la administración pública, especialmente cuando ejerce su potestad sancionadora, considerando que se trata de una función materialmente jurisdiccional. Para ello, progresivamente la referida ley ha sufrido modificaciones que han afinado su alineación con los altos estándares de la jurisprudencia constitucional peruana e interamericana.

Esta constatación es relevante, pues la LPAG resulta aplicable, como marco general de principios y garantías concretas, al proceso para la determinación, corrección y sanción de conductas anticompetitivas establecido por la LRCA. Por ello, es gravitante que la LPAG fuera modificada en el año 2016, mediante el Decreto Legislativo 1272, agregando como nueva disposición, en su artículo 248, que “[l]os procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas”. Asimismo, en el artículo 254 de la LPAG, originalmente se estipulaba que la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la imposición de la sanción debían ser diferentes, pero solo cuando la organización de la entidad lo permitiera. Sin embargo, con la modificación del año 2016, también efectuada mediante el Decreto Legislativo 1272, se corrige este desliz contrario a las garantías constitucionales de aseguramiento de la imparcialidad en su dimensión objetiva, y se ordena que siempre y en todos los casos que la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la imposición de la sanción deben ser diferentes. Ello, en línea del entendimiento de la exigencia de imparcialidad objetiva que reconoce claramente el Tribunal Constitucional peruano para la sede administrativa:

“11. [El principio de imparcialidad] (...) presenta dos dimensiones:
a) imparcialidad subjetiva, referida a cualquier compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o con el resultado del proceso. Desde esta perspectiva, el [derecho] a un juez imparcial garantiza que una persona no sea sometida a un proceso o procedimiento en el que el juez, o quien está llamado a decidir sobre la cuestión litigiosa, tenga algún tipo de compromiso con alguna de las partes o con el resultado del mismo; b) imparcialidad objetiva, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable (fundamentos 16 y 17 de la sentencia emitida en el Expediente 00197-2010-PA/TC)

12. Prima facie, dichos principios son aplicables en sede jurisdiccional. Sin embargo, este Tribunal Constitucional ha extendido su aplicación al derecho administrativo sancionador. (...)

13. De ahí que, en el fundamento jurídico 53 de la sentencia emitida en el expediente 00156-2012PHC/TC, este Tribunal Constitucional reconociera la existencia del derecho a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial en sede administrativa (...).”
(Contenido de corchetes y subrayado añadido) (Tribunal Constitucional peruano, 2018).

En síntesis, el Tribunal Constitucional peruano concibe a la imparcialidad, como un contenido del derecho fundamental al debido proceso, determinando dos dimensiones de imparcialidad, una subjetiva y una objetiva⁴¹⁰, exigiendo su aseguramiento en toda función materialmente jurisdiccional, como es el caso de los procedimientos administrativos sancionadores. Esta línea constitucional peruana es consistente y se encuentra alineada, como es debido, con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)⁴¹¹.

En consecuencia, con las modificaciones antes anotadas sobre la LPAG, queda fuera de toda duda que se exige mantener una estricta separación entre la fase instructora y la fase decisoria, así como encargar estas fases a órganos distintos en un

⁴¹⁰ Una informada posición doctrinal ha sostenido que, además, la imparcialidad en sentido objetivo exige a las autoridades alejarse de los sesgos cognitivos que puedan afectar su capacidad de resolver con objetividad sobre una controversia, entendidos tales sesgos como fenómenos psicológicos que pueden afectar el procesamiento objetivo de la información. Por tanto:

“La imparcialidad objetivo-cognitiva exige dos cosas diferentes: a) todo diseño organizacional debe buscar que la autoridad que emitirá la decisión esté lo menos expuesta posible a sesgos cognitivos, pues esto terminará perjudicando su deber de aplicar correctamente el derecho y valorar las pruebas y argumentos presentados; y b) toda autoridad decisoria tiene el deber de procurar no verse afectada por algún tipo de sesgo cognitivo que pueda afectar su objetividad e idoneidad al momento de decidir, realizando los comportamientos que sean necesarios para preservar su ecuanimidad y equidistancia frente a ambas partes.” (Higa, Sotomayor y Cavani, 2021, p. 20).

⁴¹¹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha reconocido también que lo relevante para la aplicación de las garantías en la administración de justicia es que la función que se ejerza sea materialmente jurisdiccional:

“En relación con lo anterior, si bien el artículo 8 de la Convención se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. De este modo, cuando la Convención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, está refiriéndose a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. De esta forma, se desprende que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana.”
(Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2020).

procedimiento sancionador. Ello tiene como lógica consecuencia el reforzamiento del deber de la Secretaría-Dirección y la Comisión de mantener –en los hechos– dicha estricta separación. Por su parte, los sujetos de derecho (ciudadanos y empresas) tiene el derecho de exigirla para asegurar un debido proceso en sede administrativa, en materia de defensa de la competencia.

Por su parte, la LRCA, vigente desde el año 2008, como ley especial, anticipó la modificación de la LPAG y, por ello, fue uno de los instrumentos legislativos que mejor expresó los avances sobre imparcialidad en la jurisdicción peruana⁴¹². La LRCA marca con nitidez la necesaria separación de funciones entre la Secretaría-Dirección (órgano instructor y acusador, como *fiscal administrativo*)⁴¹³ y la Comisión (órgano decisor) del Indecopi, en primera instancia. Como correctamente señala la doctrina nacional, la LRCA impone en este proceso sancionador un mandato legal garantista y de exigencia absoluta de imparcialidad, asegurando una genuina separación de funciones entre el órgano instructor y acusador y el órgano decisor:

“En el marco del procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha fortalecido la actuación instructora de la Secretaría Técnica, estableciendo disposiciones que permiten una verdadera separación

⁴¹² A mayor abundamiento, debemos indicar que, en la Exposición de Motivos de la LRCA, sugería que, antes de su vigencia, existía un problema de falta de imparcialidad objetiva debido a que, con la ley precedente, era la Comisión la que imputaba el caso y lo resolvía, que el nuevo diseño de esta ley remediaba: “[u]n procedimiento más “garantista” del derecho de defensa de las empresas investigadas exige que sea el instructor, la Secretaría Técnica, quien efectúe la imputación de cargos, mientras que el órgano de decisión, la Comisión, desde una tercera posición y sin estar contaminada de los indicios primigenios, sea quien decida si hay o no infracción.” (Exposición de Motivos de la LRCA, 2008, pp. 7-8).

Asimismo, un sector de la doctrina nacional ha reconocido que:

“Un primer aspecto que resulta positivo de la nueva regulación procedimental incluida en la LRCA consiste en que, siguiendo el esquema del procedimiento administrativo sancionador de la Ley del Procedimiento Administrativo General, se separa claramente el rol de la secretaria técnica y la Comisión, siendo la primera encargada de la instrucción del procedimiento y la titular de la acción de oficio, mientras que la Comisión se limitará a mantener un rol decisorio, sin estar vinculada al procedimiento de investigación previa. En el esquema anterior, según el cual la Comisión también era encargada de iniciar los procedimientos de oficio, podían presentarse incentivos para que los comisionados tiendan a favorecer las causas cuyo inicio promovieron. (...) hubiera sido mejor que dentro de este mismo esquema, y ya desde el punto de vista institucional, se separe aún más la relación entre secretaria Técnica y Comisión mediante el nombramiento de un comisionado a tiempo completo, y su correspondiente equipo técnico, pues actualmente la secretaria sigue siendo un órgano de apoyo administrativo de la Comisión (Zúñiga Palomino, 2008, p. 311).

⁴¹³ “Con la LRCA no hay lugar a dudas. El inicio del procedimiento le compete solo al Secretario Técnico. La razón es simple, el procedimiento previsto en esta ley apuesta por una clara distinción entre la autoridad de instrucción y la autoridad de decisión (...) (Gómez Apac, 2009, p. 476).

entre instructor y órgano de decisión (la Comisión de Defensa de la Libre Competencia)” (Gómez Apac, 2009, p. 483).

Conforme hemos explicado previamente, corresponde a la Secretaría-Dirección iniciar de oficio los procedimientos administrativos, lo que lo califica como un instructor acusador, rol que por su naturaleza le impediría participar en la decisión final del caso. Ello debido a su posición parcializada, causada por haber diseñado legítimamente la hipótesis infractora, así como al indicar qué califica como prueba o indicio de una infracción.

Sin embargo, esta separación de funciones obligatoria, entre la Secretaría-Dirección y la Comisión, en el marco del proceso sancionador de *control de conductas*, no se cumple en la realidad. Esta indebida situación no es causada por defecto de los mandatos constitucionales, con respaldo en el sistema interamericano de derechos humanos. Tampoco es causada por defecto en las previsiones de la LPAG (como ley general) o de la LRCA (como ley especial). Este incumplimiento en la falta de separación de funciones del órgano instructor y acusador y del órgano decisor es causado por una desviación fáctica, responsabilidad de los funcionarios de cada órgano, en el debido cumplimiento de las funciones y roles separados que corresponden a la Secretaría-Dirección y la Comisión en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes.

Lo que ocurre en la actualidad y está documentado es que, en procesos administrativos seguidos ante el Indecopi, en primera instancia administrativa, en materia de libre competencia se evidencian dos prácticas que se encuentran reñidas abiertamente con la garantía de imparcialidad: i) la participación de la Secretaría-Dirección en las sesiones de deliberación de la Comisión, a efectos de presentar el caso luego de concluida la etapa de instrucción y entregado el informe técnico que contiene la formalización de la acusación final; y, ii) la preparación y redacción del proyecto de resolución final que debe emitir la Comisión, pero que es encomendada a la Secretaría-Dirección.

Esta indebida situación, como es evidente, incumple la exigencia de imparcialidad objetiva, como parte de derecho al debido proceso del administrado, y afecta su derecho de defensa en el procedimiento sancionador, perjudicando su presunción de

inocencia (o presunción de licitud administrativa) al producirse al confundirse y contaminarse los roles, que deben ser diferentes y estar separados, del órgano instructor y acusador⁴¹⁴, por un lado, y del órgano decisor, por otro.

Al respecto, institucionalmente, el Indecopi ha querido excusar estas indebidas prácticas en las siguientes consideraciones:

- i) Afirmando que tienen fundamento en los principios de eficacia en la gestión pública y de autoorganización de la Administración Pública, considerando que la Secretaría-Dirección tiene como función, conforme señala la LRCA en su numeral 15.2, literal i), canalizar el apoyo administrativo que requiere la Comisión (Zegarra, 2018).

Esta postura es incorrecta, pues desconoce que estos alegados principios encuentran siempre su límite en los derechos fundamentales de los administrados, tales como el debido procedimiento, el derecho de defensa y a la imparcialidad en las decisiones administrativas. Este es un argumento aparente que ofrece una justificación inconsistente. Se limita a explicar que la falta de separación de funciones está justificada porque así lo ha decidido el Indecopi en ejercicio de su potestad de autoorganización. Lo cierto es lo contrario, pues las razones de la autoridad tienen como fuente y límite lo que establecen la Constitución y la Ley. Al respecto, se ha pronunciado doctrina española (Gaspar Ariño, 2019, pp. 53-54), específicamente sobre este caso:

“[F]rente a lo señalado por INDECOPI, estimamos que cabe una interpretación diferente, que permite conciliar tanto el artículo 15.2 i) de

⁴¹⁴ En esta línea, Cassagne y Laplacette (2020, p. 43) afirman, sobre el proceso administrativo en materia de defensa de la competencia ante el Indecopi, que: “incluso suponiendo que las reuniones entre la Comisión y la Secretaría Técnica posteriores a la instrucción no tuvieran por objeto que ésta brinde mayores argumentos, la sola posibilidad de que su prejuicio o sesgos confirmatorios tengan lugar de modo solapado es un motivo más que suficiente para justificar el -razonable- temor de parcialidad de parte de quien es excluido de esas reuniones. Las audiencias unilaterales posteriores a escuchar las conclusiones de las partes, así como el denominado “apoyo administrativo” que la Secretaría Técnica presta a la Comisión, no solo implican una confusión entre los órganos de acusación y resolución, sino que generan suficientes suspicacias como para considerarlas claramente incompatibles con el sistema interamericano de derechos humanos.”

la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas como el artículo 252 del TUO de la Ley 27444 [que es la LPAG] (...).

La interpretación adecuada es la siguiente:

- a. Cuando Secretaría y Comisión ejercen potestades sancionadoras, ambos órganos deben respetar el principio de separación de funciones entre fase instructora y decisora.
 - b. Diversamente, cuando Secretaría y Comisión no ejercen potestades sancionadoras, nada impide que celebren sesiones conjuntas.”⁴¹⁵
- (Subrayado y contenido de corchetes añadido).

Así, por ejemplo, cuando dichos órganos ejercen sus respectivas facultades con el fin de expedir lineamientos interpretativos, recomendar y/o exhortar a las entidades públicas la adopción de políticas o realizar estudios e informes, nada obsta a que puedan sesionar conjuntamente o redactar conjuntamente los documentos que correspondan. En suma, en el ejercicio de estas facultades no sancionadoras, la facultad de apoyo no está limitada por el deber de imparcialidad.

- ii) Afirmando que la legislación vigente en el Perú permite la revisión judicial de las sanciones del Indecopi, una vez agotada la vía administrativa ante su Tribunal, mediante el proceso contencioso administrativo, lo que salvaguardaría el derecho al debido proceso (Marcos, 2020, p. 80).

Esta postura, sin embargo, es incorrecta y desconoce que la imparcialidad debe ser observada en primera y segunda instancia administrativa, en todas las instancias⁴¹⁶. En la defensa de la garantía de imparcialidad, no resulta

⁴¹⁵ Incidiendo en esta posición, Gaspar y Rafael Ariño (2021, pp. 5-6) reafirman recientemente: “[a] nuestro juicio, la competencia de apoyo administrativo no puede analizarse aisladamente considerada de la competencia principal de la Secretaría, que es la de instrucción. Dicho en otras palabras: el apoyo administrativo no puede interpretarse en modo tal que acabe proporcionando a la Secretaría competencias mayores que la de instruir, porque si la competencia de instrucción es la principal, la de apoyo administrativo debe ser meramente auxiliar. No puede convertirse en un modo de burlar la competencia administrativa, para acabar permitiendo que la Secretaría asuma funciones propias de la fase decisora.

(...) En suma: todas aquellas actuaciones objetivas, que no suponen valoración subjetiva de los elementos de juicio, sí pueden formar parte de la función de apoyo administrativo.” En similar sentido, autorizada doctrina nacional (Guzman Napuri, 2020) (Priori, 2020) (Tirado, 2020).

⁴¹⁶ Ello, en el caso del Indecopi cobra mayor relevancia debido a que la primera y la segunda instancia administrativas, en materia de defensa de la competencia, no son en absoluto comparables entre sí, pues

una subsanación ni una convalidación que las decisiones administrativas pueden ser revisadas en sede judicial⁴¹⁷, como si ello significara dejar a la administración un camino libre abierta para practicar cualquier actuación arbitraria o contraria al debido procedimiento administrativo. Tampoco la existencia de una segunda instancia administrativa en el Indecopi puede subsanar este vicio inconstitucional e ilegal. Todas las autoridades administrativas tienen el deber de respetar el principio esencial de imparcialidad, en todas las instancias. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional peruano, recientemente, sobre la aplicación de la garantía de imparcialidad en la sede administrativa:

“Además, al resolver procedimientos sancionadores, dichos organismos deben ser imparciales; en consecuencia, éstos deben estar integrados por personas que no se comprometan de manera subjetiva con el resultado del procedimiento o con los sujetos que actúan en él. Asimismo, deben existir mecanismos procedimentales que permitan desterrar de manera efectiva cualquier cuestionamiento a la imparcialidad de los funcionarios que integran dichos órganos tanto en primera como en segunda instancia administrativa.” (Tribunal Constitucional peruano, 2018).

Finalmente, traemos a colación lo señalado por los profesores Gaspar y Rafael Ariño (2021, p. 17), cuando reafirman que “donde los medios materiales y personales son abundantes”, como es el caso de las autoridades de defensa de al competencia peruanas, “es donde se percibe la

el procedimiento en segunda instancia no tiene las mismas etapas que presenta el procedimiento en primera instancia para ejercer el derecho de defensa, ni tiene una duración que permita una revisión exhaustiva. De acuerdo con la LRCA, el procedimiento en primera instancia tiene una duración aproximada de catorce (14) meses (descargos, periodo probatorio, informe técnico y etapa resolutive), mientras que el procedimiento en segunda instancia tiene una duración de tan solo ciento veinte (120) días hábiles.

⁴¹⁷ Menos aún la posibilidad de la revisión en la vía judicial podría convalidar defectos estructurales presentes en el ámbito administrativo. El proceso contencioso-administrativo peruano tiene un objetivo muy diferente al del procedimiento administrativo sancionador, pues en la revisión judicial se busca claramente proteger al administrado frente a errores de la Administración. No debe perderse de vista que la cuestión, en el debido procedimiento, es asegurar que el administrado actúe frente a órganos decisores de la administración que, en el contexto de un procedimiento administrativo, puedan mostrar una imparcialidad impoluta.

necesidad de separar fuertemente las fases instructora y decisora en el derecho administrativo sancionador (...) la legislación peruana está por delante de la europea en este punto, y ya reconoce expresamente esta protección. Si se nos permite la digresión, no es Perú quien debe aprender de Europa, sino Europa quien debe aprender de Perú”.

Como se ha explicado, en casos seguidos ante el Indecopi en materia de conductas anticompetitivas, las prácticas reñidas abiertamente con la garantía de imparcialidad deben cesar. Ello pues contradicen los mandatos constitucionales (generando un *estado de cosas inconstitucional*) y se oponen a las garantías del sistema interamericano de derechos humanos (Stucchi y Ballón, 2021). Contradicen, asimismo, las previsiones de la LPAG que se refieren a un procedimiento administrativo sancionador (como ley general) y la LRCA (como ley especial). Deben cesar y ser reemplazadas por prácticas conforme al ordenamiento jurídico, pues, a la fecha, vienen generando decisiones inconstitucionales e ilegales y, en consecuencia, nulas absolutamente o nulas de pleno derecho.

D) El Tribunal del Indecopi

La LRCA establece las funciones de este órgano decisor de segunda instancia administrativa en el proceso de *control de conductas*, que se encuentra a cargo de revisar en última instancia administrativa los actos impugnables emitidos por la Comisión o la Secretaría-Dirección. El Tribunal del Indecopi se encuentra para ello facultado legalmente para, de oficio, actuar medios probatorios que permitan esclarecer los hechos imputados a título de infracción⁴¹⁸. Esta actuación la realiza, a través de su Secretaría Técnica, que no tiene funciones instructoras ni acusadoras, sino genuinamente relatoras y de apoyo al rol del decisor de este Tribunal. Esta facultad, se encuentra en sintonía con el *principio de verdad material*, previsto en la LPAG⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Cfr. Artículo 16 de la LRCA.

⁴¹⁹ “Artículo IV Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas

La posibilidad de recurrir en apelación ante el Tribunal del Indecopi es una de las garantías del esquema procedimental de la LRCA. Esta función de segunda instancia revisora es ejercida por una Sala especializada del Tribunal del Indecopi, conformada por cinco (5) miembros.

3.2.5.3. El programa de clemencia (*leniency*)

La LRCA señala que “[a]ntes del inicio de un procedimiento administrativo sancionador, cualquier persona podrá solicitar a la Secretaría (...) que se le exonere de sanción a cambio de aportar pruebas que ayuden a detectar y acreditar la existencia de una práctica colusoria, así como a sancionar a los responsables”⁴²⁰. Esta solicitud debe presentarse por escrito y es tramitada confidencialmente.

Se trata de la previsión de un *programa de clemencia*, que funciona de modo similar a aquel que se aplica en el ámbito de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea. Este programa es reconocido internacionalmente como una de las principales herramientas en la lucha contra los *cárteles*, debido a que permiten satisfacer la necesidad que tienen las autoridades para mejorar la detección y sanción de conductas anticompetitivas, y su aplicación revela una mayor cantidad de procesos iniciados de oficio por parte de las autoridades de competencia (OCDE, 2019c). Para quien participa en este programa, ello implica una confesión y la delación de otras empresas que conforman un *cártel*, facilitando información y elementos de prueba que permitan efectuar una inspección sobre el presunto *cártel* o determinar la existencia de una infracción.

Bajo este programa, una empresa o agente económico puede solicitar colaborar con la aportación de pruebas y declaraciones para acreditar la existencia de un *cártel*, lo cual puede permitir a la autoridad de competencia comprobar la conducta con el fin de

las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

⁴²⁰ Cfr. Numeral 26.1 del artículo 26 de la LRCA.

corregirla y sancionarla. En beneficio de dicha empresa, si su colaboración resulta sustancial para dicho efecto, se le puede exonerar completa o parcialmente de la sanción que le corresponda por su responsabilidad en los hechos infractores, así como a las personas naturales que puedan ser responsables por haber ejercido su dirección, gestión o representación. Se trata una delación compensada, alineada con la recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos OCDE (2019a).

La solicitud para participar del *programa de clemencia* se produce con el acercamiento ante la Secretaría-Dirección General, pudiendo pedirse un indicador que reserve un orden de prelación en la colaboración, según el orden de presentación. El trámite que involucra el *programa de clemencia* en la jurisdicción peruana se encuentra especificados en la Guía del Programa de Clemencia aplicable a colusiones horizontales (*cárteles*), aprobada mediante Resolución 059-2017/CLC-INDECOPI en agosto de 2017. En este instrumento se precisa una tipología de colaboración para el primer colaborador⁴²¹:

- i) Clemencia Tipo A: antes de que la Secretaría-Dirección cuente con indicios acerca de la existencia del *cártel*, sea por que haya desarrollado actividades de investigación o por que haya recibido una denuncia, entre otros, el beneficio condicional será la exoneración total de sanción (100% de la multa correspondiente).
- ii) Clemencia Tipo B: en caso la Secretaría-Dirección ya cuente con indicios acerca de la existencia del *cártel*, el beneficio condicional será la exoneración de la sanción entre el cincuenta y cien por ciento (desde el 50% hasta un 100% de la multa correspondiente).

Sin embargo, debe considerarse que la LRCA no distingue entre la clemencia Tipo A

⁴²¹ “El diseño de los efectos de esta colaboración ha tenido en cuenta el esquema que la teoría de juegos presenta en el denominado *dilema del prisionero*. De esta manera, se establecen incentivos para que cada agente económico procesado procure ser el primero en confesar y para que procure entregar la mayor cantidad de evidencias posibles sobre la conducta anticompetitiva investigada, obteniendo beneficios mayores según lo haga primero que otros y asegure su “orden de llegada” en la colaboración.” (Stucchi y Ballón, 2017, p. 61). Los incentivos del programa de clemencia están dirigidos a propiciar el cese de las infracciones y la colaboración con la autoridad (O’Neill , 2013, p. 66).

y Tipo B. Establece expresamente en su numeral 26.2, artículo 26, que “[e]l cumplimiento del deber de colaboración establecido en el compromiso de exoneración de sanción, desde su suscripción hasta el momento en que la Comisión emita su decisión final en el marco del procedimiento administrativo sancionador sobre conductas anticompetitivas, exonera de sanción al solicitante”. En consecuencia, en aplicación del *principio de legalidad*, el administrado que califique como el primero en suscribir tal compromiso y que haya cumplido con el deber de colaboración, podría exigir válidamente una completa exoneración de la sanción.

De otro lado, el *programa de clemencia* también prevé que existan agentes económicos adicionales que colaboren aportando información relevante con valor agregado significativo para las investigaciones. La LRCA prevé que estos pueden beneficiarse con una reducción de la multa aplicable, de conformidad con su numeral 26.3:

- i) el segundo solicitante: podrá obtener una reducción entre el treinta y cincuenta por ciento (desde el 30% hasta un 50% de la multa correspondiente).
- ii) el tercer solicitante: podrá obtener una reducción entre el veinte y treinta por ciento (desde el 20% hasta un 30% de la multa correspondiente).
- iii) los siguientes solicitantes: podrán obtener una reducción de hasta el veinte por ciento (hasta el 20% de la multa correspondiente).

Esta previsión de colaboración en la investigación, en la Guía del Programa de Clemencia aplicable a colusiones horizontales (*cárteles*), se califica como Clemencia Tipo C. El valor agregado significativo de la información que aporten el segundo solicitante y los siguientes debe consistir en proveer evidencia directa o información que no necesite ser corroborada o sustentada con fuentes adicionales, que permita a la autoridad reforzar su acusación o incrementar sustancialmente sus posibilidades de comprobar la existencia de la infracción (numeral 3.3 de la Guía del Programa de Clemencia aplicable a colusiones horizontales).

La evaluación de una solicitud bajo el *programa de clemencia* es realizada por la Secretaría-Dirección⁴²², órgano que propone a la Comisión, de ser el caso, que al solicitante que prestó una colaboración eficaz, se exonere de la sanción que le correspondería al finalizar el trámite del procedimiento, una vez determinada su responsabilidad.

Hacemos notar que, como producto de la experiencia profesional en el patrocinio y defensa de casos referidos a posibles conductas anticompetitivas en la jurisdicción peruana, parece necesario por útil, aunque ello en puridad no debiera resultar necesario, que la LRCA precise que la activación de un *programa de clemencia*, en un caso concreto, no exime a la Secretaría-Dirección de corroborar con otras pruebas (al momento de sustentar su acusación) las declaraciones de las personas que delatan una supuesta conducta anticompetitiva en la que han participado. Aun cuando esta precisión legal no sería estrictamente necesaria, pues desde el punto de vista constitucional debe primar el principio de presunción de inocencia tal como apreciaremos más adelante, resultaría útil para corregir la actual práctica. Ello debido a que, en nuestra apreciación, se viene otorgando un valor pleno a las declaraciones de los delatores que persiguen exonerarse de una sanción o reducirla. Debe recordarse que las declaraciones de un delator no tienen, por sí mismas, valor probatorio pleno. Deben ser siempre corroboradas. Si la sola declaración de una persona o empresa que desea el beneficio de exonerarse de una sanción permite culpar a otra, se produce un incentivo perverso (de exageración o acusación sin fundamento) sobre los beneficiados por la delación. Ello debe corregirse en la jurisdicción peruana.

Debe precisarse que, aun cuando se produzca una exoneración completa o parcial en

⁴²² La LRCA precisa:

“Artículo 26.- Exoneración de sanción

(...)

26.4. La Secretaría Técnica podrá rechazar las solicitudes de exoneración o reducción de sanción que se presenten luego de iniciado un procedimiento administrativo sancionador. No obstante, podrá aceptar dichas solicitudes en la medida que introduzcan elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión. En este último caso, el solicitante podrá beneficiarse únicamente con una reducción de la multa, aplicándose los rangos indicados en el numeral anterior.

26.5. El agente económico que haya ejercido coerción sobre otros agentes para la ejecución de una conducta infractora no podrá beneficiarse con la exoneración de la sanción aplicable. Podrá, no obstante, beneficiarse con una reducción de la multa en la medida que introduzca elementos de juicio que aporten un valor agregado significativo a las actividades de instrucción y sanción de la Secretaría Técnica y la Comisión, aplicándose los rangos indicados en el numeral 26.3 del presente artículo.
(...)”.

favor de un solicitante, tal como ocurre en el ámbito de la Unión Europea, la responsabilidad civil por la conducta anticompetitiva que haya sido materia de un compromiso de cese tampoco no se elimina, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados dicha conducta, conforme al numeral 26.6 de la LRCA.

3.2.5.4. El compromiso de cese

Conforme lo dispone su artículo 25, la LRCA permite a los agentes económicos procesados por una posible infracción colaborar, individual o conjuntamente, con la autoridad para lograr que la conducta anticompetitiva que se viene desarrollando sea detenida voluntariamente. Dichos procesados pueden ofrecer el compromiso de detener la conducta imputada antes de que transcurran cuarenta y cinco (45) días hábiles desde iniciado el procedimiento sancionador⁴²³. Esta solicitud se tramita como cuestión incidental, accesoria del proceso sancionador.

Una vez ofrecido el compromiso de cese, la Secretaría-Dirección procede a la evaluación correspondiente y puede proponer a la Comisión la aceptación del compromiso y, por lo tanto, que se declare la terminación anticipada del procedimiento. A efectos de su propuesta, ante la Comisión, la Secretaría-Dirección tendrá en cuenta las medidas complementarias que ofrecen los imputados, a fin de demostrar su propósito de enmienda, conforme indica el numeral 25.3 de la LRCA. La decisión de la Comisión de aceptar o no dicha propuesta es discrecional y no puede ser impugnada, dado que es el resultado de una negociación entre los agentes económicos imputados y el *fiscal administrativo*. Así, la autoridad de defensa de la competencia no se encuentra obligada a aceptar dicho compromiso y antes de hacerlo, debe evaluar que los agentes económicos ofrezcan medidas correctivas suficientes para asegurar el

⁴²³ “A diferencia de lo dispuesto inicialmente por la LRCA, como consecuencia de la modificación operada por la vigencia del DL 1205, no se excluye de la posibilidad de acogerse al compromiso de cese a aquellos agentes económicos procesados que hayan incurrido en conductas que ocasionaron un grave daño al bienestar de los consumidores. Se ha entendido, con esta modificación, que precisamente estas conductas graves son las que requieren una actuación inmediata y efectiva a fin de cesar inmediatamente sus efectos perjudiciales.” (Stucchi y Ballón, 2017, p. 59).

restablecimiento del proceso competitivo y revertir los efectos lesivos de la conducta anticompetitiva acusada⁴²⁴.

Asimismo, como producto de la experiencia profesional en el patrocinio y defensa de casos referidos a posibles conductas anticompetitivas en la jurisdicción peruana, nos parece recomendable una modificación de la LRCA legal que elimine que la Comisión, al aceptar un “compromiso de cese” propuesto por una empresa, deba pronunciarse “declarando su responsabilidad por las conductas materia del compromiso”⁴²⁵. Ello pues esta disposición actual reduce los incentivos para que las empresas decidan acogerse a este sistema de conclusión anticipada del caso, al verse obligadas a recibir una declaración de culpabilidad cuando ello podría no ser necesario.

En todo caso, conforme a la regulación vigente, corresponde a la autoridad de defensa de la competencia evaluar el efectivo cumplimiento del cese de la conducta anticompetitiva reconocida y objeto del compromiso. En caso de verificarse que dicho cese no se ha realizado o que la conducta se desarrolla nuevamente, se configura una infracción grave, de naturaleza autónoma, con las consecuencias sancionadoras que se detallarán más adelante. Asimismo, la Comisión podrá aplicar multas coercitivas dirigidas a “exigir el cumplimiento de los compromisos aprobados”⁴²⁶.

Debe indicarse que, de no aceptarse el *compromiso de cese*, las pruebas que se hayan acompañado a dicha solicitud no podrán ser utilizadas contra los agentes económicos que ofrecieron dicho compromiso ni contra otros procesados. No obstante, podrán ser utilizadas contra otros imputados no participantes de tal compromiso, conforme prevé

⁴²⁴ La LRCA señala:

“Artículo 25.- Compromiso de Cese

(...)

25.5. La Comisión decidirá la aprobación o denegatoria de la propuesta en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles de recibida la propuesta de la Secretaría Técnica, siendo su pronunciamiento inimpugnable debido a su naturaleza eminentemente discrecional. Con la aprobación de la propuesta, la Comisión emitirá una resolución dando por concluido el procedimiento administrativo sancionador únicamente respecto del imputado a quien se le hubiese aprobado el compromiso de cese, declarando su responsabilidad por las conductas materia del compromiso, y estableciendo las medidas correctivas que correspondan, así como los plazos de vigilancia aplicables.

(...).”

⁴²⁵ Cfr. Numeral 25.5. del artículo 25 de la LRCA.

⁴²⁶ Cfr. Numeral 25.7 del artículo 25 de la LRCA.

el numeral 25.8 de la LRCA.

Finalmente, aun cuando se apruebe un *compromiso de cese*, la responsabilidad civil por la conducta anticompetitiva que haya sido materia de tal compromiso tampoco no se elimina, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de tal conducta, conforme al numeral 25.9 de la LRCA.

3.2.5.5. El programa de recompensas

Las normas de defensa de la competencia en lo concerniente al control de conductas en la jurisdicción peruana permiten a la Secretaría-Dirección “otorgar recompensas económicas a favor de aquellas personas naturales que le brinden información determinante para detectar, investigar y sancionar infracciones sujetas a la prohibición absoluta”. Todo ello, con el fin de corregir y sancionar conductas colusorias horizontales de naturaleza inter marca, es decir, las colusiones entre competidores que, como hemos explicado previamente, pueden calificarse como *cárteles* intrínsecamente nocivos (*hard-core cartels*), que implican acuerdos o prácticas anticompetitivos que tienen por objetivo fijar precios u otras condiciones comerciales; restringir la oferta (producción o ventas); repartir clientes, proveedores o zonas geográficas, incluidos; o, coordinar posturas o abstenciones en concursos o licitaciones públicos o privados, entre otros, provocando daños significativos a los destinatarios del proceso competitivo; y, sin que sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos.

Este *programa de recompensas* permite otorgar incentivos económicos (dinero) a las personas que colaboren, como informantes, con las labores de investigación de la Secretaría-Dirección. Conforme a los lineamientos que orientan la aplicación de este programa, el candidato a informante deberá proporcionar información determinante⁴²⁷

⁴²⁷ Conforme a los Lineamientos del Programa de Recompensas:

“7.2. La información proporcionada por el solicitante puede consistir en su propio testimonio y, además, en documentos, archivos, registros y cualquier otro material adicional que no es de público conocimiento y que contribuye a detectar, investigar y sancionar conductas anticompetitivas sujetas a una prohibición absoluta. A modo orientativo, el interesado podrá presentar la siguiente información:

a) Correos electrónicos, mensajería instantánea, mensajes de texto, mensajes o registros de audio o video, mensajes por redes sociales, cartas o cualquier forma de comunicación.

para la detección de un *cártel* o una colusión entre competidores, lo que será evaluado por la Secretaría-Dirección. Este programa estimula que los colaboradores, proveedores o aliados comerciales de una empresa, o cualquier otra persona, que sin haber cometido la conducta colusoria horizontal informada, proporcione información determinante para que esta se investigue y pueda ser acusada formalmente por la Secretaría-Dirección.

El otorgamiento de una recompensa a un informante se realiza cuando la Secretaría-Dirección estima que la información proporcionada contribuye determinadamente con la investigación, corrección y sanción de colusiones horizontales sujetas a prohibición absoluta⁴²⁸. Este programa resguarda la identidad del candidato a informante y del informante bajo reserva⁴²⁹, salvo que renuncien a tal confidencialidad, con previa autorización de la Secretaría-Dirección. Asimismo, como es lógico, el ocultamiento de información o la coordinación con terceros no autorizados –y naturalmente la

-
- b) Actas o minutas de reuniones.
 - c) Agendas físicas o electrónicas, calendarios físicos o electrónicos, o cualquier sistema de programación de actividades.
 - d) Tickets de transporte aéreo, naval o terrestre.
 - e) Tickets de ingreso o reservas a establecimientos y hospedajes.
 - f) Comprobantes de pago.
 - g) Cualquier otra comunicación o información relevante, relacionada con los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores, y las personas que participaron en su planeamiento, ejecución, facilitación u ocultamiento.”

⁴²⁸ Conforme a los Lineamientos del Programa de Recompensas:

“8.2. Para decidir si la información aportada resulta determinante, la Secretaría Técnica evalúa su credibilidad, especificidad y oportunidad, la antigüedad, gravedad, alcance e impacto de las conductas anticompetitivas reveladas, así como la información con la que cuenta la Secretaría Técnica como producto de sus propias acciones de investigación, de solicitudes de exoneración o reducción de sanción, o de solicitudes de recompensa previas que se encuentren en trámite.

8.3. Para determinar el monto de la recompensa, la Secretaría Técnica considera, entre otros aspectos, el valor de la información aportada según lo indicado en el numeral precedente, así como los costos y riesgos directos asumidos o esperados por el solicitante en su ámbito personal y profesional.”

Asimismo, conforme a dichos lineamientos, la recompensa puede consistir en:

“9.1. El pago de la recompensa está compuesto por un monto base y un monto variable.

9.2. El monto base tiene un tope máximo de doscientos mil soles (S/ 200,000.00) (...). El monto variable es de carácter extraordinario y tiene un tope máximo ascendente al 5% del monto efectivamente pagado por los infractores, hasta un límite de doscientos mil soles (S/ 200,000.00).”

Debe anotarse que 200 000 Soles (moneda peruana), al cambio equivalen a 41 666 Euros (a un tipo de cambio de 4.8 Soles por Euro); o, a 48 780 Dólares de Estados Unidos de Norteamérica (a un tipo de cambio de 4.1 Soles por Dólar).

⁴²⁹ Cfr. Numeral 28.1 del artículo 28 de la LRCA. Asimismo, recientemente, se ha considerado que dentro de la Secretaría-Dirección “deberían manejarse determinados parámetros para el procesamiento de la información al interior del área. Para ello, consideramos conveniente designar a un pequeño equipo conformado por dos o tres personas (...) quienes accederían a la información de la solicitud presentada y la identidad del postulante. Asimismo, deberían establecerse protocolos para las reuniones a realizarse en el marco de dicho programa, de manera que la exposición de la identidad del solicitante sea mínima”.(Ayvar y Hernández, 2021, p. 133)

presentación de información falsa, fraudulenta o no determinante— podrá motivar el rechazo de la solicitud o la pérdida del beneficio de la recompensa, debiendo devolverse el dinero recibido, de ser el caso⁴³⁰.

El alcance que proveen los Lineamientos del Programa de Recompensas sobre el momento del pago a los informantes, nos indica que, salvo pacto en contrario entre la Secretaría-Dirección (*fiscal administrativo*) y el informante, hasta el cuarenta por ciento (40%) del monto total de la recompensa se entregaría con la notificación de la resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador sobre las conductas materia del compromiso de recompensas⁴³¹. Al respecto, consideramos que se debe recapacitar, pues aún quedaría por delante la propia decisión de la Comisión y la posible apelación ante el Tribunal del Indecopi para determinar administrativamente si, efectivamente, existió una colusión horizontal que merezca corrección y sanción bajo la prohibición absoluta. Las recompensas provienen de recursos públicos y no se debe dar por seguro que, con una acusación de la Secretaría-Dirección, materializada en resolución de inicio del procedimiento administrativo sancionador, un caso se encuentra comprobado. Se requiere un procedimiento administrativo con plenas garantías para las empresas y las personas, que les permita ejercer su derecho de defensa en el marco de un debido proceso, que siempre debe ser imparcial. En consecuencia, la integridad de la recompensa solamente se podría entregar frente a una decisión administrativa firme.

Finalmente, la administración de este *programa de recompensas* requiere evitar que se aliente o promueva que determinadas personas, motivadas por una recompensa, sustraigan secretos empresariales o violen el secreto de las comunicaciones de otras personas naturales y jurídicas. Debe recordarse que la Constitución Política establece como derecho fundamental el secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones y los documentos privados. En consecuencia, las comunicaciones ajenas o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandato motivado del juez. Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto

⁴³⁰ Cfr. Numerales 7.3 y 8.4 de los Lineamientos del Programa de Recompensas.

⁴³¹ Cfr. Numeral 9.3 de los Lineamientos del Programa de Recompensas.

no tienen efecto legal y calificarían como prueba ilícita, debido a que la persona que pretende el dinero como recompensa no es juez ni autoridad⁴³².

3.2.5.6. El estándar probatorio aplicable al control de conductas

La responsabilidad de las personas naturales y de las personas jurídicas por la realización de conductas anticompetitivas solamente puede ser atribuida si se comprueba efectivamente, mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), que han cometido dicha conducta. La razón de este obvio entendimiento se basa en que el estándar probatorio para vencer la presunción de inocencia, que corresponde a una persona por mandato constitucional, denominada como presunción de licitud en el ámbito administrativo, debe ser la más exigente posible⁴³³. Así lo reconoce autorizada doctrina, con especial referencia al caso peruano:

“(i) La eventual dificultad probatoria no exime a la autoridad administrativa de la necesidad de probar los hechos, la participación y culpa del interesado. La prueba ha de ser plena, más allá de toda duda razonable, sin que baste la mera convicción subjetiva de la Administración de que dichos hechos pueden haberse producido. El estándar de prueba en el procedimiento administrativo –incluido el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia– es tan riguroso como en el proceso penal, ya que se trata de destruir la presunción constitucional de inocencia. (ii) Es por eso que, si los hechos no están plenamente probados, la Administración debe archivar el expediente” (Laguna de Paz, 2021, 13).

⁴³² Al respecto, la Constitución Política de 1993 prevé:

“Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados. Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

(...).”

⁴³³ “En lo que refiere al grado de conocimiento para sancionar en el procedimiento administrativo sancionador debe acreditarse probatoriamente los HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y LA RESPONSABILIDAD SUBJETIVA, “más allá de toda duda razonable.” (Bustamante Rua, 2021, p. 55).

Sin embargo, en la jurisprudencia administrativa, en el ámbito del Indecopi, se han presentado graves confusiones en relación con en el estándar probatorio aplicable por la autoridad de defensa de la competencia peruana. Así, recientemente, en primera instancia, esta ha afirmado:

“45. No obstante ello, cabe señalar que, tratándose de infracciones de índole administrativa, los procedimientos en materia de defensa de la libre competencia se caracterizan por un estándar de prueba menos rígido que el aplicable en los procesos penales, formal y materialmente más elevado, debido a la gravedad de las penas que se pueden aplicar a quienes resulten responsables⁴³⁴, sin perjuicio de que la autoridad de competencia pueda alcanzar en su actuación estándares de prueba de tanta rigidez como el penal.

46. En ese mismo sentido, si bien generalmente los principios reconocidos por el derecho penal resultan aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores (presunción de inocencia, legalidad, non bis in idem, proporcionalidad de las penas, entre otros), ello no implica que toda institución aplicable a los procesos penales deba ser replicada en el procedimiento administrativo. De esta manera, no podría equipararse el estándar probatorio exigido para acreditar la responsabilidad de los agentes económicos por infracciones administrativas con aquel utilizado para declarar la culpabilidad de las personas en los procedimientos penales, cuya gravedad y reproche resulta mayor. Sin embargo, incluso en casos de infracciones administrativas, la Comisión deberá formarse plena convicción sobre los hechos que sustentan una declaración de responsabilidad” (Indecopi, 2021c, p. 14).

⁴³⁴ En la mayoría de los países, los cárteles (y otras violaciones de la ley de competencia) son procesados administrativamente. Las principales sanciones administrativas que se aplican a esta conducta son multas, por lo general solo se evalúan contra organizaciones, pero a veces contra personas físicas, y se disponen órdenes de reparación. En una minoría de países, pero en crecimiento, los cárteles son enjuiciados penalmente. En la mayoría de los casos, la carga de la prueba que enfrenta la agencia de competencia es más alta en un caso de naturaleza penal. Como resultado, generalmente es más importante que se actúe evidencia directa de acuerdos en estos casos [penales]. Los Estados Unidos han utilizado durante mucho tiempo el proceso penal en los casos de cártel perseguidos por el gobierno, y prácticamente todos sus casos se basan en pruebas directas. Aun así, la evidencia circunstancial es admisible y útil en ese país y en cualquier otro lugar”.

Traducción libre de: “In most countries cartels (and other violations of the competition law) are prosecuted administratively. The principle administrative sanctions applied to this conducts are fines, usually only assessed against organizations but sometimes against natural persons, and remedial orders. In a minority of countries, but a growing one, cartels are prosecuted criminally. In most instances the burden of proof facing the competition agency is higher in a criminal case. The result is that it is usually more important that direct evidence of agreement be generated in these cases. The United States has long used the criminal process in the cartel cases prosecuted by the government, and virtually all of its cases are built on direct evidence. Still, circumstantial evidence is admissible, and useful, in that country and elsewhere”. OECD, Prosecuting cartels without direct evidence. Resumen ejecutivo elaborado por la Secretaría General, 2006, p. 10. (Nota original procedente del texto citado).

En este contexto, resulta que la autoridad de defensa de la competencia en la jurisdicción peruana afirma que, en su función de declarar la existencia de conductas anticompetitivas, corregirlas y sancionarlas, no le corresponde aplicar el estándar de prueba penal. No explica cuál es el estándar de prueba⁴³⁵ que considera aplicable para dicha declaración, pero sugiere que, tal vez en algunos casos, pese a no tener dicha obligación “la autoridad de competencia pueda alcanzar en su actuación estándares de prueba de tanta rigidez como el penal”. Estas consideraciones de la autoridad, que consideramos confusas y erróneas, son refutadas directamente por doctrina autorizada, con alusión específica al estándar probatorio que debe aplicar el Indecopi:

“El respeto, en la aplicación de las sanciones administrativas, de las garantías básicas del Derecho penal, entre las que se incluye la presunción de inocencia, pero también el estándar probatorio, no es un capricho de ciertos operadores ni una concesión graciosa de los poderes públicos, que éstos puedan excepcionar o dejar sin efecto a voluntad. Muy al contrario, esa aplicación ha sido reconocida por constituciones, leyes y sentencias de los máximos órganos judiciales en todo el mundo (...) para asegurar un sistema de garantías propio del Derecho administrativo sancionador, y también (...) siendo las sanciones administrativas frecuentemente tan graves como las penales, una diferencia que es poco más que formal o terminológica lleve a hurtar a los ciudadanos la aplicación de garantías que son ineludibles en la aplicación del Derecho sancionador, sea este administrativo o penal. La aplicación de las garantías jurídico-penales a la imposición de sanciones administrativas es, por tanto, una regla vinculante que no puede dejarse sin efecto de forma arbitraria o selectiva.” (Huergo, 2021, pp. 9-10)⁴³⁶.

⁴³⁵ Son tres los estándares de prueba más conocidos: i) el estándar de “más allá de toda duda razonable”, utilizado en los procesos penales; ii) el estándar de la “prueba clara y concluyente”; y, iii) el estándar de la “preponderancia de la prueba”, utilizado generalmente en controversias de naturaleza civil (Fuchs, 2021, p. 26).

⁴³⁶ Prosigue este autor refiriéndose a la labor del Indecopi, en particular en relación con las conductas colusorias horizontales:

“(…) sostenemos que las sanciones previstas en la legislación de defensa de la competencia por prácticas colusorias horizontales tienen, por su montante económico, por sus posibles consecuencias añadidas para la empresa y por tener como destinatario añadido a las personas físicas de los máximos directivos de la empresa, una gravedad que justifica la aplicación de las garantías normalmente reservadas a la imposición de las penas.

(…)

Una de las razones es que, como recuerda el documento de la OCDE citado en el informe técnico de INDECOPI, las infracciones en materia de competencia (que son básicamente las mismas en todos los Estados y están encabezadas siempre por los acuerdos de colusión horizontal o cárteles) se castigan en unos sistemas jurídicos por la vía penal (Estados Unidos entre otros) y en otros por vía administrativa (como la Unión Europea), sin que ello suponga que tienen una diferente naturaleza, y sin que ello suponga necesariamente que en el primer caso tienen mayor gravedad. Se trata de una opción estratégica, derivada de factores que a veces son organizativos, como, por ejemplo, el hecho de que la UE no tiene una jurisdicción penal, de modo que la única posibilidad de que pueda sancionar las conductas contrarias a la competencia es hacerlo por vía administrativa.

La importancia del estándar probatorio es trascendental, debido a que este fija un umbral a partir del cual la evidencia permite dar por probado un hecho o una conducta, así como contribuye a la orientación de errores decisorios: i) falsos positivos, cuando se da por probada una infracción que realmente no ocurrió y se sanciona a un inocente, afectando materialmente la presunción de inocencia de una persona; y, ii) falsos negativos, cuando no se da por probada una infracción que sí ocurrió y se deja de sancionar a un culpable. De allí que el estándar probatorio correspondiente para declarar una conducta como anticompetitiva, vencer la presunción de inocencia y limitar el principio de libertad de empresa y de libertad contractual, entre otros principios constitucionales que garantizan que los privados no están impedidos de hacer lo que la ley no prohíbe (en este caso con base en lo establecido por la LRCA), debe ser el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*). En consecuencia, se espera que la autoridad corrija el error evidenciado en relación con el estándar probatorio que utiliza para la determinación de conductas anticompetitivas, pues, al parecer, ante la gravedad en dicho error, insiste la doctrina en que:

“El estándar probatorio en procedimientos administrativos sancionadores por infracciones contra la libre competencia no debe ser menor o menos exigente que el que se aplica en los procesos penales. Y ello porque el estándar probatorio está relacionado el principio de presunción de inocencia, que es un principio aplicable también en el Derecho administrativo sancionador (no sólo en el penal), y porque las sanciones que se imponen por estas conductas son de una gravedad equiparable a las penas (y, de hecho, en algunos ordenamientos, como el peruano también, se castigan por la vía penal)”⁴³⁷ (Huergo, 2021, p. 28).

No se puede sostener que el estándar probatorio que se requiere para poder castigar una misma conducta de cooperación horizontal anticompetitiva sea diferente en función de una circunstancia coyuntural y modificable por el legislador, como es la decisión de castigarla por vía penal o administrativa.

(...)

Por lo tanto, del mismo modo que no se puede prescindir en un determinado ámbito sancionador o punitivo (por ejemplo, las sanciones administrativas frente a los delitos) del principio de presunción de inocencia, tampoco se puede prescindir del estándar probatorio más adaptado a ese principio, que es el ya mencionado estándar BARD (más allá de toda duda razonable). (Huergo, 2021, pp. 14-15, 20).

⁴³⁷ Como apreciaremos más adelante, en la jurisdicción peruana existe reproche penal sobre las conductas anticompetitivas, mediante la aplicación del tipo penal *abuso de poder económico*, establecido en 2020 mediante la Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor - Ley 31040.

En especial, en aplicación de este alto estándar probatorio, en el caso de una investigación para detectar y sancionar *cárteles* de precios, por ejemplo, la autoridad de defensa de la competencia debe contar –sobre cada una de las empresas investigadas– con elementos probatorios distintos a la convergencia de precios, que sean contundentes y que provean de suficiente valor probatorio para diferenciar un seguimiento natural y lícito de precios, de un proceso de ajuste hacia precios concertados anticompetitivamente.

En el pasado, antes de la vigencia de la LRCA, los casos emblemáticos de acuerdos indebidos dirigidos a la colusión de precios entre competidores se presentaban evidencia en memorándums, en actas de asociaciones gremiales y otros documentos que permitían probanza documental física. Actualmente, los casos presentan evidencia en mensajes electrónicos, respuestas a estos y cadenas de mensajes que reflejan tales acuerdos, entre otros registros documentales, debido a que se han sofisticado algunas prácticas anticompetitivas en un contexto de mayor desarrollo tecnológico. Bajo estas nuevas circunstancias, es necesario que la autoridad, para declarar una infracción, acredite, sobre cada agente acusado de colusión, por vía de acuerdo, que este participó de tales comunicaciones. No bastan correos con dichos de terceros o referencias indirectas, tenues o imprecisas, que puedan ser simplemente “completados” con la constatación de convergencia temporal de precios, pues bien podrían ser resultado de un contexto competitivo, como se ha indicado previamente. Como se sabe ampliamente, en mercados competitivos, con productos homogéneos, los precios convergen y eventualmente se igualan como sugiere el modelo de competencia perfecta. La diferencia probatoria clave, en estos casos, radica en probar quiénes se pusieron de acuerdo para hacer converger los precios artificialmente. Así, el hallazgo de mensajes indirectos, con dichos de terceros, donde una empresa no está copiada y menos confirma un acuerdo, ni su voluntad para ello, no equivale a una prueba directa. En estos casos, la autoridad debe asumir que se encuentra enfrentada a un camino de prueba indiciaria y ello le exige que, para declarar la existencia de una conducta anticompetitiva y sancionar, se descarten explicaciones razonables alternativas. Así, “se destaca que los indicios solo tienen valor probatorio si cabe descartar que sean

susceptibles de explicaciones alternativas⁴³⁸”, como “lo establece la jurisprudencia de la Unión Europea” (Laguna de Paz, 2021, 16)⁴³⁹.

Finalmente, la LRCA señala que “dentro del plazo para presentar descargos, cualquier agente económico investigado podrá reconocer la comisión de una o más infracciones contenidas en la imputación de cargos”, lo que permite que se le reduzca la multa aplicable hasta en un quince por ciento (15%) en relación con las infracciones reconocidas, debiendo para ello no impugnar la decisión de la Comisión que le atribuye responsabilidad⁴⁴⁰. Sin embargo, consideramos que tal reconocimiento no exime a la autoridad de defensa de la competencia de probar la conducta reconocida, como una conducta anticompetitiva mediante prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*). Ello pues la autoridad no debe sancionar a personas que simplemente reconocen infracciones, sino a personas respecto de las cuales haya comprobado conductas infractoras, con o sin su reconocimiento.

3.2.5.7. El principio de culpabilidad

En nuestra consideración, la responsabilidad de las personas naturales o jurídicas por la realización de las conductas prohibidas por la LRCA requiere que esta se atribuya

⁴³⁸ 35 STS de 4.4.2006 (Ar. 2220), FJ 5º; STS de 5.4.2006 (Ar. 1946), FJ 2º; STS de 20.6.2006 (Ar. 3541), FJ 4º (Nota original procedente del texto citado).

⁴³⁹ “[n]o se puede poner al mismo nivel los “indicios” y las “presunciones”. Hablar de indicios supone referirse a un tipo de prueba, la prueba indiciaria, que está admitida en Derecho siempre que se cumplan una serie de requisitos necesarios para que pueda considerarse como una prueba suficiente como para sustentar una condena. A diferencia de la prueba directa o plena, que se refiere al hecho constitutivo de la infracción o el delito (un ejemplo de prueba directa o plena sería una grabación en vídeo en la que se ve al presunto infractor realizando un vertido ilegal que constituye una infracción administrativa), en la prueba por indicios se acredita un hecho que no es constitutivo de infracción, pero del que se puede inducir (otra cosa son los requisitos necesarios para que esa inducción sea válida) la comisión de la infracción. Un ejemplo sería que se encuentran, en el arma con la se disparó la bala que mató a la víctima, huellas de una determinada persona. Eso no demuestra que esa persona haya cometido el delito, pero constituye un indicio que, en unión de otras circunstancias (entre ellas, la incapacidad de esa persona para ofrecer una explicación plausible de por qué aparecen sus huellas si no cometió el delito), puede servir para dar por probada la comisión del delito.

Pero no es posible meter en el mismo saco a las “presunciones”, pues se trata de un concepto totalmente diferente que, además, choca con la presunción de inocencia que rige en materia sancionadora. Si toda persona se presume inocente salvo que se demuestre lo contrario, no podemos partir de un “sucedáneo” que consista en una presunción de culpabilidad, que obligue a esa persona a demostrar su inocencia. La prueba indiciaria es una prueba más y puede servir, si se cumplen otros requisitos, para probar la comisión de la infracción, pero las presunciones no son un instrumento válido, salvo que estemos llamando “presunciones” a los indicios.” (Huergo, 2021, p. 7).

⁴⁴⁰ Cfr. Artículo 27 de la LRCA.

con dolo o culpa, en observancia del *principio de culpabilidad*, considerando que las conductas anticompetitivas en la jurisdicción peruana no califican como infracciones objetivas, en aplicación de lo establecido por la LPAG:

“Artículo 246.- Principios de la potestad sancionadora administrativa
La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:
(...)
10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva.
(...)”.

Es de precisar que la LRCA no contradice la regla general garantista de la LPAG⁴⁴¹, en consecuencia, el abuso de posición de dominio, la colusión horizontal y la colusión vertical solamente se pueden declarar como infracciones, corregirse y se sancionarse si se han realizado con dolo o culpa. Al respecto, doctrina autorizada señala:

“Al igual que sucede en Derecho penal, el tipo no incluye sólo elementos objetivos (la acción u omisión), sino también elementos subjetivos, es decir, el dolo o la negligencia. (...).
En la actualidad, es verdad que no se admite la responsabilidad objetiva (incluido el Derecho administrativo sancionador peruano⁴⁴²) (...).
La inclusión del dolo o la culpa dentro del tipo deriva, entre otras razones, de un principio básico del Derecho administrativo sancionador como es el principio de culpabilidad. No se castigan acciones en sí mismas, se castigan acciones dolosas o conductas imprudentes. (...).
Por lo tanto, y yendo al caso concreto que ahora tenemos planteado, la autoridad de competencia no puede limitarse a proponer o acreditar unos hechos (conversaciones, mensajes), obligando a quienes aparecen como participantes en los mismos a probar su inocencia. Eso equivale, bajo la capa de un falso garantismo, a establecer una presunción de culpabilidad, completamente contraria a un principio constitucional como el de presunción de inocencia. (...) entender que el tipo sólo incluye elementos objetivos supone establecer una presunción de dolo o de culpa es violar la presunción de inocencia (llamada presunción de licitud en el Derecho administrativo sancionador peruano, de acuerdo con el artículo 248, numeral 9, del Texto Único Ordenado de la Ley

⁴⁴¹ “Más aún, puede decirse que el carácter subjetivo de la responsabilidad no solo es una exigencia legal, sino quizá también constitucional. Es verdad que el art. 248.10 LPAG prevé la posibilidad de que las leyes sectoriales establezcan un régimen de responsabilidad subjetiva, que no es el caso de la legislación de defensa de la competencia.” (Laguna de Paz, 2021, p. 25).

⁴⁴² Por todos, Víctor Baca Oneto, “El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano”, Revista digital de Derecho Administrativo (2019), página 329. (Nota original procedente del texto citado).

27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General). Es decir, una inconstitucional presunción de culpabilidad, en suma.” (Huergo, 2021, pp. 24-28).

Cabe señalar que la observancia del principio de culpabilidad en el *control de conductas* en la jurisdicción administrativa peruana se encuentra ausente, pues en las decisiones de inicio que implican la imputación de cargos por parte de la Secretaría-Dirección no se atribuyen conductas anticompetitivas ni dolosas ni culposas (negligentes), ignorándose por completo esta exigencia. En consecuencia, las personas imputadas no ejercen su derecho de defensa sobre una atribución culpable, lo que genera nulidad de pleno derecho o insalvable en las decisiones finales de la autoridad de defensa de la competencia, que tampoco se pronuncia sobre una conducta anticompetitiva con elemento subjetivo⁴⁴³. Esta omisión de la Secretaría-Dirección como *fiscal administrativo* y de la Comisión como órgano decisor debe ser corregida.

3.2.5.8. Las medidas cautelares y medidas correctivas

Ambas medidas, dictadas por la autoridad, tienen por finalidad evitar que continúen los efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, que se deriva de una conducta anticompetitiva.

En el caso de las medidas cautelares, como indicamos previamente, estas pueden ordenarse antes de iniciarse o después de iniciado el proceso⁴⁴⁴, que podrían consistir en el cese de una conducta, siempre que exista verosimilitud sobre la conducta

⁴⁴³ “El principio de culpabilidad exige, pues, que la Administración: (i) impute claramente al interesado las conductas prohibidas, a título de dolo o culpa; (ii) que la imputación le sea comunicada antes de adoptar la decisión final, de manera que pueda tener la oportunidad de defenderse; (iii) y que pruebe que la infracción ha sido cometida con dolo o negligencia.” (Laguna de Paz, 2021, p. 25)

⁴⁴⁴ Al respecto, la LRCA orienta las condiciones y los límites de las medidas cautelares de la siguiente manera:

“Artículo 23.- Medidas cautelares

(...)

23.5. Tratándose de solicitudes de parte, la Comisión podrá aceptarlas o desestimarlas en un plazo no mayor de treinta (30) días hábiles, prorrogables por una sola vez y por el mismo plazo. No son exigibles, a quien presente la solicitud, medidas de aseguramiento civil como contracautela o similares. La Comisión podrá conceder medidas cautelares distintas a las solicitadas, siempre que considere que se ajusten de mejor manera a la intensidad, proporcionalidad y necesidad del daño que se pretende evitar.

23.6. En cualquier momento del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, se podrá acordar la suspensión, modificación o revocación de las medidas cautelares.

23.7. Las resoluciones que imponen medidas cautelares son apelables ante el Tribunal (...).

23.8. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas cautelares.”

anticompetitiva denunciada, peligro de generación de genere daño por la demora en el pronunciamiento final y firme, y que la medida solicitada sea posible. En caso se ordenen antes de que se inicie el procedimiento administrativo, caducan a los quince (15) días si este no llegara a iniciarse.

Estas medidas pueden se solicitadas por la Secretaría-Dirección, como *fiscal administrativo*, como por el pedido de la parte denunciante o de un tercero legitimado y apersonado al procedimiento. Queda expresamente señalado que la finalidad de una medida cautelar es asegurar el pronunciamiento final, en particular, en lo concerniente a las medidas correctivas que se pudieran dictar, conforme se establece en el artículo 23 de la LRCA.

La Comisión, como órgano decisor, tiene la facultad de dictar medidas cautelares, señalando expresamente que podrá ordenar la “medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar, la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere”⁴⁴⁵. Como garantía a favor del administrado, se indica que la medida cautelar ordenada deberá “ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar”⁴⁴⁶.

La LRCA reconoce, en su artículo 49, dos tipos de medidas correctivas que se pueden dictar al finalizar el procedimiento administrativo sancionador en caso se declare la existencia de una conducta anticompetitiva y sea necesario actuar sobre su realización o sus efectos. Estas medidas pueden ser impuestas por la Comisión además de la sanción correspondiente. Sobre las medidas correctivas, la LRCA especifica, presentando un listado enunciativo abierto:

⁴⁴⁵ Cfr. Numeral 23.2 del artículo 23 de la LRCA.

⁴⁴⁶ Cfr. Numeral 23.3 del artículo 23 de la LRCA.

“Artículo 49.- Medidas correctivas

49.1. Además de la sanción que se imponga por infracción a la presente Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo o prevenir la comisión de conductas anticompetitivas, las cuales, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;
- b) De acuerdo con las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones; o,
- c) La inoponibilidad de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos; o,
- d) El acceso a una asociación u organización de intermediación.
- e) El desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia.

49.2. La Comisión también podrá dictar medidas correctivas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora.

49.3. El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas.

49.4. La Comisión podrá expedir Lineamientos precisando los alcances del presente artículo, para su mejor aplicación.”

Entre las medidas correctivas presentadas en este listado destaca aquella prevista en el literal e) del numeral 49.1, incluida por la modificación efectuada sobre la LRCA en 2018, mediante el Decreto Legislativo 1396. Con ello se especifica que Indecopi podrá ordenar como medidas correctivas “el desarrollo de programas de capacitación y de eliminación de riesgos de incumplimiento de la normativa sobre libre competencia”, lo que implica que podrá ordenar, a las empresas que hayan realizado conductas anticompetitivas, el establecimiento de programas de cumplimiento normativo (*compliance*)⁴⁴⁷, que eviten que se incurra en conductas anticompetitivas en el futuro o que, en su defecto, puedan ser detectadas internamente a tiempo para revertirlas⁴⁴⁸. Si bien la Comisión, autoridad de defensa de la competencia de primera instancia, venía

⁴⁴⁷ Naturalmente, resulta posible y en algunos casos recomendable que una empresa implemente voluntariamente un programa de cumplimiento normativo (*compliance*) para asegurar su observancia de las normas de las normas de defensa de la competencia; o, incluir este componente en su programa general de cumplimiento normativo. Ello con el fin de mitigar los riesgos derivados del incumplimiento (voluntario o involuntario) de dichas normas que, además de perjuicios económicos derivados de las multas antes indicadas sobre la empresa, pueden extenderse a la afectación de su reputación y sus marcas, así como de sus directivos, gerentes, ejecutivos y representantes. Además, la existencia de un programa de cumplimiento normativo diseñado adecuadamente y en efectiva aplicación, reduce la apreciación de que exista negligencia o actividad culposa, como exige el principio de culpabilidad, para declarar como infracción la realización de una conducta anticompetitiva.

⁴⁴⁸ Cfr. Guía del Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia, aprobada por el Indecopi.

ordenando la implementación de estos programas, la previsión expresa de ello, a nivel legal, mejora la previsibilidad y el marco institucional.

Una conducta anticompetitiva genera efectos negativos sobre la competencia y el bienestar de los consumidores, en general. Así, es capaz de afectar específicamente a agentes económicos que hayan sido los destinatarios directos de la conducta infractora. El efecto de una conducta anticompetitiva proviene de una causa ilícita, lo cual debe ser corregido por la autoridad con precisión y proporcionalidad.

Finalmente, como adelantamos previamente, la LRCA fue modificada también en el año 2020, mediante el Decreto Legislativo 1510, con el propósito de otorgar al *fiscal administrativo* la facultad discrecional de no instruir ni iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador ante determinadas conductas anticompetitivas que, sujetas a la prohibición relativa, en su consideración, no tendrían un efecto (negativo) significativo sobre la competencia, pudiendo ordenar (fuera de procedimiento ordinario) medidas que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la LRCA⁴⁴⁹. Estas medidas especiales se inspiran en políticas de *responsive regulation* (regulación sensible), sin perjuicio de lo cual debieran también ser ejercidas en el marco de un procedimiento que permita el ejercicio del derecho de defensa de los administrados.

3.2.5.9. Las sanciones sobre conductas anticompetitivas

Al declararse la existencia de una conducta anticompetitiva conforme lo establecido por la LRCA, las sanciones que se aplican a los agentes económicos infractores, personas naturales o jurídicas, tienen dos límites para su determinación:

⁴⁴⁹ Al respecto, la LRCA establece:

“Artículo 18.- Formas de iniciación del procedimiento

(...)

18.4. Mediante resolución debidamente motivada, la Secretaría Técnica puede, en ejercicio de una facultad discrecional, no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine, en función a los criterios previstos en el artículo 44 de la presente Ley, que una conducta sujeta a la prohibición relativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia. En este supuesto, la Secretaría Técnica puede imponer, de oficio o a solicitud del investigado, la implementación de acciones que restablezcan o promuevan la competencia y aseguren el cumplimiento de la Ley. La Comisión aprueba los Lineamientos para el ejercicio de esta facultad discrecional, a propuesta de la Secretaría Técnica.”

- i) Los topes de multa indicados expresamente en Unidades Impositivas Tributarias (UIT)⁴⁵⁰ según la gravedad de la conducta. Así, el tope para infracciones leves es una multa de hasta quinientas (500) UIT y se mantiene el tope para infracciones graves con una multa de hasta mil (1000) UIT, así como la posibilidad de ordenar multas por encima de dicho tope en el caso de infracciones muy graves; y,
- ii) Los reguladores individuales de multa indicados como topes sobre las ventas o ingresos brutos del infractor, los que tienen la finalidad de evitar que una multa resulte desproporcionada o de una magnitud tal que sea capaz de eliminar a los agentes económicos del mercado. Así, estos reguladores individuales establecidos por la LRCA se fijan en ocho (8%), diez (10%) y doce (12%) por ciento de las ventas o ingresos brutos del agente infractor en el ejercicio anual previo a la decisión de la autoridad, en el caso de infracciones leves, graves y muy graves, respectivamente⁴⁵¹.

Como se indicó previamente, las sanciones que establece la LRCA pueden aplicarse también a personas naturales que ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos infractores, por su participación calificada en la realización de la conducta anticompetitiva probada, materializándose en una multa de hasta cien (100) UIT⁴⁵².

Como criterios para determinar la gravedad de una conducta anticompetitiva y, en consecuencia, graduar la multa, la LRCA ha establecido consideraciones acerca del impacto de la conducta en el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Dichos criterios son: “i) “[e]l beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción”; ii) “[l]a probabilidad de detección de la infracción; iii) “[l]a modalidad y el alcance de la restricción de la competencia”; iv) “[l]a dimensión del mercado

⁴⁵⁰ El valor de la Unidad Impositiva Tributaria es actualizado anualmente mediante Decreto Supremo por el Gobierno peruano. Para el año 2021 tiene el valor de 4 400 Soles (moneda peruana), que al cambio equivale a 916 Euros (a un tipo de cambio de 4.8 Soles por Euro); o, a 1100 Dólares de Estados Unidos de Norteamérica (a un tipo de cambio de 4.1 Soles por Dólar).

⁴⁵¹ Cfr. Artículo 46 de la LRCA.

⁴⁵² Cfr. Numeral 46.3 del artículo 46 de la LRCA.

afectado”; v) “[l]a cuota de mercado del infractor”; vi) “[e]l efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores; vii) “[l]a duración de la restricción de la competencia”; viii) “[l]a reincidencia de las conductas prohibidas”; y, ix) “[l]a actuación procesal de la parte”⁴⁵³.

Queda claro que una conducta anticompetitiva que genere un mayor beneficio esperado y posea una menor probabilidad de detección deberá recibir una multa mayor que otra conducta de similar naturaleza que genere un menor beneficio esperado y posea una mayor probabilidad de detección, conforme lo sugiere la disciplina del análisis económico del derecho, a efectos de que la sanción cumpla con su finalidad disuasiva. Sin embargo, en la jurisdicción peruana es todavía un reto que la autoridad calcule efectivamente las probabilidades de detección de cada conducta anticompetitiva que corrige y sanciona, en cada mercado investigado, en los periodos que haya delimitado.

Se requieren criterios técnicos y data confiable que, al ser analizada, permita la materialización de principios de razonabilidad y proporcionalidad. La autoridad de defensa de la competencia debe evitar estimaciones abstractas no fundamentadas al determinar la probabilidad de detección para un caso concreto, que carezcan de sustento probatorio, pues esta probabilidad es un aspecto fundamental en el cálculo de multas, ya que pondera el beneficio ilícito y multiplica los montos que se aplican como multas. El reproche estatal contra las conductas anticompetitivas debe ser firme, pero no debe resultar arbitrario ni excesivo.

3.2.5.10. Las multas coercitivas

Se trata de multas que no tienen finalidad sancionadora. Su función no es castigar sino impeler al administrado para que cumpla con un mandato de la autoridad de defensa

⁴⁵³ Cfr. Artículo 47 de la LRCA. Sin embargo, desde la disciplina económica se ha reflexionado en la jurisdicción peruana que “(...) uno de los principales problemas de establecer un listado de criterios para cuantificar el nivel de las sanciones, todos en el mismo nivel y sin una jerarquización clara, es que ello puede conducir a la autoridad a escoger según la disponibilidad de información u otros elementos de juicio, la metodología para fijar la cuantía de la multa. Ello se agrava cuando los criterios, pueden resultar inconsistentes entre sí. Esto es precisamente lo que ocurre con los criterios de beneficio ilícito y daño (...) en los casos de libre competencia, el daño o efecto de la práctica anticompetitiva sobre el mercado suele siempre ser distinto (y por lo general superior) al beneficio ilícito”. (Ruiz, 2011, p. 121).

de la competencia. La LRCA prevé la aplicación de multas coercitivas por el incumplimiento de medidas cautelares y por el incumplimiento de medidas correctivas ordenadas. Una multa coercitiva, en consecuencia, no impide, adelanta, restringe, ni duplica la aplicación de una multa como sanción de la infracción que sea o haya sido declarada. Específicamente se prevé que:

- i) Por el incumplimiento de una medida cautelar se aplica una multa coercitiva con un piso de veinticinco (25) UIT y un tope inicial de ciento veinticinco (125) UIT, luego de lo cual, de persistir el incumplimiento, dicha multa se duplicará cada vez, sin exceder mil (1000) UIT⁴⁵⁴.
- ii) Por el incumplimiento de una medida correctiva, que se dictó como parte de la decisión final de la autoridad, junto con la multa como sanción, se aplica una multa coercitiva que toma como base la multa sancionadora para aplicar un monto correspondiente a su veinticinco por ciento (25%), luego de lo cual, de persistir el no cumplimiento, dicha multa se duplicará sucesivamente, sin exceder dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva colocada por primera vez. Por ejemplo, si la multa por la infracción es de doscientas (200) UIT, la primera multa coercitiva será de cincuenta (50) UIT, por lo que de persistir el incumplimiento y producirse una duplicación sucesiva de dicha multa coercitiva, ésta no podrá superar las ochocientas (800) UIT⁴⁵⁵.

3.2.5.11. La indemnización

En línea con la Recomendación sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos (OCDE, 2019a) en la jurisdicción peruana se pone de relieve el mecanismo judicial para que quien haya sido dañado por un *cártel* pueda obtener una reparación. Al respecto la LRCA establece:

“Artículo 52.- Indemnización por daños y perjuicios

⁴⁵⁴ Cfr. Artículo 50 de la LRCA.

⁴⁵⁵ Cfr. Artículo 51 de la LRCA.

Una vez que la resolución administrativa declarando la existencia de una conducta anticompetitiva quedara firme, toda persona que haya sufrido daños como consecuencia de esta conducta, incluso cuando no haya sido parte en el proceso seguido ante INDECOPI, y siempre y cuando sea capaz de mostrar un nexo causal con la conducta declarada anticompetitiva, podrá demandar ante el Poder Judicial la pretensión civil de indemnización por daños y perjuicios.
(...)

Asimismo, se prevé en la LRCA que el Indecopi puede iniciar un proceso judicial de indemnización por daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, en defensa y representación de los intereses difusos o colectivos de los consumidores. La decisión necesaria para emprender tal acción recae en la Comisión, previo informe favorable de la Secretaría-Dirección Técnica⁴⁵⁶. Si bien es correspondiente que los daños ilícitos sean resarcidos y que el Indecopi pueda representar intereses colectivos para dicho fin, consideramos que la Comisión, dado su rol decisor en casos de posibles infracciones, no debiera asumir el rol de litigante institucional, sino un órgano de la administración como lo sería gerencia legal, que ejerce el rol de procuraduría y por ello patrocina y defiende al Indecopi en sede judicial.

Estas atribuciones del Indecopi se orientan mediante los Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas. Este documento orientativo establece las pautas que debe seguir el Indecopi al interponer este tipo de demandas, a favor de los consumidores afectados, así como para la respectiva ejecución de la decisión judicial. Destaca en estos lineamientos la referencia a la firmeza de la resolución administrativa que declara la existencia de una conducta anticompetitiva como habilitante para la interposición de tal demanda:

“Artículo 2. Ámbito de aplicación objetivo

(...)

2.2. A efectos del ejercicio de la referida facultad, se entenderá por:

(...)

b) Resolución firme: aquella que no puede ser impugnada ni por vía administrativa a través de un recurso administrativo, ni por el proceso judicial contencioso administrativo. Tratándose de varios responsables, bastará que exista resolución firme respecto de uno o algunos de ellos para que se pueda plantear, únicamente respecto de ellos, una demanda de resarcimiento de daños

⁴⁵⁶ Cfr. Artículo 52 de la LRCA.

(...)

En este aspecto, tales lineamientos provocan una confusión, pues bajo esta definición de firmeza en las decisiones del Indecopi que ordenan medidas correctivas e imponen multas sancionadoras, estas no serían exigibles a los infractores en caso hayan recurrido a un proceso contencioso administrativo para cuestionar la legalidad de tales decisiones. Este resulta un aspecto sistémico que provoca reflexiones encontradas en relación, incluso, con la firmeza de las decisiones del Indecopi en todos sus ámbitos funcionales.

3.2.5.12. La promoción de la competencia en la jurisdicción peruana

Conforme se señaló en el numeral sobre conductas exceptuadas de la aplicación de la LRCA, conforme lo dispuesto por su artículo 3, la autoridad de defensa de la competencia podrá evaluar una conducta anticompetitiva que es consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley, determinar sus efectos contra el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores y emitir informes, desarrollando propiamente lo que se entiende por abogacía o promoción de la competencia. Estos informes podrían incluir recomendaciones que sugieran la modificación o la derogación de la norma legal que genera conductas anticompetitivas.

Además, se establece expresamente que es función de la Comisión tanto “[e]xpedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la presente Ley”⁴⁵⁷ y “[s]ugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública (...) sobre la implementación de medidas que restablezcan o promuevan la libre competencia, tales como la eliminación de barreras a la entrada o la aplicación de regulación económica a un mercado donde la competencia no es posible, entre otros”⁴⁵⁸.

⁴⁵⁷ Esta función de expedir lineamientos que corresponde a la Comisión, también se le ha atribuido en relación con aplicación de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 (LCCE). Cfr. Literal c del numeral 12.2 del artículo 12 de la LCCE.

⁴⁵⁸ Cfr. Artículo 14 de la LRCA.

Sobre este último punto, con la modificación operada en 2015, mediante el Decreto Legislativo 1205, es la propia Comisión quien dirige a las entidades de la administración pública la sugerencia, exhortación o recomendación de medidas, aun cuando la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi es el órgano quien las remite, con copia a la Presidencia del Consejo de Ministros y al Ministerio de Economía y Finanzas. Con el propósito de dar eficacia a esta función de *abogacía de la competencia*, señala que estas, cuando corresponda, “deberán responder explicando su posición en relación con las propuestas planteadas en un plazo no mayor de noventa (90) días hábiles desde su notificación, bajo responsabilidad”⁴⁵⁹.

Debe considerarse que, en materia de orden del mercado, la promoción de la competencia se viabiliza a través de la actividad de fomento que corresponde al Estado. Esta actividad desarrolla a través de técnicas de información, formación y estímulo a los agentes económicos para que contribuyan con su actuación en el eficaz funcionamiento del proceso competitivo. Para generar este estímulo, mediante la *abogacía de la competencia*, se sugieren o recomiendan modificaciones legales o institucionales que, desde el Estado, permitan una mayor intensidad en la competencia por eficiencia. Esta labor de la Comisión es complementada con las “actividades de capacitación y difusión de la aplicación de las normas de defensa de la libre competencia”⁴⁶⁰ que corresponden a la Secretaría-Dirección, también en despliegue de la actividad de fomento.

Finalmente, en este punto, cabe indicar que cuando la LRCA señala, en su artículo 3, que “[e]l Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”, debe interpretarse que esta es una habilitación para que las autoridades competentes, definidas por ley, en cada caso, emprendan tareas de promoción de la competencia, tales la como normalización y estandarización de los bienes y servicios originados en nuestro país para acometer mercados externos, el estímulo para una mayor transparencia en la información disponible para el consumidor y la disminución de

⁴⁵⁹ Cfr. Artículo 14 de la LRCA.

⁴⁶⁰ Cfr. Literal j del numeral 15.2 del artículo 15 de la LRCA. Estas funciones de la Secretaría-Dirección se encuentran previstas también en relación con aplicación de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 (LCCE). Cfr. Literal f del numeral 13.2 del artículo 13 de la LCCE.

costos de transacción en el mercado, en procura de afianzar e intensificar el proceso competitivo. De ningún modo se trata de una habilitación para desarrollar intervenciones en el mercado que pudieran afectar o distorsionar la libre interacción entre oferta y demanda.

3.2.6. Control de conductas en sede penal y delitos vinculados

En la jurisdicción peruana, desde el año 2008, se eliminaron los delitos que implicaban un *control de conductas* en sede penal. Sin embargo, durante la ocurrencia de la pandemia generada por el COVID-19, en el 2020, sin la participación de expertos en las materias abordadas y sin el cumplimiento de las exigencias de calidad regulatoria, se aprobó y entró en vigencia la Ley que Modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor⁴⁶¹ - Ley 31040.

Este instrumento legislativo, mediante intervenciones en el Código Penal peruano, entre otros: i) criminaliza las conductas anticompetitivas, mediante el establecimiento del delito de *abuso de poder económico*; ii) restablece el delito de *acaparamiento*; y, iii) modifica del delito de *especulación*. A continuación, evaluaremos el contenido esencial de esta ley adoptada en el seno del Congreso de la República.

3.2.6.1. El delito de *abuso de poder económico*

La Ley 31040 incorpora al Código Penal peruano el siguiente tipo penal:

“Artículo 232.- Abuso del poder económico

El que abusa de su posición dominante 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 una pena privativa de libertad no menor 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”.

⁴⁶¹ Aprobada por el Congreso de la República en junio de 2020. No obstante, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, el Poder Ejecutivo observó dicho instrumento normativo. El Congreso insistió y aprobó este cuerpo legal, promulgando directamente la Ley 31040, en agosto de 2020.

Este nuevo delito criminaliza las conductas anticompetitivas ya previstas en la LRCA, estableciendo un *control de conductas* en el ámbito penal. Debe recordarse que, en el año 2008, mediante disposiciones complementarias, la LRCA dispuso la derogación de los delitos derivados de conductas anticompetitivas. Así, en la exposición de motivos de esta ley se señaló como fundamento lo siguiente:

“[L]a experiencia práctica del INDECOPI ha demostrado que la persecución administrativa -y no la persecución penal- constituye la principal forma de represión y desincentivo de prácticas anticompetitivas. A ello se añade el hecho de que el complejo análisis de los efectos anticompetitivos y la generación de eficiencias que este tipo de conductas pueden tener en el mercado, aconseja que sea un órgano técnico y administrativo el encargado de reprimirlas, sin necesidad de recurrir a sanciones más gravosas para los agentes económicos como las de tipo penal”.

Asimismo, llama la atención que, en la jurisdicción peruana, se decida sancionar penalmente el abuso de posición de dominio, considerando que estos casos presentan menor incidencia, como afectaciones al proceso competitivo, en comparación con los *cárteles*; y, no tienen parámetros absolutamente definidos, ni siquiera en las principales jurisdicciones del mundo, como la Unión Europea o los Estados Unidos de Norteamérica. En la experiencia peruana, el Indecopi, desde la entrada en vigor de la LRCA en 2008 ha investigado y sancionado muy pocos casos de abuso de posición de dominio. Incluso, son los *cárteles* las conductas anticompetitivas perseguidas también penalmente en distintas jurisdicciones, no necesariamente el indicado abuso. Ello pues se ha considerado que, además de tener un efecto casi siempre negativo sobre el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, son moralmente reprochables (Artaza Varela, 2017). No obstante, la criminalización de *cárteles* puede no ser una política adecuada, sobre todo cuando –como en el caso peruano– puede distorsionar y afectar el eficaz funcionamiento del sistema correctivo y sancionador a nivel administrativo, como explicaremos a continuación.

Por ejemplo, en Estados Unidos de Norteamérica el *programa de clemencia* comprende la inmunidad frente a la acción penal, a diferencia de lo que sucede ahora en el Perú. Así, el principal efecto negativo del nuevo delito de *abuso de poder*

*económico*⁴⁶², establecido por la Ley 31040, es que su persecución puede perjudicar la principal herramienta de detección de *cárteles*, que es la delación compensada o el *programa de clemencia*, analizado previamente. Así pues, la vigencia de la Ley 31040 puede afectar severamente el funcionamiento del *programa de clemencia* que prevé la LRCA, a nivel administrativo. Ello debido a que se podrían producir los siguientes escenarios en relación con las personas naturales y jurídicas involucradas en la realización de una conducta anticompetitiva:

- i) Las personas naturales buscarían aplicar a la colaboración eficaz en sede penal ante el Ministerio Público, pues el Indecopi no puede asegurarles la inmunidad criminal, y solo cooperarían con este último si obtienen primero garantías a nivel penal. No obstante, en el ordenamiento jurídico peruano, la colaboración eficaz está reservada para pocos delitos legalmente especificados⁴⁶³, por lo que los individuos podrían ver reducidos sus incentivos para colaborar con el Indecopi y con el Ministerio Público.
- ii) Por su parte, las personas jurídicas conductoras de la actividad empresarial involucradas estarán incentivadas a presentarse ante el *programa de clemencia* que administra el Indecopi, pues solo este puede garantizar la exoneración (total o parcial) de multas. Sin embargo, dado que las personas naturales que participaron en la conducta anticompetitiva ven reducidos sus incentivos para colaborar, sin su ayuda, la recolección de información y pruebas suficientes para obtener clemencia se verá bastante dificultada. En ese caso, podría resultar menos riesgoso o costoso –para las personas naturales que desarrollaron la conducta desde la empresa– esperar a que el Indecopi inicie una investigación por cuenta propia, dificultado la detección temprana de *cárteles*.

⁴⁶² Se ha considerado desde la doctrina nacional que este tipo penal “da pie a un alto grado de subjetividad, toda vez que los requisitos que se deben verificar para su aplicación no son nada claros. Al respecto, esta situación no sólo incrementa la inseguridad jurídica de los posibles imputados, sino que, además constituye una abierta trasgresión del principio de tipicidad” (Florindez et al., 2021, p. 211).

⁴⁶³ Actualmente, son los delitos de asociación ilícita, terrorismo, lavado de activos, criminalidad organizada, concusión y corrupción de funcionarios, entre otros que se establezcan por la ley.

Por tanto, la existencia de sanciones penales –que algunos presumen más severas– no se traducen necesariamente en más casos detectados ni en una mayor eficacia para disuadir la realización de conductas anticompetitivas, en particular las conductas colusorias consistentes en *cárteles*. En ese sentido, por ejemplo, desde la OCDE se anota que, para una disuasión óptima de *cárteles*, debiera estar garantizado el “efecto dual” de la delación compensada. Es decir, que pueda comprender tanto a la sanción administrativa como a la pena de cárcel (OCDE, 2020a).

Además, podemos prever que el nuevo delito de *abuso de poder económico*, desde su propia aplicación, enfrentará amplias discusiones vinculadas al principio de *non bis in idem* frente a la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal, contra una misma persona, que sea imputada por realizar una conducta anticompetitiva (infracción) y un *abuso de poder económico* (delito), en mérito a los mismos hechos. Asimismo, será necesario dar contexto y aplicación a la regla de la prevalencia penal (también conocida como prejudicialidad penal) y la regla de la vinculación de la Administración respecto de los hechos probados judicialmente, cuando en un proceso penal se discutan hechos que resultan igualmente relevantes para la resolución de un procedimiento administrativo en materia de conductas anticompetitivas. Ello conforme a lo establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial y el Código Procesal Penal vigentes en la jurisdicción peruana.

En suma, la persecución del nuevo delito de *abuso de poder económico* podría provocar mayor discusión, menos claridad, menos celeridad y, probablemente, menos eficacia en la disuasión, corrección y sanción de conductas anticompetitivas. Ello considerando que una pena privativa de libertad de 4 años suspendida podría significar un menor efecto disuasivo para una persona natural que una elevada multa administrativa, como la que puede aplicarse también a personas naturales que ejerzan la dirección, gestión o representación de los agentes económicos infractores, por su participación calificada en la realización de la conducta anticompetitiva probada. Esta multa, como se precisó previamente, podría ascender hasta cien (100) UIT⁴⁶⁴.

En cuanto a las garantías para los administrados y su presunción de inocencia, debemos anotar que es posible que el Ministerio Público, antes de actuar, decida

⁴⁶⁴ Cfr. Numeral 46.3 del artículo 46 de la LRCA.

esperar a que el Indecopi concluya el trámite del procedimiento administrativo que haya iniciado para comprobar la realización de conductas anticompetitivas. Sin embargo, en este caso, existirá un potencial deterioro del derecho constitucional a la presunción de inocencia con impacto en el ámbito penal, puesto que cualquier decisión de la autoridad administrativa, que se fundamente en un estándar probatorio menor que el penal, puede condicionar materialmente el análisis de la Fiscalía y del Juez Penal. Además, la complejidad se agrave ante la posibilidad de que, posteriormente, un Juez Penal pueda considerar no probados determinados hechos o conductas, que el Indecopi sí consideró probados. En caso como el referido, el procedimiento sancionador a cargo del Indecopi podría quedar sin fundamento probatorio y devenir en nulo o infundado.

En consecuencia, de mantenerse en el ordenamiento jurídico peruano el delito de *abuso de poder económico*, debiera establecerse, con rango de ley, una regla que determine que el programa de clemencia ante el Indecopi abarca inmunidad también frente a la acción penal, y otra regla que determine que para que proceda la denuncia penal: i) la declaración de una infracción administrativa, en sede del Indecopi, y la correspondiente sanción por la realización de una conducta anticompetitiva debe encontrarse firme; ii) la autoridad administrativa, en dicha declaración, debe haberse inhibido de sancionar a la persona natural involucrada directamente en la realización de tal conducta; y, iii) en el acto que haga concreta tal decisión, debe solicitar al Ministerio Público la evaluación de la correspondiente denuncia penal.

Sumado a ello, resulta necesario que el Indecopi, en su actuación procedimental, corrija su actual estándar probatorio y aplique, para la determinación de conductas anticompetitivas, el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), tal como hemos señalado previamente, para vencer la presunción de inocencia, que corresponde a toda persona por mandato constitucional, lo cual es claramente entendido por doctrina autorizada (Laguna de Paz, 2021) (Huergo, 2021); y, preverse, mediante norma con rango de ley, que la prescripción del reproche penal que implica el delito de *abuso de poder económico* se interrumpa cuando el *fiscal administrativo*, que es la Secretaría-Dirección, notifique a una persona natural que la tiene comprendida en una investigación preliminar que, luego, podría tener

consecuencias penales en su perjuicio en mérito de la configuración del delito de *abuso de poder económico*.

3.2.6.2. El delito de *acaparamiento*

Mediante esta misma Ley 31040, se restituye el delito de *acaparamiento* que había sido derogado expresamente por la LRCA en el año 2008, por considerarlo inconstitucional⁴⁶⁵:

“Artículo 233.- Acaparamiento

El que provoca escasez o desabastecimiento de bienes y servicios esenciales para la vida y la salud de las personas, mediante la sustracción o acaparamiento, con la finalidad de alterar los precios habituales en su beneficio, y con perjuicio de los consumidores, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Este delito no implica un *control de conductas* anticompetitivas, sino que, por el contrario, su tipificación y persecución es capaz de afectar el adecuado funcionamiento de la economía social de mercado en la jurisdicción peruana, como explicamos continuación.

Debe notarse que un *acaparamiento* que tuviera capacidad real de incrementar precios en el mercado solamente podría ser realizado por una persona, a través de una empresa, con *posición de dominio*, para la que el clásico modelo de monopolio se aplique, al reducir la cantidad ofertada para incrementar precios. No sucede así con las empresas que no tienen tal posición. Este tipo penal debió haber previsto el elemento de dominancia para evitar investigaciones sobre conductas no lesivas y condenas erróneas.

⁴⁶⁵ En relación con esta derogación, la exposición de motivos de la LRCA precisó que se: “despenaliza la figura conocida como “acaparamiento” prevista en el artículo 233 del Código Penal, puesto que su tipificación producida en 1991 contraviene el sistema económico de economía social de mercado previsto en la Constitución Política del Perú de 1993, así como el principio rector de la libre competencia reconocido en el artículo 61 de la carta magna”. Actualmente, estamos, nuevamente, en sentido contrario.

Pero, incluso si este elemento hubiera sido incluido, evaluados los elementos del tipo, se trata de una figura cuya determinación tiene un alto riesgo de ser arbitraria y su determinación, en cada caso concreto, resulta gaseosa, pues “acaparar” o “sustraer del comercio” es exactamente equivalente a dosificar el *stock* para asegurar un abastecimiento racional (por ejemplo, frente a una demanda desmesurada y especulativa); o, equivalente a tomar decisiones estratégicas de compra y venta según una propia y legítima política comercial.

De igual modo, si un productor que no es dominante, sino tomador de precios prevé que los precios de su producto van a incrementarse: ¿Tendría que deshacerse de toda su producción de inmediato o esperar a que los precios suban para colocar su producción? ¿El productor estará acaparando (reteniendo recursos productivos) si decide producir con menor rapidez que una demanda que se incrementa apresuradamente?

Ahora, si bien la disposición complementaria final única señala que la lista de bienes y esenciales será establecida por la autoridad competente, con el fin de evitar una ley penal en blanco (Alvarez, 2021, p. 101), varios elementos siguen siendo de difícil interpretación. El concepto de “precio habitual” es, de por sí, muy difícil de determinar pues, dependiendo del sector y del mercado relevante particular, los precios pueden cambiar diariamente, semanalmente o sobre la base de otro período. Basta analizar, por ejemplo, los precios mayoristas de los productos agrícolas, seguramente esenciales para la vida de las personas y las familias. En ese contexto: ¿Qué es el “precio habitual”? ¿El precio promedio? ¿De qué período? Además, este nuevo tipo penal se instaure de manera genérica y no bajo una situación de emergencia, lo cual implica un control de precios⁴⁶⁶ permanente en la jurisdicción peruana, que sólo contribuiría con la escasez de los productos que más requiere la sociedad.

⁴⁶⁶ Respecto del control de precios en la economía social de mercado peruana, se ha considerado que: “(...) las diversas técnicas jurídicas empleadas para la aplicación del control de precios, nuestro ordenamiento jurídico vigente solo permite el empleo de la potestad tarifaria y de la actividad regulatoria de precios, ambas exclusivamente en los servicios públicos. No obstante, no es la Constitución Política la que limita la aplicación del control de precios a los servicios públicos, sino el Decreto Legislativo 757. De esta forma, para que en otros mercados de alto interés público (así no sean servicios públicos) se pueda establecer una actividad regulatoria de precios, solo sería necesaria la modificación o derogación del Decreto Legislativo 757” (González y Yábar, 2021. p. 54). Siendo cierto lo anterior, en nuestra opinión, una decisión de fijar precios por parte de una autoridad pública podría devenir en contraria a la constitución, e incluso su base legal. Ello si es que viola los principios o derechos fundamentales de carácter económico previstos por la Constitución Política, por resultar en un

Así, una figura penal tan gaseosa y de tan arbitraria determinación que no tiene una norma extrapenal que le brinde certeza, y su criminalización (con las consecuencias graves que ello involucra) genera desincentivos muy fuertes para la producción y/o comercialización de aquellos productos esenciales que se pretende asegurar. Es decir, la criminalización promueve, contrariamente a lo deseado, escasez en los mercados formales y la expansión de mercados ilegales.

3.2.6.3. El delito de *especulación*

De otro lado, la Ley 31040 modifica la tipificación del delito de *especulación*:

“Artículo 234.- Especulación y alteración de pesos y medidas

El productor, fabricante, proveedor o comerciante que incrementa los precios de bienes y servicios habituales, que son esenciales para la vida o salud de la persona, utilizando prácticas ilícitas que no se sustenten en una real estructura de costos y el correcto funcionamiento del mercado, aprovechando una situación de mayor demanda por causas de emergencia, conmoción o calamidad pública será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Si la especulación se comete durante un estado de emergencia, declarado por el Presidente de la República, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

Este delito tampoco implica un *control de conductas* anticompetitivas, sino que, por el contrario, su tipificación y persecución es capaz de afectar el adecuado funcionamiento de la economía social de mercado en la jurisdicción peruana, como explicamos continuación.

Como señalamos previamente, el concepto de “precio habitual” es muy difícil de determinar, pues, dependiendo del sector y del mercado relevante particular, los precios son distintos dependiendo del nivel comercial o de las particularidades de cada agente económico. Los precios pueden cambiar diariamente, semanalmente o sobre la base de otro período. Por ejemplo, en el caso de los productos agrícolas

decisión excesiva, desproporcionada o simplemente innecesaria o contraproducente respecto del interés general que se pudiera querer privilegiar.

(presumiblemente candidatos para ser declarados esenciales), no se tiene uno sino miles de productores, cada uno con sus circunstancias, estructura de costos y precios. Se tiene acopiadores, transportistas, mayoristas, mercados de abastos principales, mercados de abastos secundarios, canal moderno (supermercados), *mini-markets*, bodegas, distribuidores independientes (*delivery*), etc. En relación con tales productos, los precios cambian diaria o semanalmente. Si miramos más detalladamente en el *retail*, las tiendas de conveniencia en cadena, las bodegas o los supermercados, entre otros, cada uno de ellos tiene una política de ajuste de precios diferente. Cada uno tendrá un “precio habitual”, que se ha venido moviendo a lo largo de días, semanas, meses o años. En ese contexto, nuevamente: ¿Qué es el “precio habitual”? ¿El precio promedio? ¿De qué período? Ciertamente, la determinación del precio habitual resultará, inevitablemente, arbitraria.

Sin embargo, lo más preocupante tiene que ver con la asunción de que el incremento de precios frente a una situación de alta demanda es *per se* ilegal. Este tipo penal presume que, en situaciones de emergencia o calamidad, es deber de los productores o comerciantes mantener sus “precios habituales”, a pesar de que es natural que condiciones anormales generen naturales alteraciones sobre los riesgos, los costos y las rentabilidades, que se traducen en cambios o aumentos de precios. En suma, la obligación implícita, que impone este tipo penal, de mantener precios es también un control de precios que sólo contribuiría con la escasez de los productos que más requiere la sociedad en una situación crítica.

El tipo penal de *especulación* plantea que los cambios en la estructura de costos pueden justificar el incremento de precios. Sin embargo, recomponer dicha estructura requiere de asunciones, metodologías y reglas de imputación, que podrían ser distintas a las utilizadas por la autoridad penal. En ese caso, existe un riesgo grave de que un agente económico que incrementa sus precios de acuerdo con sus propios cálculos esté cometiendo un delito, si la autoridad asume cálculos distintos.

Esta tipificación penal genera un alto nivel de incertidumbre y, como consecuencia de ello, un gran desincentivo para producir o comercializar los productos esenciales regulados. Nuevamente, la criminalización genera escasez en el mercado formal y expansión del mercado ilegal, en una situación sumamente crítica como lo es una

emergencia, conmoción o calamidad pública. Nos encontramos nuevamente frente a un tipo penal en blanco que no tiene una norma extrapenal que le brinde certeza.

Además, la implementación de controles de precios elimina los incentivos que generan los precios altos temporales, para ampliar la oferta. Esto se ha visto en la realidad – durante la pandemia– con implementos tales como mascarillas, equipos de protección, mandiles, alcohol, productos de limpieza, etc., cuyos incrementos iniciales de precios provocaron que muchas empresas giren hacia la atención de demanda insatisfecha, dirigiendo los precios, luego de los momentos iniciales, hacia niveles regulares.

3.3. Control de estructuras en el ordenamiento jurídico peruano

Luego de un extenso debate sobre la conveniencia de establecer un *control de estructuras*, pese a la carencia de evidencia que determinara su necesidad en la jurisdicción peruana⁴⁶⁷, recién desde 2021, se encuentra normado dicho control, como consecuencia de la vigencia de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 (en adelante, LCCE), que fue acompañada por contexto de severo desorden legislativo⁴⁶⁸.

⁴⁶⁷ Desde nuestra perspectiva, no existió ni existe una clara evidencia o sustento técnico que respalde la necesidad, la conveniencia y los beneficios de establecer una intervención pública de esta naturaleza en la jurisdicción peruana, más aún cuando este esquema es capaz de afectar injustificadamente la libertad de iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad contractual y el desarrollo de las inversiones. No se cumplieron, en consecuencia, las exigencias de calidad regulatoria. Contrariamente a lo estimado hace algunos años, establecer un control de estructuras sobre todos los sectores de la economía podría con alta probabilidad, en nuestra opinión, afectar el crecimiento y el desarrollo del país. Como hemos manifestado en diferentes oportunidades, esta legislación no era necesaria ni oportuna.

Como postura a favor del control de concentraciones en el Perú, se ha señalado que: “la teoría económica y los pronunciamientos de las autoridades de competencia a nivel global y las organizaciones internacionales han dado a conocer que el estado no puede cumplir el rol de facilitar y vigilar la libre competencia, contando únicamente con un procedimiento administrativo que evalúa las conductas anticompetitivas (control ex post). Se requiere del otro instrumento, el control de estructura del mercado (control ex ante) como complemento necesario para garantizar el proceso competitivo en los mercados, la libre competencia y el bienestar de los consumidores” (Zuñiga, 2018, p. 252).

⁴⁶⁸ Como parte de la confusa situación legislativa que se generó antes de la vigencia de la LCEE en 2021, debe recordarse que, en momentos de interrupción del orden constitucional, mientras el Congreso de la República se encontraba disuelto, se emitió en 2019 el Decreto de Urgencia 013-2019 que, con rango de ley, establecía un *control de estructuras* previo de concentraciones empresariales, que estuvo vigente el 1 de marzo de 2021, pero sin reglamentación alguna para su debida aplicación. Transcurridas algunas semanas, la LCEE derogó el decreto antes señalado, que no tuvo aplicación práctica, y estableció el *control de estructuras* vigente actualmente en el Perú.

Este *control de estructuras* aplica para todos los sectores de la economía y significa una ampliación a todos los sectores, pues, previamente, en el Perú solamente existía un control de este tipo en el sector eléctrico en mérito de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico - Ley 26876⁴⁶⁹, que fue derogada por la LCCE.

3.3.1. Objetivos y finalidad

La LCCE tiene por objetivo dotar a la autoridad de defensa de la competencia del Perú de las facultades necesarias para que, desde la actividad de policía, que limita los parámetros naturales y espontáneos del mercado, desarrolle un *control de estructuras*, que implica la autorización previa de operaciones de concentración empresarial⁴⁷⁰. Ello con el propósito de determinar si tales operaciones producen una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados y, a partir de ello, decidir si se autoriza la operación sin condiciones, si se autoriza la operación con condiciones que mitiguen dicha restricción o si no se autoriza la operación por considerar que ninguna condición es capaz de asegurar la mitigación deseada⁴⁷¹. Sin embargo, si vencen los plazos que tiene la autoridad para emitir su decisión al respecto, la solicitud de autorización se considera aprobada (regla silencio positivo).

Las operaciones de concentración empresarial sujetas a obligatorio control previo, conforme la LCCE, no pueden ser válidamente ejecutadas hasta que la autoridad de defensa de la competencia en sede administrativa se pronuncie favorablemente en el correspondiente procedimiento. Asimismo, la LCCE establece que “[l]a ejecución de

⁴⁶⁹ El artículo 1 de esta ley preveía un procedimiento de autorización previa, únicamente en el sector eléctrico, para “[l]as concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía eléctrica (...), con el objeto de evitar los actos de concentración que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la competencia y la libre concurrencia en los mercados de las actividades mencionadas o en los mercados relacionados”.

⁴⁷⁰ Se ha remarcado que en los sistemas peruano y chileno existen similitudes en los “sistemas de control previo de operaciones de concentración, en particular las similitudes procesales y en cuanto a los organismos administrativos encargados de la revisión, implican que los casos resueltos en cada jurisdicción puedan ilustrar o dar luces sobre las posibles mejoras, críticas u observaciones en el otro sistema. Además, la uniformidad en los procedimientos podría contribuir a su predictibilidad y a la generación de criterios sustantivos comunes de revisión” (Alliende, 2021, p. 292).

⁴⁷¹ Al respecto, la LCCE establece:

“Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial

7.1 En el procedimiento de control previo, el órgano competente evalúa los efectos de la operación de concentración, a fin de identificar si produce una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados.
(...)”.

una operación de concentración empresarial (...) sin haber presentado la solicitud de autorización correspondiente o sin haber esperado hasta que la autoridad competente en sede administrativa se pronuncie o concluya de manera definitiva el procedimiento de control previo, acarrea la nulidad de los actos que se deriven de dicha ejecución, los cuales no surten efectos jurídicos, sin perjuicio de las consecuencias legales que se apliquen (...)”⁴⁷².

Como parte del sistema de defensa de la competencia peruano, la LCCE comparte idéntica finalidad que la LRCA, pues también señala expresamente, en su artículo 1, que se dirige a “establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial con la finalidad de promover la competencia efectiva y la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.”

3.3.2. **Ámbito de aplicación**

Conforme a la LCCE, el control previo de operaciones de concentración empresarial se aplica a operaciones en todos los sectores de la economía. Esta ley señala:

“Artículo 2. **Ámbito de aplicación**

Se encuentran comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la presente ley:

1. Los actos de concentración empresarial, conforme a los umbrales previstos en la presente ley, que produzcan efectos en todo o en parte del territorio nacional, incluyendo actos de concentración que se

⁴⁷² Cfr. Artículo 23 de la LCCE. Al respecto, cabe tener presente la práctica infractora conocida como *gun jumping*, que puede producirse involuntariamente por falta de previsión diligente frente a un obligatorio control previo de operaciones de concentración empresarial. Este puede surgir en dos contextos:

“El *gun jumping* procedimental se produce cuando las partes completan una transacción sin respetar los requisitos de notificación previa a la concentración empresarial y la espera de la autorización, conforme a lo previsto en la legislación vigente de libre competencia.

El *gun jumping* sustantivo se produce cuando, antes de completar una transacción propuesta, las partes coordinan su conducta de tal forma que incurren en infracciones a la legislación de libre competencia igualmente sancionables. Algunos ejemplos relevantes en la materia son los acuerdos previos (por ejemplo: MOU, cartas de intención, reuniones y tratativas conducentes a la adopción de decisiones, intercambios de información, entre otras)” (Jungmann et al., 2021, p. 26).

realicen en el extranjero y vinculen directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en el país.

2. Los agentes económicos que oferten o demanden bienes o servicios en el mercado y realicen actos de concentración que produzcan o puedan producir efectos anticompetitivos en todo o en parte del territorio nacional.”

Una operación de concentración empresarial se define, conforme artículo 5 de la LCCE, como “todo acto u operación que implique una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella”. Definida así, una operación de concentración puede producirse como consecuencia de, entre otras, las siguientes transacciones presentadas en el siguiente cuadro:

Cuadro 7 **Operaciones típicas de concentración empresarial**

Listado enunciativo de transacciones que pueden producir una operación de concentración empresarial Artículo 5 de la LCCE (*)
a) <i>Una fusión</i> , realizada por dos o más agentes económicos, que eran independientes antes de la operación, cualquiera que sea la forma de organización societaria de las entidades que se fusionan o de la entidad resultante de la fusión, sea que se trate de una fusión por integración o por absorción.
b) <i>Una adquisición de derechos</i> , por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, que permitan, en forma individual o conjunta, ejercer el control sobre la totalidad o parte de uno o varios agentes económicos.
c) <i>Una constitución de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga</i> , por parte de dos o más agentes económicos independientes entre sí, que implique la adquisición de control conjunto sobre uno o varios agentes económicos que desempeñen las funciones de una entidad económica autónoma.
d) <i>Una adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos</i> , realizada por un agente económico, por cualquier medio, habiendo correspondido dichos activos a otro u otros agentes económicos.
(*) La LCCE, en su numeral 5.3., establece una <i>regla anti-elusión</i> , al señalar textualmente que: “[l]a autoridad considera como una única operación de concentración empresarial el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos (...)”.

Fuente: Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 /
Elaboración propia.

En consecuencia, las operaciones indicadas en el cuadro precedente son aquellas típicas que pueden generar una operación de concentración empresarial que se puede encontrar bajo el *control de estructuras* que establece la LCCE para la jurisdicción peruana⁴⁷³. Al no tratarse de una lista cerrada, aun cuando se trate de una operación no enunciada, corresponderá analizar la transferencia o cambio de control que se haya podido producir, en cada caso, para determinar si un acto u operación implica una transferencia o cambio en el control de una empresa o parte de ella.

Así, una operación es de obligatoria evaluación y aprobación previa por parte de la autoridad de defensa de la competencia peruana, conforme a la LCCE, cuando cumpla conjuntamente las tres (3) condiciones, que se desarrollan a continuación sobre *control* corporativo, *efectos* en el territorio y *umbrales*.

3.3.2.1. El *control* corporativo como condición de aplicación del control previo

Para encontrarse sujeta al control previo, la operación de concentración empresarial debe generar una *transferencia o cambio de control*, entendido este como la posibilidad que tiene un agente económico de ejercer una influencia decisiva y continua sobre otro, determinando directa o indirectamente su estrategia competitiva. Es decir, entre otros, tomando decisiones sobre inversiones, adquisiciones, costos, ventas, precios, posicionamiento, expansión o contracción del negocio, correspondientes a una unidad empresarial.

Se precisa que este control puede ejercerse “mediante (i) derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de una parte de los activos de una empresa, o (ii) derechos o

⁴⁷³ Coincidimos en que para mitigar riesgo de una posible denegatoria por parte de la autoridad de defensa de la competencia, en relación con una operación de concentración empresarial, o una autorización con condiciones complejas o gravosas, resulta recomendable “reducir el objeto del acuerdo a lo estrictamente necesario dejando fuera aquellos aspectos que podrían ser alcanzados fácilmente (sin incurrir en costos adicionales materiales) por las partes de manera independiente. En los aspectos que se mantengan como parte del proyecto conjunto, será importante aplicar medidas que permitan garantizar la independencia, tales como protocolos de intercambio de información, creación de clean teams, entre otros. Por su parte, en el caso de las fusiones o adquisiciones, resulta primordial analizar otras opciones de crecimiento a fin de poder identificar si la transacción es el mecanismo menos gravoso (para el mercado) que permite alcanzar los objetivos perseguidos”. (Poirier-Garneau y Zumaeta, 2021, p. 367).

contratos que permitan influir de manera decisiva y continua sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos de una empresa”⁴⁷⁴.

Debe apreciarse que una operación de concentración puede configurarse como tal, también, cuando un agente económico que venía siendo controlado por dos agentes económicos distintos, pasa a ser controlado solamente por uno de ellos. Puede calificar, asimismo, como una operación de concentración aquella en que dos agentes económicos implementan un control conjunto, que surge, sobre una nueva empresa que antes no existía.

3.3.2.2. Los efectos en el territorio peruano como condición de aplicación del control previo

Para encontrarse sujeta al control previo, la operación de concentración empresarial debe producir *efectos en todo o en parte el territorio peruano*, debido a que impactará en la oferta o la demanda de bienes y servicios en esta jurisdicción. No resulta relevante si la operación de concentración ha sido acordada o ejecutada total o parcialmente en territorio nacional o en el extranjero, siempre que vincule directa o indirectamente a agentes económicos que desarrollan actividades económicas en la jurisdicción peruana.

3.3.2.3. El cumplimiento de umbrales como condición de aplicación del control previo

Para encontrarse sujeta al control previo, la operación de concentración empresarial debe cumplir con los *umbrales de magnitud de la operación*, establecidos por la LCCE y que expresan su relevancia (materialidad) económica, la cual amerita evaluar su posible impacto restrictivo significativo en la competencia. Se trata de dos tipos o conjuntos de umbrales alternativos: uno calculado por valor de ventas o ingresos y otro calculado por valor de activos.

Como se aprecia en el cuadro siguiente, cada tipo o conjunto de umbrales, a su vez, comprende dos niveles: uno que es conjunto, que abarca a los agentes económicos

⁴⁷⁴ Cita textual del numeral 2 del artículo 3 de la LCCE.

respecto de los cuales se efectúa la operación, y otro individual, que considera separadamente a dichos agentes.

Cuadro 8
Umbrales de magnitud de la operación
Artículo 6 de la LCCE y artículo 4 del Reglamento de la LCCE (*)

	Umbrales Tipo 1 Valor de ventas o ingresos brutos	Umbrales Tipo 2 Valor de activos
Umbral conjunto	Se cumple cuando la suma del valor de las ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 Unidades Impositivas Tributarias (**).	Se cumple cuando la suma del valor contable de los activos en el país de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 118 000 Unidades Impositivas Tributarias (**).
Umbral individual	Se cumple cuando el valor de las ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 Unidades Impositivas Tributarias, cada una (**).	Se cumple cuando el valor contable de los activos en el país de al menos dos de las empresas involucradas en la operación haya alcanzado, durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación, un valor igual o superior a 18 000 Unidades Impositivas Tributarias, cada una (**).

(*) La LCCE, en su numeral 6.3., señala textualmente que: “[e]l Indecopi puede proponer la actualización del valor del umbral siempre que se justifique la necesidad de dicha actualización, de conformidad con el objeto de la presente ley. La modificación del valor del umbral se realizará a través de norma con rango de ley.”

(**) El valor de la Unidad Impositiva Tributaria es actualizado anualmente mediante Decreto Supremo por el Gobierno peruano. Para el año 2021 tiene el valor de 4 400 Soles (moneda peruana), que al cambio equivale a 916 Euros (a un tipo de cambio de 4.8 Soles por Euro); o, a 1100 Dólares de Estados Unidos de Norteamérica (a un tipo de cambio de 4.1 Soles por Dólar).

(***) El Reglamento de la LCCE - Decreto Supremo 039-2021-PCM especifica, en su numeral 4.5., en relación con el **umbral individual** que cuando la LCCE “se refiere a, al menos dos de las empresas involucradas en la operación de concentración empresarial, cada una de ellas corresponde al agente económico y su respectivo grupo económico participante en la referida operación”. Es decir, por vía de esta reglamentación se equipara la referencia a “empresa” con su “grupo económico”.

Fuente: Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 y su Reglamento / Elaboración propia.

Para que exista la obligación de notificar una operación de concentración a la autoridad de defensa de la competencia para que esta la autorice, en el marco del

procedimiento de control previo, basta que la operación supere: los dos Umbrales Tipo 1; o, los dos Umbrales Tipo 2⁴⁷⁵.

La LCCE parte de la premisa de que, en el mercado, pueden producirse una gran cantidad de operaciones de concentración, buena parte de las cuales son eficientes y no son capaces de restringir el proceso competitivo. En este sentido, establece indicadores objetivos que revelen la magnitud de las operaciones que materialmente ameritan evaluar si es que son capaces de restringir significativamente la competencia, perjudicando sustancialmente el interés general y que, por ello, deban ser controladas previamente.

En relación con el computo de las ventas o ingresos brutos anuales, así como sobre el valor de los activos ubicados en el Perú, para cada operación de concentración específica, el Reglamento de la LCCE - Decreto Supremo 039-2021-PCM precisa las reglas que se sintetizan en el siguiente cuadro⁴⁷⁶.

⁴⁷⁵ El Reglamento de la LCCE - Decreto Supremo 039-2021-PCM especifica:

“Artículo 4. Reglas para el cálculo de umbrales

4.1. Para requerir la autorización previa de una operación de concentración empresarial, los agentes económicos evalúan si su operación califica como un acto de concentración empresarial conforme con el artículo 5 de la Ley N° 31112 y si cumple alguno de los siguientes parámetros comprendidos en el numeral 6.1. del artículo 6 de la referida norma:

a) Que las ventas o ingresos brutos generados en el Perú de las empresas involucradas hayan alcanzado, en el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación de concentración empresarial, los umbrales establecidos en los literales a) y b) del numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley N° 31112.

b) Que el valor contable de los activos en el Perú de las empresas involucradas haya alcanzado, en el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación de concentración empresarial, los umbrales establecidos en los literales a) y b) del numeral 6.1. del artículo 6 de la Ley N° 31112.

(...)”

⁴⁷⁶ El Reglamento de la LCCE - Decreto Supremo 039-2021-PCM especifica:

“Artículo 4. Reglas para el cálculo de umbrales

(...)

4.2. Las ventas o ingresos brutos de las empresas involucradas, así como el valor de sus activos, se determina de acuerdo con las siguientes reglas:

a) Cuando la operación corresponda a los actos establecidos en los incisos a) y c) del numeral 5.1 del artículo 5 de la Ley N° 31112, se consideran las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos de los agentes económicos participantes en la operación y de sus respectivos grupos económicos.

b) Cuando la operación tenga por resultado la adquisición por parte de uno o más agentes económicos, directa o indirectamente, de los derechos que le permitan ejercer control sobre la totalidad o parte de otro agente económico, se consideran las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos del agente adquirente y de su grupo económico; así como, las ventas o ingresos brutos anuales o el valor contable de los activos del agente adquirido y de los agentes sobre los cuáles este último ejerza control.

c) Cuando la operación corresponda al acto establecido en el inciso d) del numeral 5.1. del artículo 5 de la Ley N° 31112, se consideran las ventas o ingresos brutos o el valor contable de los activos del agente

Cuadro 9
Cómputo de umbrales
Artículo 4 del Reglamento de la LCCE

Cómputo del Umbral conjunto	
Tipo de operación	Elementos que deben sumarse
a) <i>Una fusión</i> , conforme a lo definido previamente.	<p>Umbral Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p> <p>Umbral Tipo 2: Valor contable de los activos en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p>
b) <i>Una adquisición de derechos</i> , conforme a lo definido previamente.	<p>Umbral Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente, el agente adquirido y los agentes sobre los cuáles éste último ejerza control.</p> <p>Umbral Tipo 2: Valor contable de los activos en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente, el agente adquirido y los agentes sobre los cuáles éste último ejerza control.</p>
c) <i>Una constitución de una empresa en común, joint venture o cualquier otra modalidad contractual análoga</i> , conforme a lo definido previamente.	<p>Umbrales Tipo 1: Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p>

adquirente y de su grupo económico; y, aquellas ventas o ingresos brutos que hayan sido generados por los activos productivos operativos adquiridos o el valor contable de tales activos.

4.3. Para efectos del cálculo de los umbrales, solo deben considerarse las ventas o los ingresos brutos generados en el Perú durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.

4.4. Para efectos del cálculo de los umbrales, solo deben considerarse los activos ubicados en Perú durante el ejercicio fiscal anterior a aquel en que se notifique la operación.
 (...)"

	<p>Umbrales Tipo 2:</p> <p>Valor contable de los activos en el país de los agentes económicos participantes en la operación de fusión y de sus respectivos grupos económicos.</p>
d) <i>Una adquisición del control directo o indirecto de activos productivos operativos, conforme a lo definido previamente.</i>	<p>Umbrales Tipo 1:</p> <p>Ventas o ingresos brutos anuales generados en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente; y, aquellas ventas o ingresos brutos generados en el país por los activos productivos operativos adquiridos.</p> <p>Umbrales Tipo 2:</p> <p>Valor contable de los activos en el país del agente adquirente, el grupo económico del adquirente; y, el valor contable de los activos productivos operativos en el país adquiridos.</p>
Cómputo del Umbral individual	
Tipo de operación	Elementos que deben sumarse
<i>Todas</i>	<p>Al menos dos de las “empresas” involucradas en la operación de concentración empresarial deben superar el umbral individual aplicable. Al respecto, se debe entender que cada una de ellas es uno de los agentes económicos y su respectivo grupo económico participante en la operación de concentración correspondiente.</p> <p>Para el cálculo de las ventas o ingresos brutos generados en el país; o, del valor contable de los activos en el país de cada “empresa” involucrada, se aplican los criterios de cobertura explicados previamente, por cada tipo de operación, para el cómputo del umbral conjunto.</p>

Fuente: Reglamento de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 / Elaboración propia.

Debe tenerse presente que la LCCE tiene por objetivo neutralizar que una operación de concentración empresarial se divida (deliberadamente) en dos o más transacciones, de manera que los umbrales no sean superados en transacciones separadamente consideradas. Por ello determina que se “considera como una única operación de concentración empresarial, el conjunto de actos u operaciones realizadas entre los mismos agentes económicos en el plazo de dos (2) años, debiendo notificarse la operación de concentración antes de ejecutarse la última transacción o acto que permita superar los umbrales establecidos”⁴⁷⁷. En consecuencia, no solamente deben computarse los umbrales por cada transacción entre los mismos agentes económicos, sino, además, de manera global entre ellos, en el marco del periodo indicado.

3.3.2.4. Operaciones de concentración empresarial fuera del ámbito de aplicación

Conforme a lo antes explicado y según establece la LCCE, el *control de estructuras* no se aplica a determinadas operaciones:

“Artículo 5. Operaciones de concentración empresarial
(...)

5.2 No son actos u operaciones de concentración empresarial sometidos a la presente ley los siguientes:

- a. El crecimiento corporativo de un agente económico como resultado de operaciones realizadas exclusivamente al interior del mismo grupo económico.
- b. El crecimiento corporativo interno de un agente económico, independientemente de que se produzca mediante inversión propia o con recursos de terceros que no participan directa ni indirectamente en los mercados en los que opera el agente económico.
- c. El crecimiento corporativo de un agente económico que no produzca efectos en los mercados dentro del territorio nacional, en una parte o en su totalidad.
- d. El control temporal que se adquiriera sobre un agente económico como resultado de un mandato temporal conferido por la legislación relativa a la caducidad o denuncia de una concesión, reestructuración patrimonial, insolvencia, convenio de acreedores u otro procedimiento análogo.
- e. Cuando las entidades de crédito u otras entidades financieras o de seguros o del mercado de capitales cuya actividad normal constituya la negociación y transacción de títulos, por cuenta propia o de terceros, posean con carácter temporal acciones o participaciones que hayan adquirido de una empresa con el propósito de revenderlas, siempre que

⁴⁷⁷ Cita textual del numeral 5.3 de la LCCE.

no ejerzan los derechos de voto inherentes a dichas acciones o participaciones con objeto de determinar el comportamiento competitivo de dicha empresa”.

Este listado de operaciones o circunstancias se presenta con el fin de clarificar el ámbito de aplicación de la LCCE, dejando constancia expresa de que se encuentran excluidas de su ámbito de aplicación. Sin embargo, estimamos que ello no era estrictamente necesario pues algunos de estos supuestos no generan una *transferencia o cambio de control* que permita ejercer una influencia decisiva y continua sobre otro agente económico, determinando directa o indirectamente su estrategia competitiva; o, no producen, por su propia descripción, *efectos en todo o en parte el territorio peruano*.

3.3.3. Análisis de concentraciones empresariales

En el procedimiento de autorización previa de operaciones de concentración empresarial, conforme a la LCCE, la autoridad de defensa de la competencia tiene la función de determinar si una operación puede generar efectos restrictivos significativos de la competencia en uno o varios mercados relevantes o de referencia. Para esta determinación, esta autoridad evalúa, entre otros, los siguientes factores:

“Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial
(...)

7.2 En el procedimiento de control previo, el órgano competente tiene en consideración, entre otros, los siguientes factores:

- a. La estructura del mercado involucrado.
- b. La competencia real o potencial de los agentes económicos en el mercado.
- c. La evolución de la oferta y la demanda de los productos y servicios de que se trate.
- d. Las fuentes de distribución y comercialización.
- e. Las barreras legales o de otro tipo (tecnológicas, inversiones específicas, restricciones horizontales o verticales) para el acceso al mercado.
- f. El poder económico y financiero de las empresas involucradas.
- g. La creación o fortalecimiento de una posición de dominio.
- h. La generación de eficiencias económicas.”

Así, por ejemplo, si una operación de concentración empresarial tiene efectos en un mercado relevante moderadamente concentrado, pero que, en el periodo más reciente,

ha experimentado un dinamismo importante que ha permitido el ingreso de nuevos agentes económicos competidores, debido al aumento de la demanda y a la ausencia de barreras de acceso relevantes, podría considerarse que no existen riesgos significativos para la competencia. De ser este el caso, la autoridad procede a autorizar la operación de concentración empresarial⁴⁷⁸.

No obstante, por ejemplo, si una operación se realiza con efectos en un mercado relevante más concentrado, cuya evolución de oferta y/o demanda en los últimos años no presenta cambios relevantes, y que presenta barreras legales muy difíciles de superar, podría considerarse que existen riesgos significativos para la competencia, al hacerse aún más concentrado el mercado y sin posibilidades reales de que dicho efecto sea fácilmente contrarrestado. En un caso como este, la autoridad de defensa de la competencia enfrenta tres (3) posibilidades:

- i) Si los solicitantes acreditan que existen eficiencias generadas por la operación que pueden compensar el riesgo sobre la competencia identificado, la autoridad la autorizará la operación. Por ello es de legítimo interés, así como carga⁴⁷⁹, para los solicitantes desarrollar sólida probanza sobre la generación de eficiencia económicas (factor indicado en el literal h del numeral 7.2 de la LCCE, antes citado).
- ii) Si, a propuesta de los solicitantes o como parte del análisis de la Comisión, se identifican condiciones (conductuales o estructurales) que permitan mitigar el riesgo identificado, la autoridad autorizará la operación con condiciones para su realización.
- iii) Si no se acreditan las eficiencias o no se identifican condiciones idóneas para mitigar tal riesgo y, por tanto, este subsiste, la autoridad denegará la autorización y la operación no podrá llevarse a cabo⁴⁸⁰.

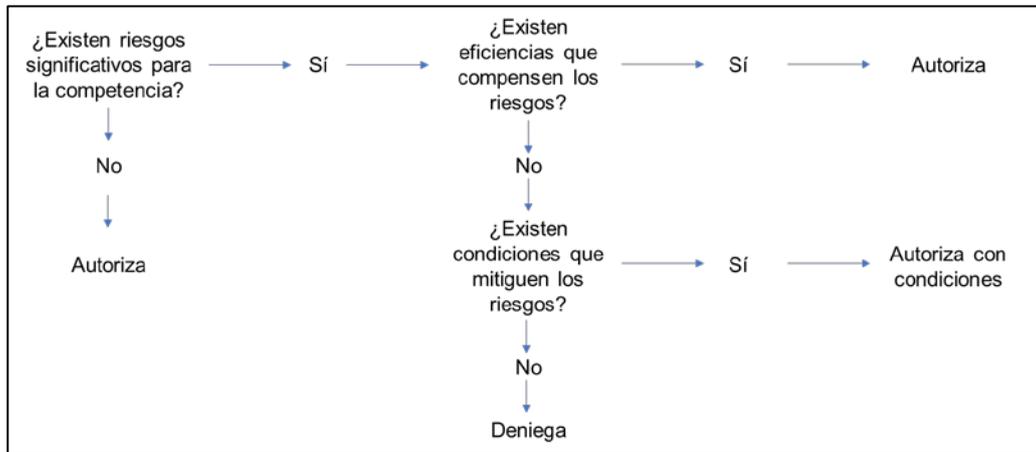
⁴⁷⁸ Cfr. Numeral 7.3 del artículo 7 de la LCCE.

⁴⁷⁹ La LCCE precisa:

“Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial
(...)

7.5 En el análisis de la capacidad de la operación de concentración empresarial para producir eficiencia económica, se pueden considerar eficiencias productivas, de asignación o innovativas. Las eficiencias

Figura 1
Esquema de análisis y decisiones de la autoridad de defensa de la competencia al
analizar operaciones de concentración empresarial
Artículo 7 de la LCCE



Fuente: Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial – Ley 31112 y / Elaboración propia compartida (Jungmann et al., 2021, p. 19).

En el análisis que corresponde a la autoridad de defensa de la competencia, conforme a lo antes señalado, esta debe considerar las particularidades de operaciones de concentración de distinta naturaleza, tales como:

- i) una que implica transferencia o cambio en el control con efecto horizontal, que podría generar efectos restrictivos sobre la competencia al reducir competidores, debido a que genera una concentración de agentes económicos que participan o compiten en el mismo nivel de una cadena de producción, de comercialización o de prestación de servicios (por ejemplo, cuando se concentran dos o más fabricantes de papel sanitario o dos o más instituciones educativas universitarias);
- ii) una que implica transferencia o cambio en el control con efecto vertical, que podría generar efectos restrictivos sobre la competencia por

económicas cumplen los siguientes requisitos: a. Ser demostradas por los agentes económicos solicitantes. b. Tener un carácter inherente a la concentración. c. Estar dirigidas a compensar los efectos restrictivos a la competencia identificados y mejorar el bienestar de los consumidores. d. Ser susceptibles de ser transferidas al consumidor. e. Ser verificables por la autoridad. (...).”

⁴⁸⁰ Cfr. Numeral 7.4 del artículo 7 de la LCCE.

posiblemente excluir competidores de quienes se concentran, debido a que genera una concentración de agentes económicos que participan u operan en distintos niveles de la cadena (por ejemplo, cuando se concentran un administrador portuario y un operador logístico experto en comercio internacional); o,

- iii) una que implica transferencia o cambio en el control de efecto conglomerado, cuando las actividades de los agentes que se concentran no se desarrollan en mercados relacionados entre sí.

Ante operaciones de concentración de distinta naturaleza, la autoridad de defensa de la competencia se ve obligada a hilvanar los factores enunciados por el numeral 7.2 de la LCCE antes citado, con metodologías distintas que, para cada caso, le permitan evaluar si una operación puede generar efectos restrictivos significativos de la competencia. Sin embargo, la autoridad debe tener presente que la LCCE le impone como límite que “[I]a sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados en los que participa el agente económico, como comprador o como proveedor de bienes y servicios (...)”⁴⁸¹.

3.3.4. Órganos competentes para el control de estructuras

En el ámbito del *control de estructuras*, también es el Indecopi, organismo público especializado, la entidad administrativa que cobija de modo exclusivo a los órganos administrativos que ejercen como las autoridades. En este caso, se trata de un ejercicio exclusivo para el control previo de concentraciones empresariales en todos los sectores de la economía.

3.3.4.1. Autoridades de defensa de la competencia

Conforme a la LCCE, los órganos del Indecopi que se encuentran a cargo del control previo de las operaciones de concentración empresarial en el marco de un *control de*

⁴⁸¹ Cfr. Numeral 7.7. de la LCCE.

estructuras, a nivel nacional, en primera y segunda instancia administrativa, son la Comisión y el Tribunal de dicho instituto:

“Artículo 11. Autoridad competente respecto al control previo de las operaciones de concentración empresarial

El control previo de las operaciones de concentración empresarial se encuentra a cargo del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), cuyos órganos competentes ejercen sus atribuciones, de conformidad con lo dispuesto por la presente ley (...). Asimismo, se observa supletoriamente lo establecido en el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Artículo 12. Comisión de Defensa de la Libre Competencia

12.1 La Comisión es el órgano resolutorio con competencia exclusiva para evaluar y resolver en primera instancia administrativa a nivel nacional en el procedimiento de control previo (...). Para el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión cuenta con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica.
(...)

Artículo 14. Tribunal del INDECOPI La sala especializada competente del Tribunal del INDECOPI es el órgano funcional que resuelve en segunda y última instancia administrativa las apelaciones interpuestas contra los actos administrativos emitidos por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia en el procedimiento de control previo, así como en los procedimientos sancionadores regulados en la presente ley”.

Como se aprecia, los órganos indicados poseen un rol decisorio sucesivo en cada instancia administrativa, en los procesos en los que se efectúa el *control de estructuras*, ejerciendo la condición de autoridad de defensa de la competencia en todos los sectores de actividad económica en la jurisdicción peruana.

3.3.4.2. Órgano de apoyo: *secretaría instructora y relatora*

La LCCE prevé, en su numeral 12.1, que “para el ejercicio de sus atribuciones, la Comisión cuenta con el apoyo técnico y administrativo de la Secretaría Técnica”. De esto modo, se prevé que, en el ámbito del control previo de concentraciones empresariales, que esencialmente no implica un proceso sancionador sino autoritativo, la Secretaría-Dirección ejerza como *secretaría instructora y relatora* en el proceso

administrativo dirigido a evaluar la solicitud de autorización previa de concentraciones empresariales.

“Artículo 13. Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

13.1 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia es el órgano técnico con competencias para realizar las acciones de ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de control previo o, en su caso, sobre las acciones preliminares de investigación que puedan dar lugar al inicio de un procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a lo previsto en la presente ley y de conformidad con las atribuciones recogidas por el Decreto Legislativo 1033, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - INDECOPI, y el Decreto Legislativo 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. (...).”

Nótese que el numeral citado establece para la Secretaría-Dirección las funciones de “ordenación, instrucción e investigación sobre las operaciones de concentración empresarial sometidas al procedimiento de control previo”, en apoyo de la Comisión como autoridad decisora.

En relación con esta función de *secretaría instructora y relatora* no se predica ni se aplica la separación de funciones ni las exigencias de imparcialidad que hemos analizado detenidamente en relación la función decisora de la Comisión en el *control de conductas*. Ello debido a que el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales no se viabiliza a través de un procedimiento administrativo sancionador que exija un modelo acusatorio. En estos casos relacionados con el *control de estructuras*, la Secretaría-Dirección no ejerce el rol de *fiscal administrativo*, salvo que un administrado haya incumplido una obligación que le corresponda en aplicación de la LCCE y de ello se derive el inicio de un procedimiento administrativo sancionador, en cuyo caso corresponderá a la Secretaría-Dirección retomar tal rol en un procedimiento distinto al de control previo.

3.3.4.3. Designación de los funcionarios

En relación con la designación de los funcionarios públicos que conforman las autoridades de defensa de la competencia que cumplen con la función del *control de estructuras*, dado que son los mismos órganos del Indecopi que cumplen la función del *control de conductas*, reiteramos que, sin concurso público de méritos reglado: i) los miembros de la Comisión, en número de 4, son designados por el Consejo Directivo del Indecopi; y, ii) los miembros del Tribunal del Indecopi, en número de 5 por cada Sala, a propuesta de este Consejo, son designados por el Presidente de la República, mediante Resolución Suprema, refrendada por el Presidente del Consejo de Ministros.

En ambos casos la designación se realizada por un periodo fijo de cinco (5) años, que puede ser revocada por falta grave, y, en la mayoría de casos, estos funcionarios desempeñan sus funciones a tiempo parcial, reuniéndose en sesiones periódicas para conocer los casos y tomar las decisiones que deben resolver en la instancia administrativa que corresponde a cada uno⁴⁸².

Por su parte, igualmente sin concurso público de méritos reglado, dicho Consejo designa al titular de la Secretaría-Dirección, que ejerce en este caso como *secretaría instructora y relatora* en el proceso administrativo dirigido a evaluar la solicitud de autorización previa de concentraciones empresariales⁴⁸³.

3.3.5. Principales atribuciones de la autoridad de defensa de la competencia y aspectos del proceso administrativo nacional

Como se ha explicado previamente, la autoridad de defensa de la competencia en los mercados correspondientes a todos los sectores de actividad económica en la

⁴⁸² Cfr. Artículos 13 y 22 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033

⁴⁸³ Respecto de la designación de miembros del Tribunal, de Comisión y Secretarios Técnicos, la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033 señala:

Artículo 5.- Funciones del Consejo Directivo.-

Son funciones del Consejo Directivo:

a) Designar a los miembros del Órgano Consultivo (...);

(...)

c) Proponer a la Presidencia del Consejo de Ministros la designación de los Vocales de las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, tomando en cuenta la opinión del Órgano Consultivo.

d) Designar a los miembros de las Comisiones de las áreas de competencia y de propiedad intelectual, a los Directores de la Propiedad Intelectual y a los Secretarios Técnicos. Para la designación o remoción de los miembros de las Comisiones de las áreas de competencia y de propiedad intelectual tomará en cuenta la opinión del Órgano Consultivo"

jurisdicción peruana es la Comisión de Defensa de la Competencia del Indecopi en primera instancia administrativa y el Tribunal del Indecopi en la segunda. A continuación, desarrollaremos los elementos más relevantes del proceso administrativo que se desarrolla ante el Indecopi para efectuar el *control de estructuras*.

3.3.5.1. Inicio y naturaleza del proceso

El proceso administrativo que define la LCCE para el control previo de operaciones de concentración empresarial es un procedimiento de evaluación previa, cuyo diseño legal prevé la aplicación del *silencio administrativo positivo*⁴⁸⁴, así como dos instancias administrativas al interior del Indecopi.

Su relevancia radica en que, si una operación de concentración empresarial se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la LCCE, la autorización para su realización necesariamente deberá ser solicitada antes de su ejecución ante la autoridad de defensa de la competencia. La LCCE prevé que los actos de ejecución de una operación de concentración serán nulos de no solicitarse o no lograrse tal autorización.

A) Solicitantes legitimados

Cuando se trate de una fusión entre dos agentes económicos o una adquisición por dos o más agentes económicos, la solicitud se debe presentar de manera conjunta por los agentes intervinientes. En los demás casos, la solicitud se presenta por el agente

⁴⁸⁴ Al respecto, la LCEE:

“Artículo 10. Efectos de las concentraciones empresariales sujetas a solicitud de autorización

10.1 Una operación de concentración empresarial que deba ser sometida al procedimiento de control previo conforme a lo dispuesto por el numeral 6.1 del artículo 6 no surte efecto jurídico alguno antes de la aplicación del silencio administrativo positivo o hasta que la autoridad la haya autorizado expresamente.

(...)”.

Especifica el Reglamento de la LCEE:

“Artículo 10. Procedimiento administrativo de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial

(...)

10.5 El procedimiento de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial es de evaluación previa sujeto a silencio administrativo positivo, con vigencia indeterminada. (...)”.

económico que adquiere el control. La solicitud de autorización debe dirigirse a la Comisión antes del cierre formal de la operación y/o de su ejecución⁴⁸⁵.

B) Tipos de solicitud

La solicitud ordinaria debe incluir, además de la información básica sobre el solicitante y su representación⁴⁸⁶, en principio, la información que exige el *formulario ordinario*, que comprende lo siguiente, entre otros, en relación con la operación de concentración: i) descripción y objetivo de la operación de concentración (incluyendo el tipo de transacción, el valor total involucrado, el cronograma de la operación, los motivos de la operación, la copia de la versión definitiva o más reciente del contrato o acuerdo sobre la operación de concentración, y copia de actas o sesiones de directorio o informes que hayan sido elaborados con motivo de la operación, así como la descripción de la estructura de propiedad y del control de los agentes económicos que intervienen en la operación y sus respectivos grupos económicos); ii) la identificación de otros agentes económicos que operen en el país con los cuales mantienen vínculos de parentesco, gestión o propiedad; iii) la identificación, descripción y sustento documental de los mercados en los que los agentes involucrados desarrollan sus actividades; iv) la descripción detallada de las eficiencias vinculadas a la operación; v) la identificación de otros países en donde se esté notificando o por notificar la operación; y, vi) la copia de los estados financieros del ejercicio fiscal anterior de los agentes involucrados en la operación⁴⁸⁷.

Sin embargo, en el caso de operaciones de concentración que representarían un riesgo menor de restricción significativa de la competencia, debido a que no implican una transferencia o cambio en el control con efecto horizontal o con efecto vertical; o, debido a que generen que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto, el Reglamento de la LCCE prevé que el solicitante pueda presentar una solicitud simplificada, acompañada

⁴⁸⁵ Cfr. Artículo 18 de la LCCE.

⁴⁸⁶ Cfr. Artículo 9 del Reglamento de la LCCE y artículo 124 de la LRCA.

⁴⁸⁷ Cfr. Numeral 9.1 del Reglamento de la LCCE

de información requerida en un *formulario simplificado*⁴⁸⁸. Bajo este tipo de solicitud, no es necesario identificar los mercados involucrados en la transacción, sino solo las actividades que realizan los agentes económicos involucrados en la operación, ni es necesario detallar las eficiencias asociadas a la operación.

Este trámite simplificado podría, sin embargo, transitar al trámite de una solicitud ordinaria cuando la Secretaría-Dirección considere que “es necesaria la información adicional para una adecuada investigación de los posibles riesgos para la competencia derivados de la operación de concentración empresarial”⁴⁸⁹.

C) Consultas

Antes de formular su solicitud de autorización, los interesados podrán realizar consultas de manera individual o conjunta a la Secretaría-Dirección, con el fin de precisar si su operación se encuentra dentro del alcance del control previo que impone la LCCE. Sin embargo, esta ley indica que la orientación de dicho órgano instructor y relator no se considera vinculante para la Comisión en relación con las decisiones que deba tomar⁴⁹⁰.

D) Otros participantes en el proceso

La LCEE reconoce que es posible que terceros con interés legítimo, apersonados oportunamente⁴⁹¹, puedan incorporarse al proceso de evaluación previa y, junto con las partes involucradas en la operación de concentración empresarial, “tienen derecho

⁴⁸⁸ El Reglamento de la LCCE prevé:

“Artículo 10. Procedimiento administrativo de solicitud simplificada de autorización de operación de concentración empresarial

10.1 Los agentes económicos pueden presentar la solicitud simplificada de autorización de la operación de concentración empresarial cuando se cumpla alguno de los siguientes supuestos:

a) Cuando los agentes económicos que intervienen en la operación de concentración empresarial o sus respectivos grupos económicos no realicen actividades económicas en el mismo mercado de producto y en el mismo mercado geográfico; o, no participen en la misma cadena productiva o de valor.

b) Cuando la operación de concentración empresarial genere que un agente económico adquiera el control exclusivo de otro agente económico sobre el cual ya tiene el control conjunto.

(...).”

⁴⁸⁹ Cfr. Numeral 10.3 del Reglamento de la LCCE.

⁴⁹⁰ Cfr. Artículo 17 de la LCCE.

⁴⁹¹ El Reglamento de la LCCE determina como plazo y consecuencias:

a conocer el estado de tramitación del expediente, acceder a este y obtener copia de los actuados, siempre que la Comisión no hubiera aprobado su reserva por constituir información confidencial”⁴⁹². Asimismo, tales terceros gozan de la “posibilidad de presentar a la Comisión información relevante sobre la operación de concentración empresarial”⁴⁹³.

3.3.5.2. Atribuciones de los órganos y principio de independencia

A) Secretaría- Dirección: *secretaría instructora y relatora*

La LCCE establece diversas funciones para este órgano, con relevancia en su participación en el *control de estructuras*, entre ellas destacamos las más relevantes:

“Artículo 13. Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia

(...)

13.2 Son atribuciones de la Secretaría Técnica las siguientes:

- a. Efectuar indagaciones e investigaciones preliminares.
 - b. Instruir el procedimiento, realizando investigaciones y actuando medios probatorios (...).
 - c. Iniciar de oficio o a pedido de la parte interesada el procedimiento de investigación y sanción de infracciones de la presente ley.
- (...)”.

Como se aprecia, la Secretaría-Dirección se encuentra facultada para desarrollar indagación e investigaciones preliminares, en su condición de *secretaría instructora y relatora* a efectos de lo cual cuenta con las siguientes atribuciones generales que otorga a las secretarías la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto

“Artículo 6. Terceros

(...)

6.2. El plazo para solicitar el apersonamiento al procedimiento de evaluación previa de operaciones de concentración empresarial es de diez (10) días hábiles contados desde el día siguiente de la publicación señalada en el numeral 21.7 del artículo 21 de la Ley N° 31112.

(...)

6.4. Los agentes del sector privado que no hayan solicitado el apersonamiento al procedimiento y las entidades públicas solo pueden remitir opinión sobre la operación de concentración empresarial cuando la autoridad de competencia se lo requiera o cuando deseen formularla en virtud de la publicación señalada en el numeral 21.7 de la Ley N° 31112.”

⁴⁹² Cfr. Numeral 20.2 del artículo 20 de la LCCE.

⁴⁹³ Cfr. Numeral 6.1 del artículo 6 del Reglamento de la LCCE.

Legislativo 1033 y su reglamentación, entre otras normas generales, así como la LRCA.

En el procedimiento de control previo de concentraciones empresariales la Secretaría-Dirección es el órgano de apoyo de la Comisión, de modo que debe realizar las actuaciones materiales necesarias para que se cumpla con la carga de la prueba que corresponde a este órgano decisor. En consideración de ello es que por ejercer las atribuciones que la LRCA le confiere, pero para cumplir con sus funciones de *secretaría instructora y relatora* en aplicación de la LCCE. En consecuencia, cuando la Secretaría-Dirección instruya este procedimiento de control previo, investigue y actúe medios probatorios, y para ello decida exigir a las personas naturales o jurídicas la exhibición de documentos, citar e interrogar a personas o a sus representantes, o realizar inspecciones, entre otros, debe tener cuenta la debida proporción entre los medios y los fines de su labor de apoyo en el marco del control de estructuras. Ello considerando que el ejercicio material de tales atribuciones en un procedimiento autoritativo como el que prevé la LCCE no puede ser de intensidad equivalente a su ejercicio en el marco de un procedimiento sancionador como el que prevé la LRCA.

Asimismo, esta Secretaría-Dirección tiene las atribuciones para constituirse como una parte acusadora en el proceso administrativo sancionador cuando un administrado haya incumplido una obligación que le corresponda en aplicación de la LCCE. En este caso, resultará para este órgano todo aquello que hemos referido como su correspondiente rol de *fiscal administrativo*.

Sin embargo, debemos anotar que el Consejo Directivo del Indecopi debió optar por ejercer la atribución que su Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033 le confiere para “[c]rear Secretarías Técnicas adicionales o desactivarlas (...) conforme lo justifique el aumento o disminución de la carga procesal”⁴⁹⁴. En nuestra opinión, la función de apoyo a la Comisión como órgano decisor de primera instancia en el control previo de operaciones de concentración empresarial hubiera ameritado que fuera creada una nueva Secretaría Técnica con estas funciones específica. Ello hubiera permitido tener a un órgano con funciones

⁴⁹⁴ Cfr. Literal i del artículo 5 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033.

específicas de *secretaría instructora y relatora* dedicada por entero al *control de estructuras*, de modo que la actual Secretaría-Dirección (que también es una Secretaría Técnica que ha recibido el cambio de denominación por Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia) se dedicara únicamente en el *control de conductas*. Aún el Consejo Directivo del Indecopi puede utilizar la atribución señalada, lo cual sería de utilidad, pues haría concreto el principio de especialidad y el principio de distribución del poder público que impide que los funcionarios a cargo de relevantes funciones acumulen poder excesivo.

B) Comisión de Defensa de la Libre Competencia

La LCCE establece las funciones de este órgano decisor de primera instancia administrativa en el proceso de *control de estructuras*:

“Artículo 12. Comisión de Defensa de la Libre Competencia

(...)

12.2 Para efectos de la presente ley, son atribuciones de la Comisión las siguientes:

a. Autorizar, establecer condiciones o denegar actos de concentración empresarial.

b. Dictar órdenes o mandatos respecto de los actos de concentración empresarial.

(...)

d. En el caso de operaciones de concentración empresarial que involucren a empresas que operen en mercados de competencia de los organismos reguladores, solicitar a estos un informe no vinculante sobre el nivel de concentración de su respectivo mercado, incluyendo la opinión técnica sobre los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de la evaluación.

(...).”

Esta Comisión asume funciones determinantes en el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial, pues, como se ha indicado previamente, determina si tales operaciones producen una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados y, a partir de ello, decide si se autoriza la operación sin condiciones, si autoriza la operación con condiciones que mitiguen dicha restricción o si no se autoriza la operación por considerar que ninguna condición es capaz de asegurar la mitigación deseada.

Cuando la operación de concentración empresarial se encuentra relacionada con empresas que actúan en los mercados bajo competencia administrativa de los organismos reguladores, que son el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería – Osinergmin, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – Osiptel, el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público – Ositran y la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento – Sunass, la Comisión puede solicitar y dichos organismos se encuentran en la obligación de elaborar “un informe no vinculante sobre el nivel de concentración del mercado de su competencia, incluyendo la correspondiente opinión técnica sobre los posibles efectos en el mercado que pudieran derivarse de la operación de concentración objeto de la evaluación”⁴⁹⁵. Esta atribución de la Comisión y la correspondiente obligación de emisión de un informe de esta naturaleza es extensiva a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones – SBS y a la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV, correspondientemente⁴⁹⁶. Estos informes permitirán a la Comisión, junto con otros elementos probatorios, determinar si tales operaciones producen una restricción significativa de la competencia en los mercados involucrados o no.

En nuestra opinión, la función de control previo de operaciones de concentración empresarial hubiera ameritado que la LCCE creara una nueva Comisión distinta a la Comisión de Libre Competencia, de modo que esta última mantuviera sus funciones decisoras en el ámbito del *control de conductas*, en aplicación de la LRCA, mientras que la nueva Comisión se dedicara únicamente en el *control de estructuras*. Ello, como indicamos previamente, en concreción del principio de especialidad y el principio de distribución del poder público.

C) Preservación de funciones frente a la influencia política

Los principios especiales que la LCCE enuncia como fundamentos de la tramitación del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial y su aplicación, son aspectos determinantes en relación con la integridad que debe

⁴⁹⁵ Cfr. Numeral 16.1 del artículo 16 de la LCCE.

⁴⁹⁶ Cfr. Numeral 16.5 del artículo 16 de la LCCE.

corresponder a la función pública dirigida realizar dicho control. Ello considerando que este, bajo una utilización exorbitante o arbitraria, es capaz de afectar la actividad empresarial y el clima de inversiones en la jurisdicción peruana.

Entre estos principios, se encuentran el *principio de proporcionalidad*, que exige que las condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer o alguna otra restricción de un derecho relacionado con la operación de concentración, mantengan estricta necesidad y proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que se requiera proteger; y, el *principio de confidencialidad*, que obliga a la Dirección-Secretaría, la Comisión y al Tribunal del Indecopi, así como a todos sus servidores y funcionarios, a guardar reserva y a resguardar la información, así como los secretos empresariales, correspondiente al procedimiento de control previo, los que deberán recibir un tratamiento confidencial⁴⁹⁷, extendiéndose esta exigencia naturalmente a los órganos judiciales que puedan conocer del procedimiento.

Sin embargo, nos merece especial atención y relevancia el siguiente principio especial, considerando que el Indecopi aun no posee autonomía a nivel constitucional⁴⁹⁸ y que los funcionarios que conforman sus órganos decisorios no son designados como consecuencia de un concurso público de méritos:

“Artículo 4. Principios del procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial
(...)
2. Principio de transparencia e independencia: Los órganos competentes actúan en el desarrollo del procedimiento de control previo de manera transparente y con absoluta imparcialidad política, económica o de cualquier otra índole, demostrando independencia respecto de sus apreciaciones personales, o de influencias de intereses económicos o políticos. Las entidades o autoridades, funcionarios o servidores públicos o terceros están prohibidos de oponerse, interferir o dificultar el ejercicio de las funciones y atribuciones conferidas por el de la presente ley a los órganos competentes.
(...)”.

⁴⁹⁷ Cfr. Artículo 4 de la LCCE.

⁴⁹⁸ “(...) las funciones que ejerce el Indecopi generan la necesidad de evitar el nivel de influencia (tutelas) que tiene actualmente el gobierno sobre su organización, (...) las funciones del Indecopi tienen reconocimiento constitucional inmediato (...). (Velásquez, 2021, p. 112).

La aplicación de este principio de independencia resulta de la mayor importancia, considerando que el *control de estructuras* en la jurisdicción peruana tiene menos de un año de vigencia y requiere gozar de credibilidad técnica. De otro lado, si bien la vía natural para cuestionar la decisión final de los órganos decisores del Indecopi, luego de concluida la segunda instancia administrativa, es el proceso contencioso administrativo, siempre será procedente una demanda constitucional de Acción de Amparo en caso se hayan afectado derechos constitucionales, incluso si no se ha agotado la vía administrativa o si, habiéndose agotado, el proceso contencioso administrativo no resulta idóneo para la tutela urgente de tales derechos⁴⁹⁹. Y ello no puede ser interpretado ni considerado como una interferencia en las funciones de las autoridades de defensa de la competencia.

D) El Tribunal del Indecopi

La LCCE establece las funciones de este órgano decisor de segunda instancia administrativa en el proceso de control de conductas, que se encuentra a cargo de revisar en última instancia administrativa los actos impugnables emitidos en primera instancia. La posibilidad de recurrir en apelación ante el Tribunal del Indecopi, que debe pronunciarse en un plazo máximo de (noventa) 90 días hábiles, es también una de las garantías del esquema procedimental de la LCCE. Esta función de segunda instancia revisora es ejercida por una Sala especializada del Tribunal del Indecopi, conformada por cinco (5) miembros⁵⁰⁰.

3.3.5.3 Las fases del procedimiento

Una vez que la solicitud de autorización de la operación de concentración empresarial ha cumplido con los requisitos exigidos para su presentación, el procedimiento de

⁴⁹⁹ La LCCE establece:

“DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. Prohibición de interferencia en el ejercicio de las funciones

Las decisiones de los funcionarios a cargo de la resolución de los procedimientos de autorización previa se discuten únicamente a través del recurso de apelación ante el Tribunal del INDECOPI o en la vía del proceso contencioso-administrativo en vía judicial, según corresponda, no siendo procedente para ello la interposición de demandas civiles o denuncias penales.”

⁵⁰⁰ Cfr. Artículos 14 y 26 de la LCCE.

evaluación previa puede presentar una o dos fases, dependiendo de los efectos que pueda producir la operación en los mercados involucrados, a juicio de la autoridad:

- i) *Primera fase:* en el plazo de treinta (30) días hábiles, desde la admisión a trámite, la Comisión puede resolver que la concentración empresarial no está comprendida en el ámbito de aplicación de la LCCE, finalizando así el procedimiento.

En el mismo plazo, la Comisión puede decidir que el acto de concentración “no genera serias preocupaciones en cuanto a ocasionar efectos restrictivos significativos de la competencia en el mercado”, autorizando, en consecuencia, la concentración empresarial sin condición alguna⁵⁰¹.

- ii) *Segunda fase:* si en el trámite de la primera fase, la Comisión considera que la operación de concentración empresarial se encuentra bajo el ámbito de aplicación de la LCCE y que presenta serias preocupaciones en cuanto a que podría generar efectos restrictivos de la competencia en el mercado, lo declara mediante resolución, comunicando los riesgos identificados a las partes interesadas. Así, da inicio esta segunda fase del procedimiento, que implica una evaluación más detallada por parte de la autoridad, que podrá tener una duración de hasta noventa (90) días hábiles, prorrogables por treinta (30) días hábiles.

Al iniciarse esta segunda fase de evaluación, la Comisión debe publicar un breve resumen de la decisión que este inicio, de manera que los terceros con interés legítimo puedan apersonarse al procedimiento y presentar información relevante. La autoridad se encuentra facultada para solicitar información a cualquier otra entidad de la administración pública⁵⁰².

3.3.5.4. Los compromisos y las condiciones

⁵⁰¹ Cfr. Numeral 21.5 de la LCCE.

⁵⁰² Cfr. Números 21.6 y 21.7 de la LCCE.

Si las partes son conscientes de que la operación de concentración, que notifican para evaluación previa, presenta riesgos de restricción significativa de la competencia, pueden ofrecer compromisos a la Comisión para implementar ciertas condiciones (conductuales o estructurales) en caso la operación sea autorizada con el fin de mitigar los riesgos identificados.

Estos compromisos pueden presentarse junto con la misma solicitud o dentro de los primeros quince (15) o cuarenta (40) días hábiles en la primera fase o la segunda fase, respectivamente⁵⁰³. La presentación de compromisos genera la suspensión del procedimiento por un plazo de quince (15) días hábiles, prorrogables de común acuerdo entre los solicitantes y la Comisión, periodo en el cual esta podrá consultar a otros agentes del sector privado o entidades públicas su opinión sobre la propuesta de compromisos planteada, pudiéndose llevar a cabo una audiencia de informe oral en la que solo podrán participar los solicitantes y entidades públicas⁵⁰⁴.

Transcurridos dichos plazos, la Comisión podrá emitir: i) una resolución de carácter inimpugnable rechazando las condiciones propuestas⁵⁰⁵; o, ii) una resolución provisional que debe ser notificada a las partes, a los agentes consultados y a otros que tal Comisión considere de interés para que puedan emitir su opinión⁵⁰⁶. Si los compromisos son rechazados, el procedimiento continúa su cauce normal y, si son aprobados, se autoriza con condiciones la operación de concentración y se da por

⁵⁰³ La LCCE establece:

Artículo 8. Compromisos propuestos por los agentes económicos durante el procedimiento de control previo de operaciones de concentración empresarial
(...)

8.2 Los compromisos propuestos por los agentes económicos pueden ser comunicados por el órgano competente a terceros, en la medida en que ello resulte necesario para su evaluación, de conformidad con la finalidad de la presente ley.

8.3 Si el órgano competente determina que los compromisos propuestos evitan o mitigan los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial objeto de análisis, autoriza la operación sujeta a dichos compromisos y da por concluido el procedimiento de control previo.

8.4 El procedimiento de control previo se suspende hasta que la autoridad se pronuncie sobre la propuesta presentada por los agentes económicos, hasta por un plazo de quince (15) días hábiles en la respectiva fase. De común acuerdo, el órgano competente y los agentes económicos pueden suspender adicionalmente el procedimiento de control previo por un plazo de quince (15) y treinta (30) días hábiles en la primera y segunda fase respectivamente.
(...).”

⁵⁰⁴ Cfr. Artículos 11 a 15 del Reglamento de la LCCE.

⁵⁰⁵ Cfr. Numeral 16.2 del Reglamento de la LCCE.

⁵⁰⁶ Cfr. Numeral 16.3 del Reglamento de la LCCE.

concluido el procedimiento. El trámite de la segunda fase del procedimiento puede permitir que se emita una autorización también con condiciones adicionales impuestas por la propia Comisión.

Debe tenerse en cuenta que las condiciones a las que se sujete la autorización de una operación, sea que hayan sido compromisos propuestos por las partes o sea que hayan sido condiciones impuestas por la Comisión, tienen un periodo de vigencia. Luego que se produzca su cumplimiento, la Comisión analizará si es necesario mantenerlas, dejarlas sin efecto o modificarlas. Durante dicho periodo, incluso, la Comisión puede revisar de oficio las medidas y las partes también pueden solicitar tal revisión si se aportan elementos de juicio que acrediten variaciones relevantes en las condiciones del mercado o de la competencia⁵⁰⁷.

3.3.5.5. El estándar probatorio aplicable al control de estructuras

Como contribución para realizar el *control de estructuras* que establece la LCCE, esta establece una distribución de cargas probatorias que alimenten el análisis de la autoridad de defensa de la competencia:

“Artículo 7. Análisis de la operación de concentración empresarial
(...)

7.6 La carga de la prueba respecto del impacto anticompetitivo de la operación de concentración empresarial corresponde a la autoridad competente. La carga para probar la naturaleza, magnitud y

⁵⁰⁷ La LCCE establece al respecto:

“Artículo 9. Revisión de condiciones

9.1 Cuando la autorización de una operación de concentración empresarial se sujete al cumplimiento de una condición de conducta, la autoridad establece un plazo para su revisión.

Luego de dicho plazo, la autoridad determina si resulta pertinente mantenerla, dejarla sin efecto o modificarla. Si decide mantenerla o modificarla, establece un nuevo plazo para su revisión.

9.2 Asimismo, durante dicho plazo, en caso de que se constate una variación en las condiciones de competencia, la autoridad puede revisar de oficio la condición impuesta a los agentes económicos con el objeto de determinar si resulta necesario o no mantener tal condición o modificarla, verificando que no se generen perjuicios a terceros.

9.3 En cualquier momento, los agentes económicos pueden solicitar a la autoridad que deje sin efecto o modifique la condición de conducta establecida al autorizar la operación de concentración empresarial. Para ello, presentan elementos de juicio que demuestren que se ha producido una variación en las condiciones de competencia que justifican su solicitud. Los requisitos para presentar esta solicitud y su trámite se sujetan al reglamento de la presente ley.

9.4 La modificación de una condición de conducta efectuada por la autoridad, de oficio o a solicitud de los agentes económicos involucrados, se efectúa de acuerdo con las disposiciones establecidas en el reglamento de la presente ley.”

probabilidad de las eficiencias económicas corresponde a los agentes económicos involucrados en la operación de concentración.

7.7 La sola creación o fortalecimiento de la posición de dominio no constituye una prohibición de la operación de concentración empresarial, siendo necesario evaluar los efectos restrictivos de la competencia en los mercados en los que participa el agente económico, como comprador o como proveedor de bienes y servicios, sin perjuicio de lo dispuesto por el numeral 7.6 del presente artículo.
(...).”

Así, para que la autoridad cumpla con su carga y acredite que una operación de concentración empresarial podría generar efectos restrictivos de la competencia o “impacto anticompetitivo” en el mercado, debe observar el cumplimiento *principio de verdad material*, previsto en la LPAG⁵⁰⁸ y utilizar un alto estándar probatorio. Ello debido a que sus funciones, en el marco de un *control de estructuras*, ejecutando el control previo de operaciones de concentración empresarial, son capaces de limitar excepcionalmente el principio y derecho de libertad de empresa y de libertad contractual, así como el principio y derecho a la propiedad. Por ello, la autoridad debe ser muy cuidadosa y no estimar o presumir efectos restrictivos de la competencia o “impactos anticompetitivos”, sino que debe probarlos. La limitación que impone un *control de estructuras* sobre principios y derechos, como mecanismo de intervención del poder público, es tolerable únicamente cuando se evidencia una comprobada necesidad de hacerlo en beneficio del interés general, y siempre guardando idoneidad y proporcionalidad en las medidas limitativas de la libertad que corresponde a ciudadanos y empresa, como sujetos de derecho.

Si bien, no resulta posible aplicar un estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*), que es propio de la acreditación de un hecho pasado o conducta realizada. En el caso del control previo de operaciones de

⁵⁰⁸ “Artículo IV Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:
(...)

1.11. Principio de verdad material.- En el procedimiento, la autoridad administrativa competente deberá verificar plenamente los hechos que sirven de motivo a sus decisiones, para lo cual deberá adoptar todas las medidas probatorias necesarias autorizadas por la ley, aun cuando no hayan sido propuestas por los administrados o hayan acordado eximirse de ellas.

En el caso de procedimientos trilaterales la autoridad administrativa estará facultada a verificar por todos los medios disponibles la verdad de los hechos que le son propuestos por las partes, sin que ello signifique una sustitución del deber probatorio que corresponde a estas. Sin embargo, la autoridad administrativa estará obligada a ejercer dicha facultad cuando su pronunciamiento pudiera involucrar también al interés público.”

concentración empresarial, se realiza un análisis prospectivo, donde se requiere probar con alto estándar la ocurrencia de efectos en el futuro sobre los cuales, naturalmente, no se tiene certeza. En consecuencia, se entiende que:

“En el caso de los actos restrictivos de derechos, la Administración no puede actuar sobre la base de hechos aparentes o presuntos, sino que ha de probarlos. A este respecto, resulta expresivo que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) exija también los más altos estándares probatorios incluso en el caso de las concentraciones empresariales.

(...)

Así, en el asunto Hutchinson / O2, el TJUE ha anulado la decisión de la Comisión Europea de no autorizar una operación de concentración, por no haber probado de manera suficiente los efectos anticompetitivos que cabría esperar de la conducta anticompetitiva. A este respecto, razona el Tribunal que la existencia de un obstáculo significativo para la competencia “se deduce de un abanico de pruebas e indicios, y que se basa en diferentes teorías del perjuicio, la Comisión está obligada a aportar pruebas suficientes que demuestren con una probabilidad seria la existencia de obstáculos significativos derivados de la concentración. Así pues, la exigencia probatoria aplicable en este caso es, por consiguiente, más estricta que la exigencia relativa al supuesto de que un obstáculo significativo para la competencia efectiva sea «más probable que improbable», con base en una «ponderación de las probabilidades», como sostiene la Comisión” (Laguna de Paz, 2021, p. 5).

Debe remarcarse que nuestra consideración sobre la exigencia de un alto estándar probatorio exigible a la autoridad en el desarrollo de su análisis en el control previo de operaciones de concentración empresarial es concordante con el *principio de proporcionalidad* que remarca la LCCE, en adición de los principios previstos en la LPAG, y que exige que “[l]as decisiones de los órganos competentes, cuando establezcan condiciones, obligaciones de hacer o de no hacer (...) o alguna otra medida de restricción de un derecho relativo a la operación de concentración, guardan conformidad con los límites de la facultad atribuida por ley manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba proteger a fin de que respondan a lo estrictamente necesario”. Así, para que las restricciones que impone el control previo indicado sean necesarias, los efectos restrictivos de la competencia o “impactos anticompetitivos” deben encontrarse probados por la autoridad con un alto estándar.

3.3.5.6. Las medidas correctivas

La LCCE prevé que, como medida correctiva, la Comisión puede ordenar la desconcentración de empresas (mediante la disolución de la fusión o la enajenación de todas las acciones o activos adquiridos), con el fin de revertir la situación actual hacia una situación anterior a la ejecución de la operación de concentración empresarial. Ello en caso tal operación se haya ejecutado pese a que su autorización no haya sido concedida; o, se haya ejecutado contraviniendo condiciones impuestas para su autorización. Precisa esta ley que “[e]n caso de que no sea posible restablecer la situación previa a la ejecución de la operación de concentración empresarial, la Comisión puede ordenar otras medidas destinadas a evitar o mitigar los posibles efectos que pudieran derivarse de la operación de concentración empresarial”⁵⁰⁹.

3.3.5.7. Las sanciones sobre incumplimientos a la ley

La LCCE establece que las infracciones contra sus disposiciones se sancionan mediante la imposición de multas de acuerdo con los criterios y límites establecidos por la LRCA⁵¹⁰. Como hemos indicado previamente, las sanciones que se aplican a los agentes económicos infractores, personas naturales o jurídicas, tienen dos límites para su determinación:

- i) Los topes de multa indicados expresamente en Unidades Impositivas Tributarias (UIT)⁵¹¹ según la gravedad de la conducta. Así, el tope para infracciones leves es una multa de hasta quinientas (500) UIT y se mantiene el tope para infracciones graves con una multa de hasta mil (1000) UIT, así como la posibilidad de ordenar multas por encima de dicho tope en el caso de infracciones muy graves; y,

⁵⁰⁹ Cfr. Artículo 32 de la LCCE.

⁵¹⁰ Cfr. Artículo 28 de la LCCE.

⁵¹¹ El valor de la Unidad Impositiva Tributaria es actualizado anualmente mediante Decreto Supremo por el Gobierno peruano. Para el año 2021 tiene el valor de 4 400 Soles (moneda peruana), que al cambio equivale a 916 Euros (a un tipo de cambio de 4.8 Soles por Euro); o, a 1100 Dólares de Estados Unidos de Norteamérica (a un tipo de cambio de 4.1 Soles por Dólar).

- ii) Los reguladores individuales de multa indicados como topes sobre las ventas o ingresos brutos del infractor, los que tienen la finalidad de evitar que una multa resulte desproporcionada o de una magnitud tal que sea capaz de eliminar a los agentes económicos del mercado. Así, estos reguladores individuales establecidos por la LRCA se fijan en ocho (8%), diez (10%) y doce (12%) por ciento de las ventas o ingresos brutos del agente infractor en el ejercicio anual previo a la decisión de la autoridad, en el caso de infracciones leves, graves y muy graves, respectivamente⁵¹².

Asimismo, ante una infracción contra la dispuesto por la LCCE se aplican los criterios para determinar la gravedad de una conducta, conforme a lo previsto en el artículo 47 de la LRCA⁵¹³.

3.3.5.8. Las multas coercitivas

Como explicamos previamente, se trata de multas que no tienen finalidad sancionadora y se aplican por incumplimiento de medidas correctivas. Su función es impeler al administrado para que cumpla con un mandato de la autoridad de defensa de la competencia, ordenado en aplicación de la LCCE. Específicamente se prevé que, por el incumplimiento de una medida correctiva, se aplica una multa coercitiva de ciento veinticinco (125) UIT, luego de lo cual, de persistir el incumplimiento, se aplica una nueva multa que duplica sucesivamente el monto de la multa previa, cada vez, sin

⁵¹² Cfr. Artículo 46 de la LRCA.

⁵¹³ La LRCA establece:

“Artículo 47.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- d) La dimensión del mercado afectado;
- e) La cuota de mercado del infractor;
- f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- g) La duración de la restricción de la competencia;
- h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- i) La actuación procesal de la parte.”

exceder dieciséis (16) veces el monto de la multa coercitiva originalmente impuesta, hasta que se produzca el cumplimiento de la medida⁵¹⁴.

3.3.5.9. Participación de otras entidades públicas

Para la realización de una operación de concentración empresarial sometida al control previo, en determinados mercados vinculados a lo bancario, financiero, de seguros o de capitales, será necesario considerar la participación de entidades públicas distintas al Indecopi.

A) Participación de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones – SBS

En relación con el control previo de operaciones de concentración empresarial, que impone la LCCE, se requerirá autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones – SBS para que se pueda ejecutar una operación de agentes económicos (bancos, financieras, cajas, compañías de seguros, etc.) comprendidos en el ámbito de la regulación y supervisión de esta última. Así, cada entidad realiza el control previo que corresponde al ámbito de sus competencias. A esta superintendencia corresponde el control previo de carácter prudencial y de estabilidad financiera de dichos agentes, en aplicación de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros - Ley 26702⁵¹⁵.

Sin embargo, la LCCE tiene una regla especial, que consideramos adecuada, que indica que “[t]ratándose de operaciones de concentración empresarial que incluyan empresas del sistema financiero que captan depósitos del público o empresas de seguros, que presentan riesgos relevantes e inminentes, que comprometan la solidez o estabilidad de las referidas empresas o de los sistemas que integran, solo se requiere el

⁵¹⁴ Cfr. Artículo 33 de la LCCE.

⁵¹⁵ Cfr. Numeral 16.2 del artículo 16 de la LCCE.

control previo de la Superintendencia de Banca, Seguros y administradoras Privadas de Fondos de Pensiones”⁵¹⁶.

B) Participación de la Superintendencia del Mercado de Valores - SMV

En relación con el control previo de operaciones de concentración empresarial, que impone la LCCE, se requerirá autorización tanto del Indecopi como de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV para que se pueda ejecutar una operación de agentes económicos a los cuales esta superintendencia hubiera otorgado autorización de funcionamiento (sociedades agentes de bolsa, sociedades administradoras de fondos mutuos, sociedades administradoras de fondos de inversión, etc.). Cada entidad realiza el control previo que corresponde al ámbito de sus competencias. A esta superintendencia corresponde el control previo de carácter prudencial, en aplicación de la Ley del Mercado de Valores - Decreto Legislativo 861 y del Texto Único Concordado de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores - Decreto Ley 26126⁵¹⁷.

De otro lado, “[t]ratándose de una operación de concentración empresarial (...) que se realice a través de una oferta pública de adquisiciones en el mercado de valores, es requisito previo el pronunciamiento de la entidad competente [Indecopi] para que los agentes económicos puedan iniciar el procedimiento respectivo ante la Superintendencia del Mercado de Valores. Asimismo, obtiene el pronunciamiento previo de la autoridad competente [Indecopi] para realizar la operación de concentración empresarial que origine la obligación de formular una oferta pública de adquisición posterior”⁵¹⁸ (contenido de corchetes añadido).

3.3.5.10. Consideraciones internacionales

⁵¹⁶ Cfr. Numeral 16.4 del artículo 16 de la LCCE.

⁵¹⁷ Cfr. Numeral 16.3 del artículo 16 de la LCCE.

⁵¹⁸ Cfr. Numeral 23.3 del artículo 23 de la LCCE.

Cuando agentes económicos deciden emprender una operación concentración empresarial que implique operaciones y/o efectos en diferentes jurisdicciones, legítimamente estos deben considerar en su estrategia la elección de en cuál jurisdicción iniciar la solicitud de las autorizaciones necesarias para cerrar una transacción y luego en cuáles proseguir. En la elección y el orden sucesivo se debieran privilegiar las jurisdicciones clave para la operación y las que estén en posición de marcar una pauta adecuada en la evaluación antitrust.

En relaciones con las consideraciones de la autoridad de defensa de la competencia, en observancia de las recomendaciones del Consejo de la OCDE sobre la cooperación internacional en la aplicación de las normas de defensa de la competencia, cuando diferentes autoridades de competencia investigan hechos capaces de afectar a más de una jurisdicción, relacionados con concentraciones empresariales, se recomiendan altos estándares de cooperación y coordinación para el impulso de los correspondientes procedimientos (OCDE, 2014b), lo cual podría evitar decisiones contradictorias capaces de afectar inconvenientemente este tipo de operaciones a escala mundial o regional. Ello considerando que internacionalmente se evidencia “la convergencia de los criterios sustantivos con respecto a los cuales se revisan las concentraciones” (OCDE, 2013b, p. 36), lo que estaría configurando, como se afirmó en el primer capítulo de esta tesis, un sistema internacional que evoluciona progresivamente mediante la retroalimentación mutua.

3.3.6. El ilegal control posterior y la notificación voluntaria

Una de las disposiciones contenidas en la LCCE, que ha generado más consternación, a causa de su reglamentación, es la siguiente, fundamentalmente por su primer y tercer párrafos:

“Artículo 6. Umbral para el control previo de operaciones de concentración empresarial

(...)

6.4 La Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante.

La notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales establecidos en el numeral 6.1.

La aplicación del presente numeral será regulada a través del Reglamento.”

A) El exceso reglamentario

De una lectura detenida, considerando que la Secretaría Técnica (actualmente, denominada Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (en adelante, Secretaría-Dirección)⁵¹⁹ posee la condición de *fiscal administrativo* principal del *control de conductas* peruano, esta disposición legal, en su primer párrafo, parece reiterar su habilitación para actuar en relación con operaciones de concentración empresarial concluidas, que se vieron obligadas a solicitar autorización de la Comisión y fueron autorizadas; o, que no se vieron obligadas a ello, por ejemplo, por no superar los umbrales. En este sentido, la actuación de la Secretaría-Dirección para esta actuación se entendería razonablemente de la siguiente manera:

- i) en el caso que se haya generado una posición de dominio (que no constituye una infracción, pues solo el abuso de tal posición constituye infracción), que realice estudios del mercado, publique informes o desarrolle la abogacía de la competencia, proponiendo desregulación o medidas regulatorias –de ser el caso– en determinado mercado para estimular la competencia, tal como se ha analizado previamente; o,
- ii) en el caso que se afecte la competencia efectiva en un mercado relevante, por causa de una conducta anticompetitiva, que realice una investigación preliminar y, de ser el caso, impute una posible infracción y con ello iniciar un proceso correctivo y sancionador ante la Comisión.

⁵¹⁹ Cfr. Artículo 96 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi - Resolución 063-2021-PRE-INDECOPI.

Así, en observancia del principio de legalidad, que habilita, condiciona y limita la actuación de la administración pública y de toda autoridad, lo antes señalado era lo único válido que se podía especificar mediante reglamento, conforme anunciaba el tercer párrafo del numeral 6.4 de la LCCE.

Sin embargo, excediendo el texto de la LCCE, el Reglamento de esta ley señala que ante “circunstancias especiales”⁵²⁰, la Secretaría-Dirección puede determinar el inicio del procedimiento de revisión de oficio de una operación de concentración empresarial hasta un año (1) año después de su cierre formal; y, si la Comisión “determina que la operación de concentración empresarial podría generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia, dicta las órdenes o medidas que considere pertinentes para eliminarlos o mitigarlos, lo cual incluye, de ser el caso, y de resultar viable, razonable y proporcional, la enajenación de las acciones o activos adquiridos”⁵²¹.

Este es un exceso reglamentario que resulta ilegal debido a que supera el texto de la LCCE; y, resulta inconstitucional debido a que viola el principio fundamental de jerarquía normativa y, de otro lado, afecta injustificada y desproporcionadamente el principio y derecho de libertad de empresa y de libertad contractual, así como el principio y derecho a la propiedad. Este exceso resulta, en nuestra opinión, contrario a las pautas establecidas por la OCDE que recomienda el aseguramiento de normas claras en relación con el control de fusiones y adquisiciones (OCDE, 2005).

A la fecha, el señalado reglamento se encuentra vigente en las disposiciones citadas y otras complementarias que resultan ilegales e inconstitucionales, por lo cual deben ser tenidas en cuenta al definir legítimamente una estrategia para el éxito de una

⁵²⁰ Cfr. Numeral 23.1 del artículo 23 del Reglamento de la LCCE. Asimismo, este artículo determina que:

“23.2 Se consideran circunstancias especiales, los supuestos detallados a continuación, entre otros:

- a) Las operaciones de concentración empresarial horizontal realizadas en mercados concentrados.
- b) Las operaciones de concentración empresarial horizontal que involucren la adquisición de un agente económico con una participación pequeña en el mercado, pero con potencial de crecimiento; o, de un agente económico innovador que recientemente han ingresado al mercado.
- c) Las operaciones de concentración empresarial horizontal, en las que el agente económico adquirente o su grupo económico ha realizado anteriormente operaciones de concentración empresarial que involucraron la adquisición de un competidor.
- d) Otras operaciones de concentración empresarial que tengan la potencialidad de generar posibles efectos restrictivos significativos de la competencia.”

⁵²¹ Cfr. Numeral 24.8 del artículo 24 del Reglamento de la LCCE.

transacción. Debe considerarse que el peligro que se tiene al frente es que una operación que tome relevancia mediática o sea criticada por actores políticos podría motivar que la Secretaría-Dirección decida intervenir, incluso después de la ejecución de la operación que no se sometió a su control, dado que no se encontró bajo el ámbito de aplicación de la LCCE por no superar los umbrales.

Se debe señalar que, a la fecha, un conjunto de ciudadanos ha interpuesto una demanda constitucional de Acción Popular contra las indicadas disposiciones reglamentarias, formulando, entre otros, los siguientes argumentos. Y, considerando que nada en la Ley 31112, que, por cierto, se denomina Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (LCCE) (subrayado añadido) genera atribuciones para un control posterior de operaciones y menos para que la Comisión pueda deshacerlas, ordenando medidas para que se enajenen acciones o activos adquiridos:

“La propia Ley 31112 se denomina: “Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial” y su artículo 1 señala que dicha ley tiene como objetivo establecer un régimen de control previo de operaciones de concentración empresarial para promover la competencia en el mercado. (...)

Por su parte, el artículo 2 de la Ley 31112, dispone que no todas las operaciones de concentración serán objeto de evaluación previa, sino únicamente aquellas operaciones que superen los umbrales previstos en la misma ley (...).

(...)

Así, queda claro que, las operaciones de concentración que no superen tales umbrales no se encontrarán sujetas a una evaluación previa por parte de la autoridad.

(...)

Por tanto, de acuerdo con la Ley 31112, la Comisión y la Secretaría Técnica son las autoridades competentes para resolver e instruir, respectivamente, el procedimiento de evaluación previa, así como imponer órdenes y mandatos, únicamente respecto de las concentraciones empresariales que superen los umbrales previstos en la mencionada ley, mas no, respecto de concentraciones que no superen dichos umbrales.

(...)

Sin embargo, a través del numeral 23.1 y 23.4 del artículo 23 del citado reglamento, la entidad denunciada otorgó al Indecopi (específicamente, a la Secretaría Técnica de la Comisión) la potestad de iniciar la revisión de oficio, y con posterioridad a su cierre, las operaciones de concentración que no superan los umbrales antes mencionados (...).

(...)

Las disposiciones cuestionadas exceden claramente la Ley 31112. Sin embargo, pretende afirmarse que se sustentaría -según el mismo reglamento cuestionado- en el numeral 6.4 del artículo 6 de la Ley 31112, el cual señala que la Secretaría Técnica de la Comisión “*podrá actuar de oficio en los casos en que haya indicios razonables para considerar que la operación de concentración puede generar posición de dominio o afecte la competencia efectiva en el mercado relevante*”. No obstante, dicha disposición legal no contiene una atribución expresa para que la Secretaría Técnica de la Comisión pueda iniciar procedimientos de oficio de control posterior respecto de operaciones de concentración: (i) que no superen el umbral previsto en la Ley 31112; o, (ii) que hayan sido cerradas (revisión ex post); así como (iii) tampoco le otorga facultades a la Comisión para que dicte órdenes y medidas que crea convenientes, respecto de operaciones que no superan el umbral antes aludido y menos en un control posterior que la ley no prevé (...).”

(Subrayado proveniente del texto original y énfasis retirados)

B) La notificación voluntaria

La LCCE establece en el segundo párrafo del numeral 6.4, previamente citado, que “la notificación de la operación será voluntaria para las partes cuando las empresas involucradas no alcancen los umbrales”. Antes de la emisión del Reglamento de la LCCE, ante la pregunta: ¿En qué casos es recomendable solicitar un control previo de operaciones de concentración empresarial? Nuestra respuesta era que esta acción resultaba difícilmente recomendable. Ello pues la notificación voluntaria genera el costo de esperar obligatoriamente la autorización del Indecopi antes de ejecutar la transacción; y, podría generar un riesgo relevante consistente en que el Indecopi podría, incluso en estos casos, no aprobar la fusión o adquisición empresarial; o, eventualmente, condicionarla. Así, desde legalidad, considerando que Indecopi no se encuentra facultado por ley para deshacer o condicionar operaciones que estén por debajo de los umbrales, parece que tal notificación no resulta recomendable.

Sin embargo, con la vigencia de los numerales 23.1 y 23.4 del artículo 23 y del numeral 24.8, literal b, del artículo 24 del Reglamento de la LCCE, que ya señalamos como inconstitucionales, nos encontramos ante un escenario donde este reglamento indirectamente sugiere que los agentes económicos se evalúen una notificación voluntaria o la consulta previa la Secretaría-Dirección. Ello en los casos donde estos agentes deseen llevar a cabo una operación de concentración empresarial que –sin

superar los umbrales establecidos por la ley– puede tomar relevancia mediática o ser criticada por actores políticos o asociaciones de consumidores. Es decir, la notificación voluntaria de operación parece recomendable cuando se trate de una que pudiera motivar la intervención de oficio de la Secretaría-Dirección, incluso después de un (1) año de concluida la transacción. Todo ello considerando en particular que el Indecopi actualmente no goza de los altos estándares de independencia que le otorgaría una autonomía de nivel constitucional, que actualmente no posee.

Precisamente, el Reglamento de la LCCE prevé, en nuestra opinión de experiencia con el fin de promover ello, que “[L]os agentes económicos pueden consultar previamente con la Secretaría Técnica [que es la Secretaría-Dirección, que venimos aludiendo] a fin de determinar si justifica la notificación voluntaria de una operación de concentración empresarial” (contenido de corchetes añadido). En consecuencia, se aprecia un poder material de sugerencia en manos de este órgano administrativo que subsistirá mientras sigan vigentes las ilegales e inconstitucionales disposiciones que prevén un control posterior de operaciones.

3.4. Instituciones complementarias en el ámbito de la política de competencia en la jurisdicción peruana

3.4.1. Legislación complementaria de defensa de la competencia

En la legislación peruana existen diversas disposiciones que presentan normas de defensa de la competencia que complementan los mandatos de la LRCA y la LCCE. Estas suelen encontrarse dentro de normas con rango de ley que son aplicables a mercados o sectores regulados o que presentan especial relevancia. Se encuentran también normas de defensa de la competencia en instrumentos con rango de ley sobre contratación pública y asociaciones público-privadas, lo cual se alinea con lo recomendado por el estándar internacional (OCDE, 2016c).

Cuadro 10
Normas de defensa de la competencia en instrumentos con rango de ley

Dispositivo	Disposiciones	Propósito
Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo	<p style="text-align: center;">Artículo 4.- De los Objetivos</p> <p>Son objetivos del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo los siguientes: En materia de Comercio Exterior:</p> <p style="text-align: center;">(...)</p> <p>2. Obtener las mejores condiciones de <u>acceso y competencia</u> para una adecuada inserción del país en los mercados internacionales.</p>	<p style="text-align: center;">Asegurar el proceso competitivo para empresas nacionales en el extranjero y empresas extranjeras en el país.</p>

<p>Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de Uso Público y Promoción de los Servicios de Transporte Aéreo</p>	<p>Artículo 1.- Objetivos La presente Ley tiene por finalidad propiciar el desarrollo de los servicios de transporte, y la supervisión de la explotación de la infraestructura nacional de transporte de uso público mediante medidas promocionales, <u>en un marco de libre competencia.</u> (...)</p> <p>Artículo 5.- Objetivos OSITRAN tiene los siguientes objetivos:</p> <p>d) <u>Fomentar y preservar la libre competencia</u> en la utilización de la infraestructura pública de transporte por parte de las Entidades Prestadoras, sean éstas concesionarios privados u operadores estatales, en beneficio de los usuarios, en estrecha coordinación con el Instituto de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual, INDECOPI.</p> <p>Artículo 7.- Funciones</p> <p>7.1. Las principales funciones de OSITRAN son las siguientes:</p> <p>b) Operar el sistema tarifario de la infraestructura bajo su ámbito, dentro de los siguientes límites:</p> <p>i. <u>En el caso que no exista competencia en el mercado,</u> fijar las tarifas, peajes y otros cobros similares y establecer reglas claras y precisas para su correcta aplicación, así como para su revisión y modificación, en los casos que corresponda. (...)</p> <p>iii. <u>Cuando exista competencia en el mercado y no existan cláusulas tarifarias, velar por el libre funcionamiento del mercado.</u></p> <p>o) Llevar a cabo las acciones que requiera <u>la promoción de una efectiva y leal competencia</u> entre las Entidades Prestadoras vinculadas a la infraestructura pública nacional de transporte.</p> <p>Primera.- Infraestructura No Comprendida en el Ámbito de OSITRAN No se encuentran comprendidas dentro de los alcances del segundo capítulo de la presente Ley (...) toda actividad en materia de infraestructura de transporte de uso público que sea de competencia municipal de acuerdo con lo dispuesto por su Ley Orgánica, en tanto su explotación <u>se sujete a las reglas de la libre y leal competencia.</u></p>	<p>Asegurar la competencia en la infraestructura de transporte de uso público y, en caso no pueda existir competencia, regular tarifas en función a las normas y principios legales y constitucionales vigentes.</p>
--	---	--

<p>Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en telecomunicaciones - OSIPTEL</p>	<p>Artículo 26.- Régimen de infracciones relacionadas con competencia y sanciones personales</p> <p>26.1 Se exceptúa del artículo anterior las infracciones relacionadas con la <u>libre o legal competencia</u>, a las cuales se aplicarán los montos establecidos por el Decreto Legislativo N° 701, el Decreto Ley N° 26122 y aquellas que las modifiquen o sustituyan. Se aplicarán asimismo los criterios de gradación de sanciones establecidos en dicha legislación.</p> <p>26.2 <u>OSIPTEL podrá sancionar a las personas naturales o jurídicas que no tengan la condición de operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones, por incumplimiento de las normas de libre y leal competencia</u>, en los casos a que se refiere el último párrafo del Artículo 36 de la presente Ley, así como por incumplimiento de las resoluciones emitidas en el procedimiento correspondiente.</p> <p>26.3 Asimismo, serán aplicables los Artículos 20 y 23 del Decreto Legislativo N° 701, modificados por el Decreto Legislativo N° 807, en lo referido a la participación y sanciones a los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas o entidades sancionadas. Estas disposiciones no sólo serán aplicables cuando se trate de infracciones relacionadas con la libre competencia, sino también con la interconexión y con negativas directas o indirectas, para acceder a información.</p>	<p>Actuar como autoridad de competencia en los mercados de telecomunicaciones.</p>
<p>Ley que garantiza la velocidad mínima de conexión a internet y monitoreo de la prestación del servicio de internet a favor de los usuarios</p>	<p>Artículo 2. Objetivos y principios Los objetivos y principios de la presente ley son los siguientes:</p> <p>a) <u>Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones para potenciar al máximo los beneficios para las empresas y los consumidores</u>, principalmente en términos de bajada de los precios, calidad de los servicios e innovación, teniendo debidamente en cuenta la variedad de condiciones en cuanto a la competencia y los consumidores que existen en las distintas áreas geográficas, y velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en la explotación de redes o en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos.</p> <p>f) Promover la inversión eficiente en materia de infraestructuras incluyendo, cuando proceda, la <u>competencia</u> basada en infraestructuras, fomentando la innovación y teniendo debidamente en cuenta los riesgos en que incurren las empresas inversoras</p>	<p>Fomentar y promover la competencia en los mercados de telecomunicaciones (internet) en beneficio de los consumidores (usuarios).</p>

<p>Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones</p>	<p>Artículo 2.- Declárese de interés nacional la modernización y desarrollo de las telecomunicaciones, <u>dentro del marco de libre competencia</u>. Su fomento, administración y control corresponde al Estado de acuerdo a la presente Ley.</p> <p>Artículo 6.- <u>El Estado fomenta la libre competencia en la prestación de los servicios de telecomunicaciones, regula el mercado de forma que se asegure su normal desenvolvimiento, se controle los efectos de situaciones de monopolio, se evite prácticas y acuerdos restrictivos derivados de la posición dominante de una empresa o empresas en el mercado.</u></p> <p>Artículo 11.- La interconexión de los distintos sistemas portadores es obligatoria. Los servicios portadores son prestados por empresas concesionarias que garanticen la libre competencia entre todas las empresas que prestan servicios finales, de difusión y de valor añadido, así como la vigencia del principio de neutralidad.</p> <p>Artículo 14.- Los teleservicios o servicios finales se prestan en régimen de libre competencia, por cualquier persona nacional o extranjera, directamente o en forma asociada.</p>	<p>Establece los fundamentos de la defensa de la competencia en los mercados de telecomunicaciones.</p>
<p>Ley de Concesiones Eléctricas</p>	<p>Artículo 8°.- La Ley establece un régimen de libertad de precios para los suministros que puedan efectuarse <u>en condiciones de competencia</u> y un sistema de precios regulados en aquellos suministros que por su naturaleza lo requieran, reconociendo costos de eficiencia según los criterios contenidos en el Título V de la presente Ley.</p> <p>Artículo 44°.- Las tarifas de transmisión y distribución serán reguladas por la Comisión de Tarifas de Energía independientemente de si éstas corresponden a ventas de electricidad para el servicio público o para aquellos suministros que se efectúen en <u>condiciones de competencia</u>, según lo establezca el Reglamento de la Ley. Para éstos últimos, <u>los precios de generación se obtendrán por acuerdo de partes.</u></p>	<p>Asegurar la existencia de libertad de precios en mercados competitivos en el sector eléctrico.</p>
<p>Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica</p>	<p>Artículo 2°.- Objeto de la Ley La presente Ley tiene por objeto perfeccionar las reglas establecidas en la Ley de Concesiones Eléctricas con la finalidad de:</p> <p>c) Adoptar las medidas necesarias para <u>propiciar la efectiva competencia en el mercado de generación</u>; y</p> <p>Artículo 4°.- La Licitación como medida preventiva para el abastecimiento oportuno de energía eléctrica</p> <p>4.1 El abastecimiento oportuno y eficiente de energía eléctrica para el mercado regulado se asegurará mediante Licitaciones que resulten en contratos de suministro de electricidad de largo plazo con Precios Firmes que serán trasladados a los Usuarios Regulados. El proceso de Licitación será llevado a cabo con la anticipación necesaria para facilitar y promover el desarrollo de nuevas inversiones en generación, aprovechar las economías de escala, <u>promover la competencia por el mercado y asegurar el abastecimiento del mercado regulado.</u></p> <p>Artículo 13°.- Funciones de interés público El COES tiene a</p>	<p>Propiciar y promover la competencia en el mercado de generación en el sector eléctrico.</p>

	<p>su cargo las siguientes funciones de interés público:</p> <p>d) <u>Asegurar condiciones de competencia</u> en el Mercado de Corto Plazo</p>	
Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos	<p>Artículo 4. Principios 4.1 En todas las fases vinculadas al desarrollo de los proyectos regulados en el presente Decreto Legislativo, <u>se aplican los siguientes principios:</u></p> <p>1. Competencia: <u>Los procesos de promoción de la inversión privada promueven la competencia</u> e igualdad de trato entre los postores, <u>y evitan conductas anticompetitivas o colusorias.</u></p>	Promover la competencia en la promoción de la inversión privada mediante Asociaciones Público-Privadas y evitar conductas anticompetitivas.
Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la Gestión y Prestación de los Servicios de Saneamiento	<p>Artículo 69.- Objetivos y principios para la regulación económica</p> <p>69.1. La regulación económica tiene como objetivo garantizar la disponibilidad y gestión eficiente y sostenible de los servicios de saneamiento, así como de los productos y servicios derivados de los sistemas detallados en el artículo 2 de la presente Ley, <u>cuando no se presenten situaciones de competencia.</u></p>	Determinar que la regulación económica (incluida la tarifaria) se reserva únicamente para casos donde no existe competencia en los servicios de saneamiento.
Ley del Sistema Portuario Nacional	<p>Artículo 3.- Lineamientos de la Política Portuaria Nacional (...) Constituyen lineamientos esenciales de la Política Portuaria Nacional:</p> <p>7. La promoción del <u>libre acceso, la leal competencia y libre concurrencia</u> al mercado de los servicios portuarios.</p> <p>Artículo 10.- Administración de Infraestructura Portuaria</p> <p>10.2 (...) [E]l Ministerio de Transportes y Comunicaciones (...) podrá otorgar temporalmente la administración de una infraestructura al sector privado mediante cualquier modalidad o instrumento contractual reconocido en esta Ley; <u>sin uso exclusivo de dicho bien para la prestación de servicios portuarios que se presten en libre competencia</u>, por lo que la explotación económica de dichos bienes no puede impedir el acceso de los usuarios intermedios a la infraestructura portuaria que éstos requieren necesariamente para proveer sus servicios.</p> <p>Artículo 12.- Requisitos mínimos de los contratos y compromisos portuarios Los compromisos contractuales portuarios suscritos con base al Plan Nacional de Desarrollo Portuario, contienen las siguientes disposiciones o cláusulas generales:</p> <p>d) <u>Que prevengan cualquier modalidad de abuso de posición de dominio y/o prácticas restrictivas en actividades y servicios portuarios, que afectan la libre y leal competencia.</u></p> <p>Artículo 13.- Tarifas portuarias</p> <p>13.2 <u>La utilización de los bienes portuarios de uso público, de titularidad pública o privada, cuando se realice en régimen de libre competencia, está sujeta al pago de precios establecidos libremente por sus prestadores.</u></p> <p>Artículo 14.- Mercado de actividades y servicios portuarios</p> <p>14.1 La Autoridad Portuaria Nacional y las Autoridades Portuarias Regionales <u>fomentan y afianzan la libre y leal competencia en la ejecución y prestación de actividades y servicios portuarios.</u></p>	<p>Propiciar, promover y asegurar la competencia en el mercado de generación en los servicios portuarios. Asegurar la existencia de libertad de precios en mercados competitivos en el sector portuario.</p>

	<p>14.3 En el ejercicio de las actividades y los servicios portuarios en los puertos de uso público, los integrantes del sistema portuario nacional observan los siguientes principios:</p> <p>a) <u>Libre competencia</u>: Están prohibidas las prácticas que constituyan abuso de posición de dominio o que sean restrictivas de la libre competencia.</p> <p>Artículo 24.- Atribuciones de la Autoridad Portuaria Nacional (...). Las atribuciones son:</p> <p>j) Establecer las normas técnico-operativas para el desarrollo y la prestación de las actividades y los servicios portuarios acorde con los principios de transparencia y <u>libre competencia</u>.</p>	
<p>Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional</p>	<p>Artículo 2. - El Estado promueve el desarrollo de las actividades de Hidrocarburos sobre la base de la <u>libre competencia</u> y el libre acceso a la actividad económica con la finalidad de lograr el bienestar de la persona humana y el desarrollo nacional.</p>	<p>Promover la competencia en el mercado de hidrocarburos.</p>
<p>Texto Único Ordenado de la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado</p>	<p>Artículo 2. Principios que rigen las contrataciones Las contrataciones del Estado se desarrollan con fundamento en los siguientes principios, sin perjuicio de la aplicación de otros principios generales del derecho público que resulten aplicables al proceso de contratación. Los principios sirven de criterio de interpretación para la aplicación de la presente norma y su reglamento, de integración para solucionar sus vacíos y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones:</p> <p>a) <u>Libertad de concurrencia. Las Entidades promueven el libre acceso y participación de proveedores en los procesos de contratación que realicen, debiendo evitarse exigencias y formalidades costosas e innecesarias. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que limiten o afecten la libre concurrencia de proveedores.</u></p> <p>b) Igualdad de trato. Todos los proveedores deben disponer de las mismas oportunidades para formular sus ofertas, encontrándose prohibida la existencia de privilegios o ventajas y, en consecuencia, el trato discriminatorio manifiesto o encubierto. Este principio exige que no se traten de manera diferente situaciones que son similares y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica siempre que ese trato cuente con una justificación objetiva y razonable, <u>favoreciendo el desarrollo de una competencia efectiva.</u></p> <p>(...)</p> <p>e) <u>Competencia. Los procesos de contratación incluyen disposiciones que permiten establecer condiciones de competencia efectiva y obtener la propuesta más ventajosa para satisfacer el interés público que subyace a la contratación. Se encuentra prohibida la adopción de prácticas que restrinjan o afecten la competencia.</u></p>	<p>Aseguramiento de la competencia en las contrataciones públicas.</p>

Fuente: Leyes y reglamentos citados / subrayado añadido / Elaboración propia.

Como se aprecia en el cuadro precedente, la política y la defensa de la competencia en la jurisdicción peruana procura constituirse como un conjunto armónico e interrelacionado, en beneficio de los consumidores o usuarios.

3.4.2. Eliminación de barreras burocráticas ilegales e irracionales

En el Perú, se encuentra vigente la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas – Decreto Legislativo 1256, cuya finalidad principal es el control y la eliminación de las barreras burocráticas establecidas a través de las regulaciones y actos que aprueban o emiten las entidades de la administración pública, impidiendo, dificultando o encareciendo la actividad empresarial en una economía social de mercado.

Conforme a esta ley, una Comisión, en primera instancia administrativa, y el Tribunal del Indecopi en segunda y definitiva instancia administrativa eliminan las barreras que, son contrarias a una ley (ilegales) o no cuentan con un fundamento razonable (carentes de razonabilidad o irracionales), y que condicionan, restringen u obstaculizan el desarrollo de actividades económicas en los diferentes sectores económicos; o, afectan la tramitación de procedimientos administrativos. Conforme a esta regulación:

- i) *Se produce la inaplicación general de una barrera burocrática ilegal contenida en una disposición*, cuando una barrera burocrática sea declarada ilegal y ha sido impuesta por una disposición (por ejemplo mediante normas con rango administrativo como Decretos Supremos o Directivas, así como mediante ordenanzas municipales y regionales), el Indecopi podrá disponer su inaplicación al caso concreto, no sólo en favor de la empresa denunciante; sino también con efectos generales, en favor de todos los demás agentes económicos que se vean afectados por tal barrera burocrática. Aun cuando la disposición que impone la barrera no se deroga con esta decisión del Indecopi, el efecto práctico puede considerarse equivalente.
- ii) *Se hace concreto el principio de acción preventiva*, que orienta la actividad del Indecopi, en las investigaciones que inicia de oficio. En esta línea

privilegia acciones de prevención y/o coordinación con las entidades que hayan impuesto barreras ilegales y/o carentes de razonabilidad, con el fin de que procedan a su voluntaria (y sobre todo pronta) eliminación. Así se procura aumentar la celeridad en la eliminación de barreras burocráticas; y, a la par, se genera un efecto capacitador sobre la entidad pública investigada y su personal, de modo que, al analizar junto con el Indecopi la legalidad y razonabilidad de determinada disposición o acto, en el futuro podrán evitar imponer indebidamente barreras similares, que afecten el adecuado funcionamiento de los mercados.

- iii) *Se desarrollan medidas de difusión*, ordenando como medida correctiva que las entidades de la administración pública informen a los ciudadanos acerca de las barreras burocráticas que impusieron indebidamente y que fueron declaradas ilegales y/o carentes de razonabilidad. Esta medida correctiva resulta de especial interés por su valioso efecto para que los administrados conozcan las barreras burocráticas cuyo cumplimiento no se les puede exigir para el desarrollo de su actividad empresarial y/o para la tramitación de procedimientos.
- iv) Se hace concreta la *abogacía de la competencia*, pues cuando en la tramitación de estos procedimientos, el Indecopi identifique la existencia de algún requisito, exigencia, limitación, prohibición y/o cobro impuesto por una ley o por una norma con este rango (que por ello no puede eliminar) y que sea capaz de restringir o limitar injustificadamente el desarrollo de una actividad económica, la libertad de empresa y/o la libre iniciativa privada, puede emitir un informe técnico recomendando la eliminación de tal obstáculo legal, que debe ser puesto en conocimiento del Congreso de la República o el Poder Ejecutivo.

3.4.3. Calidad regulatoria

Desde el año 2016 se encuentra en vigencia en la jurisdicción peruana un sistema que empieza a robustecerse en materia de calidad regulatoria, mediante la vigencia del Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa

– Decreto Legislativo 1310, teniendo en cuenta que resulta adecuado para la actividad empresarial y el adecuado funcionamiento de una economía social de mercado prevenir y evitar el establecimiento de barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad,

Acogiendo esta línea preventiva, este decreto establece la obligación, a cargo de las entidades del Poder Ejecutivo, de realizar un *análisis de calidad regulatoria*, dirigido a evaluar las disposiciones normativas de alcance general (de nivel administrativo), que establezcan procedimientos. Ello con la finalidad de identificar, reducir y/o eliminar todo aquello que resulte incensario, injustificado, desproporcionado, redundante o que no se encuentre adecuado a ley. Este análisis comprende a aquellas disposiciones que estén por aprobarse y a aquellas que ya se encuentran vigentes. Las entidades públicas deben remitir los resultados de su evaluación, para su validación, a la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria, presidida por la Presidencia del Consejo de Ministros. Este sistema de control implica que las entidades bajo el ámbito del Poder Ejecutivo realizarán un análisis costo-beneficio, de necesidad, de efectividad y proporcionalidad de las disposiciones normativas que establezcan procedimientos y las que reglamenten procedimientos creados por leyes o normas con rango de ley.

Resalta como parte de lo dispuesto por este decreto que el incumplimiento de la obligación de realizar el *análisis de la calidad regulatoria* o la falta de validación por parte de la Comisión Multisectorial de Calidad Regulatoria generará que la disposición normativa no se apruebe (lo que resulta aplicable como control previo a los proyectos normativos); o, que la disposición quede automáticamente derogada (lo que resulta aplicable como control posterior a aquellas disposiciones normativas ya en vigencia).

Debe apreciarse que los propósitos de prevenir o combatir la regulación ilegal o injustificada y de promover la mejora regulatoria e impulsar acciones de desregulación se ha expresado en el Perú en dos dimensiones. La primera mediante el *análisis de impacto regulatorio* (RIA) que, a nivel internacional, en el marco de la OCDE, ha sido concebido como una herramienta metodológica de mejora regulatoria, cuyo objetivo es servir como fuente de apoyo para la toma de decisiones regulatorias basadas en evidencia. Esta metodología exige definir el problema que se quiere solucionar, identificar a los posibles afectados, evaluar alternativas regulatorias (incluida la

posibilidad de no regular), aplicar mecanismos participativos para obtener información (consulta), evaluar el impacto de cada una de las opciones regulatorias, recopilar datos originados en la evaluación, elegir la opción regulatoria más idónea (y menos costosa para las empresas) y determinar los mecanismos para el monitoreo y la evaluación ex post. La otra dimensión se ha expresado mediante la eliminación de barreras burocráticas explicada en el numeral precedente.

Sin embargo, el Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa – Decreto Legislativo 1310 contiene una versión acotada del *análisis de impacto regulatorio* (RIA), pues solo se aplica al diseño de procedimientos administrativos, pero no se aplica propiamente al contenido sustantivo la regulación que aprueban las entidades del Poder Ejecutivo sobre la actividad empresarial. Es decir, se dirige a mejorar los procedimientos, pero no la calidad de las normas que se evalúan, exigen y aplican en dichos procedimientos. De otro lado, los gobiernos locales, que en el Perú son ciento noventa y seis (196) municipalidades provinciales y más de cuatro mil (4 000) municipalidades distritales o de centros poblados, no se encuentran bajo una metodología que asegure el control de calidad regulatoria de las normas que expiden. En consecuencia, resulta necesario ampliar este sistema de calidad regulatoria al contenido mismo de la regulación sustantiva infra legal que se aprueba y, así completada, a los niveles de gobierno regional y local de la jurisdicción peruana. Ello con el fin de evitar o suprimir procedimientos o exigencias que constituyan barreras burocráticas que impiden, dificultan o encarecen la actividad empresarial en una economía social de mercado.

De otro lado, en línea con lo señalada por el Examen Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia en el Perú, que ha recomendado que el Indecopi “quede facultado para formular comentarios sobre la incidencia que los actos de legislación primaria tienen en los ámbitos de su competencia” (OCDE, 2018, p. 149), el Indecopi debiera constituirse como un informante calificado en los proyectos de leyes, decretos legislativos y decretos de urgencia, entre otros dispositivos capaces de impactar negativamente en la actividad empresarial y en el proceso competitivo en los mercados. Ello con el fin de promover e intensificar la competencia, así como para evitar que esta se vea atenuada o afectada. Esta orientación se encuentra alineada con lo señalado en la recomendación de la OCDE sobre evaluación de la competencia, que

fomenta la identificación y revisión de políticas públicas y regulaciones que tengan el potencial de dañar o afectar la competencia en ciertos mercados (OCDE, 2019b).

Mediante norma con rango de ley se le debe encomendar la función de analizar y emitir informes técnicos sobre proyectos de normas (esta labor podría tomar la forma de una *abogacía de competencia*) previniendo barreras injustificadas a la actividad empresarial.

3.4.4. Institucionalidad para garantizar la apertura del comercio exterior

3.4.4.1 Sobre eliminación de barreras no arancelarias

Mediante el Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fortalecimiento de la competitividad – Decreto Legislativo 1212, en el año 2015, pusieron en vigencia mejoradas reglas para eliminar barreras a la importación y al comercio en general (medidas paraarancelarias), mediante las funciones a cargo de la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi (específicamente a cargo de estas funciones), en primera instancia administrativa, y el Tribunal del Indecopi en segunda y definitiva instancia administrativa.

Bajo un formato analítico y procesal similar al que corresponde a la eliminación de barreras burocráticas, resulta posible eliminar barreras injustificadas contra la exportación o la importación, con el fin de mejorar la competitividad de las empresas, intensificar el proceso competitivo y generar mayor bienestar de los consumidores. Ello resulta claramente concordante con lo establecido en el Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas, que motiva a lograr “mayor eficiencia en el comercio internacional y el desarrollo (...) mediante (...) el fomento y la protección de la competencia”, entre otros (UNCTAD, 2000, pp. 9-10).

Así, para eliminar una exigencia, requisito, restricción, prohibición o cobro que afecte injustificadamente el comercio internacional, en alineamiento con los compromisos asumidos por el Perú en los acuerdos bajo administración de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o en los compromisos internacionales contenidos en los

acuerdos comerciales regionales (no comunitarios), denominados comúnmente tratados de libre comercio (TLC), las autoridades del Indecopi deben determinar que:

- i) *carece de legalidad*, por ejemplo, cuando lo que se exige o pretende cobrar es contrario a una ley o a un acuerdo comercial regional o, si quien lo requiere es una entidad pública sin facultades para ello; o, si es una entidad que no ha cumplido las formalidades legales para imponer tal exigencia o cobro; o, que
- ii) *carece de razonabilidad*, por ejemplo, cuando el objetivo que persigue la medida no es legítimo (por no dirigirse a proteger la salud o la seguridad de las personas, entre otros objetivos legítimos); o, si la medida no es idónea para lograr tal objetivo; o, si entre todas las medidas idóneas, no es la menos restrictiva a la importación⁵²².

Si por denuncia de una empresa se logra constatar que la barrera que le afecta carece de legalidad o de razonabilidad, se ordenará que dicha barrera sea inaplicable para tal empresa. Destaca entre las nuevas y mejoradas reglas que “[s]i la denuncia es presentada por una asociación o gremio (...), la inaplicación ordenada por la Comisión alcanzará a todas las personas (...) asociadas o agremiadas a la entidad denunciante”⁵²³.

Asimismo, la indicada Comisión del Indecopi tiene a cargo:

- i) Publicar semanalmente un aviso sobre los casos iniciados, informando sobre la barrera bajo análisis. Ello permite que las empresas interesadas soliciten beneficiarse con la posible inaplicación de dicha barrera.

⁵²² Cfr. Artículo 7 del Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fortalecimiento de la competitividad – Decreto Legislativo 1212.

⁵²³ Cfr. Artículo 8 del Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fortalecimiento de la competitividad – Decreto Legislativo 1212, que sustituye íntegramente el texto del artículo 26 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi - Decreto Legislativo 1034.

- ii) Recomendar, a la entidad que estableció la barrera, la modificación del acto o disposición que la contiene, fijándole un plazo.
- iii) Elaborar una Guía de Buenas Prácticas de Reglamentación Técnica, que instruya a las entidades públicas para no imponer barreras injustificadas contra el comercio exterior o internacional.

Cabe recordar que las barreras impuestas por una norma con rango de ley, sea que se trate de barreras burocráticas (con efecto en la actividad empresarial y en el comercio interno) o sea que se trate de barreras comerciales no arancelarias, no las revisa ni elimina el Indecopi⁵²⁴. Su análisis correspondería al Tribunal Constitucional, preservando el derecho fundamental a la libertad de comercio y asegurando que sus límites sean legítimos, idóneos y proporcionales.

3.4.4.2 Sobre medidas de defensa comercial

Las atribuciones sobre medidas de defensa comercial corresponden a la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi (específicamente a cargo de estas funciones), en primera instancia administrativa, y el Tribunal del Indecopi en segunda y definitiva instancia administrativa. En estas funciones también se observan y cumplen los compromisos asumidos por el Perú en los acuerdos bajo administración de la Organización Mundial del Comercio (OMC) o en los compromisos internacionales contenidos en los acuerdos comerciales regionales (no comunitarios), denominados comúnmente tratados de libre comercio (TLC), ampliamente analizados en el primer capítulo de esta tesis.

En consecuencia, una decisión del órgano competente sobre la imposición de derechos antidumping, derechos compensatorios o medidas de salvaguardia, que puede tener efectos en determinados mercados relevantes y en la intensidad del proceso competitivo que se desarrolle en ellos, se producirá, como consecuencia de un proceso administrativo. Este es tramitado bajo las normas procedimentales previstas en el GATT de 1994, en el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones o el

⁵²⁴ Cfr. Artículo 7 del Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fortalecimiento de la competitividad – Decreto Legislativo 1212.

Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, según corresponda; en el acuerdo comercial regional que pueda resultar aplicable; y, en los instrumentos normativos nacionales o comunitarios, según corresponda, así como en los principios del Derecho Internacional Público, del Derecho Internacional Económico y en los principios del Derecho Administrativo aplicables al caso.

En esta línea, cabe destacar que el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC contienen no solamente normas sustantivas, sino también importantes y detalladas normas de procedimiento, de carácter adjetivo e instrumental que se refieren al desarrollo mismo del proceso ante las autoridades competentes que habrán de decidir la aplicación de medidas de defensa comercial. Sin embargo, para su aplicación estas normas requieren el complemento indispensable y empalme de los instrumentos normativos nacionales o comunitarios, según corresponda, que viabilizan su aplicación.

En el caso peruano, el Reglamento sobre medidas antidumping y compensatorias - Decreto Supremo 006-2003-PCM, hace las veces del instrumento normativo nacional que permite dar aplicación a las disciplinas en materia de medidas de defensa comercial. Sin embargo, su nivel reglamentario dista de la necesidad de que algunas de sus normas tengan rango de ley, al tener por consecuencia la posible limitación de las libertades al comercio exterior garantizadas constitucionalmente.

A) Los participantes

En cuanto a los participantes en los procesos administrativos que se tramitan en la jurisdicción peruana, resulta de aplicación lo señalado en los acuerdos de la OMC, que se refieren a “partes interesadas” cuando se alude a los sujetos legitimados para participar de los procesos dirigidos a decidir la aplicación de medidas de defensa comercial. De modo enunciativo otorgan legitimidad, como partes que pueden participar en estos procesos, a los solicitantes (cuando el proceso se inicia a pedido de productores nacionales de mercancías), a las empresas no solicitantes que conforman la rama de producción nacional, a las empresas exportadoras de la mercancía similar, a las empresas importadoras y al Gobierno del exportador.

En consecuencia, nada obstaría para que, entre otros, participen en el proceso los trabajadores de la industria nacional y los consumidores finales o intermedios de la jurisdicción que recibe la importación, o representantes de alguno de estos grupos, por cuanto se encuentran, ambos, directamente interesados en el contenido de la decisión final. Los primeros naturalmente pugnarían por la imposición de una medida que proteja su fuente de trabajo y los segundos por la no imposición de una medida que encarezca los productos que adquieren.

B) La importancia de la prueba

Entendiendo que incluso el Gobierno del exportador, así como sus empresas exportadoras, pueden participar de un proceso destinado a decidir la imposición de medidas de defensa comercial, los Estados han pactado en los acuerdos de la OMC no solamente temas sustantivos, sino también adjetivos, poniendo de relieve que se habrán de exigir mutua y obligatoriamente seguridad jurídica, garantías y una previsibilidad jurídica mínima en los procesos destinados a decidir la imposición de una medida de defensa comercial. Así pues, el énfasis es evitar la arbitrariedad. Por ello, se exige el cumplimiento riguroso del procedimiento y se privilegia la vigencia de los principios de legalidad, debido proceso y verdad material, entre otros.

En el caso de los procedimientos sobre derechos antidumping y derechos compensatorios, estos pueden ser descritos como una gran audiencia de pruebas. Para decidir su inicio, para decidir si se impone una medida provisional (cautelar) y como requisito para que el proceso pueda continuar, la autoridad deberá contar con pruebas suficientes sobre el precio dumping o la subvención – según el caso de que se trate – y del daño que estos estarían generando o podrían generar, de modo tal que le produzcan convicción de que es posible que al concluir el proceso sea necesaria la imposición de alguna medida. En estos casos, si en algún momento la autoridad administrativa estimara que no existen pruebas suficientes para continuar la investigación que conduce a lo largo del proceso, lo dará por concluido de inmediato.

La aplicación de un alto estándar de prueba sobre los elementos necesarios para imponer medidas de defensa comercial es imprescindible, debido a que su imposición es capaz de disminuir la intensidad del proceso competitivo en mercado relevante que

comprende a la mercancía objeto de la importación, la cual se ve encarecida o disuadida, lo cual puede afectar el bienestar de los consumidores intermedios o finales.

C) Casos iniciados de oficio y casos iniciados a pedido de la rama de producción nacional

En la experiencia peruana, los casos iniciados de oficio, dirigidos a imponer derechos antidumping o derechos compensatorios, han sido concluidos sin imposición de medidas por la propia Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del Indecopi o desestimados por el Tribunal del Indecopi⁵²⁵.

En general, conforme a la experiencia peruana, los casos que han concluido con imposición de medidas de defensa comercial siempre han sido iniciados por solicitud de empresas que representan a la rama de producción nacional, aun cuando no todos generan la imposición de tales medidas.

D) El compromiso sobre precios

En relación con formas especiales de conclusión, debe considerarse que, conforme a lo establecido en el Acuerdo Antidumping, en su artículo 8, y en el Acuerdo sobre Subvenciones, en su artículo 18, se podrán dar por terminados los procesos sin imposición de medidas si el exportador comunica que asume voluntariamente compromisos sobre precios. Dichos compromisos no podrán ser superiores al margen de dumping o al monto de las subvenciones, siendo deseable que sean inferiores si es que bastan para eliminar el daño importante.

⁵²⁵ Estos casos han sido: i) caso de subvenciones al algodón de EEUU, cerrado por la propia Comisión por falta de causalidad en el daño alegado (2013); ii) caso de dumping en prendas de vestir de China, desestimado por el tribunal administrativo del Indecopi por defectos en la definición del producto similar y carencia de daño, entre otros (2015); y, iii) caso de subvenciones al maíz amarillo de EEUU, cerrado por la propia Comisión por carencia de daño en la rama de producción nacional (2020). Además, la última vez que esta Comisión del Indecopi investigó y recomendó la aplicación de medidas de salvaguardia, en forma definitiva, fue sobre la importación de hilados de algodón y la Comisión Multisectorial no las impuso considerando que existía información insuficiente para restringir el comercio (2009).

Así, el compromiso de precios es un mecanismo aplicable a los procesos en general, que incluyen aquellos de revisión de derechos vigentes, sea por *examen por cambio de circunstancias* o sea por *examen por expiración de medidas (sunset review)*. En estos casos, la autoridad requiere a las demás “partes interesadas” para que comenten la propuesta de compromisos. La Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del Indecopi podrá suspender o dar por terminado el caso sin la imposición de medidas provisionales o definitivas, o sin la confirmación o renovación de las medidas vigentes, cuando considere que mediante un compromiso se elimina el efecto perjudicial del dumping o de la subvención.

E) Temporalidad de las medidas

En el caso de la imposición de los derechos antidumping y de los derechos compensatorios, estos deben encontrarse vigente solamente durante el tiempo necesario para contrarrestar la práctica de dumping o la subvención que, correspondientemente, genera el daño o la amenaza de daño importante. En todo caso, tendrán una duración máxima de cinco años desde la fecha de su imposición o del último examen realizado para determinar la necesidad de su mantenimiento, conforme señala el artículo 11 del Acuerdo Antidumping y el artículo 21 del Acuerdo sobre Subvenciones.

La autoridad, en consecuencia, no debiera imponer automáticamente estos dichos derechos por un plazo de cinco años, sin una debida reflexión, pues este plazo podría ser menor. Sin embargo, a la fecha, se constata que la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del Indecopi viene aplicando y renovando la vigencia de dichos derechos por plazos de cinco años, original y sucesivamente, sin expresión de análisis y fundamento para ello, en los casos bajo su conocimiento. Ello es capaz de afectar la intensidad del proceso competitivo en determinados mercados en la jurisdicción peruana, lo que afecta el bienestar de los consumidores intermedios o finales injustificadamente.

F) Las medidas de defensa comercial no son sanciones

Es de considerar que de ninguna forma las medidas de defensa comercial pueden ser consideradas una sanción por cuanto no responden a la verificación de una conducta reprochable por el ordenamiento jurídico, sino únicamente a una conducta corregible en beneficio de empresas nacionales. Las importaciones a precios bajos, sea por causa de precios dumping o por causa de subvenciones; o, los aumentos de la importación de una determinada mercancía no son *per se* indeseables por cuanto intensifican el proceso competitivo y satisfacen la demanda de los agentes del mercado a donde llegan. Incluso, los precios bajos pueden beneficiar a los consumidores finales y/o a las empresas importadoras que, siendo consumidores intermedios, utilizan la mercancía objeto de importación como insumo.

3.4.5. Regulación que garantiza la inversión extranjera

En los años iniciales de la década de los noventa del siglo pasado, en la jurisdicción peruana, un sinnúmero de activos de la economía se encontraba en dominio del Estado. Como producto de una reforma legislativa previa a la Constitución Política de 1993, pero que ya se encontraba plenamente sintonizada con los valores de esta constitución, varios de estos activos de significativo valor fueron trasladados al dominio privado, bajo los denominados procesos de privatización, que incluían su transferencia a inversionistas extranjeros. Esta reforma fue complementada con las obligaciones internacionales asumidas por el Perú en el marco de acuerdos de promoción y protección de inversiones, así como en diversos acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria. Este instrumental jurídico, nacional e internacional, es la base del tratamiento protector y promotor de la inversión extranjera en el Perú.

3.4.5.1 Normas jurídicas nacionales

Como hemos expuesto previamente, el instrumento normativo de mayor jerarquía que garantiza la inversión extranjera es la Constitución Política de 1993, que establece como siguientes principios, entre otros: i) la *libertad de empresa*, lo que garantiza que toda persona, incluso quien califique como inversionista nacional o extranjero, tiene la libertad de elegir a cuál actividad empresarial dedicarse, decidiendo la forma, el modo de organización y el momento para hacerlo, con los límites que impone la ley; y, ii) el

principio de no discriminación, que asegura un tratamiento igualitario al empresario, la empresa y la actividad empresarial nacional y extranjera, así como empresa y a la actividad empresarial pública y privada; y, el tratamiento igualitario a la inversión nacional y la inversión extranjera, proscribiendo así preferencias a favor del inversionista nacional.

Los instrumentos normativos principales que garantizan la inversión extranjera, en desarrollo constitucional, son la Ley que otorga un régimen de estabilidad a las inversiones extranjeras - Decreto Legislativo 662 y la Ley marco para el crecimiento de la inversión privada - Decreto Legislativo 757. Ambas leyes tienen como premisa que las inversiones extranjeras recibidas en la jurisdicción de nuestro Estado pueden estar sujetas a la titularidad de personas de derecho público o de derecho privado.

A) Ley que otorga un régimen de estabilidad a las inversiones extranjeras

El Decreto Legislativo 662, emitido en el año 1991, es una norma con rango de ley, que se ubica jerárquicamente sometida a la Constitución Política. El citado decreto legislativo desarrolla el régimen de estabilidad jurídica a la inversión extranjera mediante el establecimiento de determinadas garantías y seguridades. Este decreto legislativo establece que, todo inversionista extranjero goza de libertad de empresa y de comercio interno y exterior. Asimismo, establece que un inversionista extranjero, en cualquier sector de la actividad económica, con título habilitante, podrá celebrar convenios de estabilidad jurídica, que incluyen:

- i) Estabilidad del régimen tributario vigente: es decir que las normas jurídicas tributarias al momento de celebrarse el convenio serán las vigentes para dicho inversionista, sin modificación futura.
- ii) Estabilidad del régimen de libre disponibilidad de divisas, así como a su libre transferencia y estabilidad cambiaria: ello implica que el inversionista extranjero puede en cualquier momento y sin autorización estatal previa transferir y/o convertir las divisas que posea, pudiendo utilizar el tipo de cambio más favorable.

- iii) Estabilidad del derecho a la no discriminación: que implica recibir el mismo trato que el inversionista nacional, conforme a lo establecido en la Constitución Política y demás normas del ordenamiento jurídico peruano.

Siendo estas seguridades y garantías reconocidas y otorgadas por el Estado peruano a los inversionistas extranjeros, es posible que se pueda presentar entre el inversionista extranjero y el Estado una controversia derivada de su posible incumplimiento. Ante una situación conflictiva, resulta de suma relevancia el artículo 16 de esta ley, que establece que las controversias suscitadas bajo convenios de estabilidad jurídica podrán resolverse en tribunales arbitrales internacionales, en tanto el Estado peruano sea parte contratante de un tratado que contemple tal posibilidad y se hubiera pactado de tal forma en el acuerdo. Esta previsión legal anticipa y da cobertura y complementa los compromisos del Estado peruano en el marco de acuerdos de promoción y protección de inversiones, así como en diversos acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria.

B) Ley marco para el crecimiento de la inversión privada

Aun cuando, a primera lectura, esta ley pareciera ser una norma que repite disposiciones de aquella comentada en el numeral previo (Decreto Legislativo 662) es una ley específica para la inversión privada extranjera, mientras que esta Ley para el crecimiento de la inversión privada - Decreto Legislativo 757 es un instrumento legal que garantiza los derechos económicos a todo inversionista privado, sea persona natural o jurídica, nacional o extranjero, con inversión presente o futura. Este fue emitido también en el año 1991 y garantiza y desarrolla los derechos económicos, consagrados posteriormente en la Constitución Política de 1993, tales como la libre iniciativa privada, derecho a libertad de empresa, la libre competencia, el pluralismo económico y el tratamiento igualitario a la empresa privada frente al Estado. Esta es considerada la ley marco para fomentar el crecimiento de la inversión privada para todos los sectores económicos del país, pues llega a establecer, incluso, que el fomento de la inversión privada nacional y extranjera es de necesidad pública.

Este decreto, de modo general y sin restringirse a las controversias suscitadas bajo convenios de estabilidad jurídica, garantiza que el Estado en todos sus niveles (central,

regional, municipal y en cualquier dependencia o empresa pública), en sus relaciones particulares (entiéndase incluidos los inversionistas) podrán resolver controversias en tribunales arbitrales nacionales o internacionales, en tanto el Estado peruano sea parte contratante de un tratado que contemple tal posibilidad. Esta previsión legal también complementa los compromisos del Estado peruano en el marco de acuerdos de promoción y protección de inversiones, así como en diversos acuerdos comerciales regionales de naturaleza no comunitaria.

3.4.5.2 Compromisos internacionales

El Perú ha asumido compromisos de carácter internacional, como parte de tratados celebrados con otros Estados, cuyo propósito es la promoción y protección recíproca de inversiones. Como hemos señalado previamente, los tratados en vigor, conforme al artículo 55 de la Constitución Política de 1993, además de vincular al país en el escenario internacional, forman expresamente parte del Derecho interno.

A falta de un acuerdo multilateral, en materia de promoción y protección de inversiones extranjeras, los compromisos internacionales del Perú pueden encontrarse contenidos en: los denominados Tratados Bilaterales de Inversión (TBI); o, en capítulos relacionados a la inversión en los acuerdos comerciales regionales. Los principales compromisos internacionales sustantivos y típicos que suelen estar presentes en estos instrumentos y que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, dirigidos a la protección de la inversión extranjera son los siguientes y su alcance preciso de estos compromisos puede variar dependiendo del contenido de cada tratado, que resulte aplicable debido al origen de la inversión extranjera:

- i) *Trato nacional*, que exige otorgar esencialmente a los inversionistas extranjeros un trato no menos favorable que el que se otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas nacionales con respecto a la administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en el territorio peruano, como por ejemplo lo prevé el artículo 10 del capítulo X del Tratado de Libre Comercio con China.

- ii) *Nivel Mínimo de Trato*, que obliga a conceder a las inversiones extranjeras un trato justo y equitativo que evite la denegación de justicia y garantice el debido proceso, tanto en sede administrativa como en sede judicial; así como protección y seguridades plenas, como por ejemplo lo prevé el artículo 10.5 del Acuerdo de Promoción Comercial con EEUU.

- iii) *Trato de Nación Más Favorecida*, que obliga a extender a las inversiones extranjeras de determinado Estado un trato no menos favorable que el que se otorgue, en circunstancias similares, a los inversionistas o inversiones de cualquier otra procedencia extranjera, en lo referente al establecimiento, adquisición, expansión, administración, conducción, operación y venta u otra forma de disposición de inversiones en su territorio, como por ejemplo lo prevé el artículo 11.3 del Acuerdo de Complementación Económica con Chile.

- iv) *Reglas sobre expropiación*, que obliga a respetar las siguientes reglas en favor de las inversiones extranjeras: no expropiar ni nacionalizar tales inversiones, sea directa o indirectamente, salvo que sea, fundamentalmente:
 - a) por motivos de propósito público; b) de una manera no discriminatoria; y, c) mediante el pago pronto, adecuado y efectivo de la indemnización, como por ejemplo lo prevé el artículo 10.7 del Acuerdo de Promoción Comercial con EEUU. Debe notarse que este compromiso protege a la inversión extranjera de una expropiación directa, que implica usualmente el retiro del dominio sobre una propiedad; y, también protege a la inversión extranjera de la expropiación indirecta, que puede ser causada por un acto o conjunto de actos provenientes del poder estatal (nacional, regional o local) capaces de privar o afectar sustancialmente un derecho de propiedad (sobre un bien tangible o intangible, que califique como inversión), aun cuando no se afecte el derecho mismo de propiedad. Por ejemplo, calificaría como expropiación indirecta el retiro injustificado de una licencia o autorización necesaria para dar utilidad económica a un inmueble o a determinada infraestructura, adaptado o construido especialmente para los fines de la licencia o autorización.

- v) *Libre transferencia de capitales*, que obliga a garantizar a los inversionistas extranjeros la libre transferencia de los pagos relacionados con una inversión, especialmente en lo concerniente a capital y ganancias, en moneda libremente convertible, sin restricción ni demora al tipo de cambio aplicable en cada caso, como por ejemplo lo prevé el artículo 5 del Convenio con Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones.

- vi) *Requisitos de Desempeño*, que impiden exigir a los inversionistas extranjeros cualquier obligación o compromiso que implique, entre otros:
 - a) exportar un determinado nivel o porcentaje de mercancías o servicios; b) alcanzar un determinado grado o porcentaje de contenido nacional; o, c) comprar, utilizar u otorgar preferencia a las mercancías producidas en el territorio nacional, o comprar mercancías de personas en ubicadas en el país, como por ejemplo lo prevé el artículo 10.9 del Acuerdo de Promoción Comercial con EEUU.

Como se puede apreciar, el contenido de los compromisos internacionales típicos antes indicados se encontraría también garantizado por la Constitución Política de 1993 y los Decretos Legislativos 662 y 757. Sin embargo, la diferencia relevante en cuanto a su eficacia y exigibilidad es que usualmente los compromisos internacionales pueden ser reclamados en la vía del arbitraje de inversión que prevea un Tratado Bilateral de Inversión (TBI) o un acuerdo comercial regional, sin importar si las normas nacionales son modificadas posteriormente en perjuicio de la inversión extranjera. Ello siempre que el inversionista y la inversión extranjera califiquen como cubiertos en los términos del tratado aplicable⁵²⁶.

3.4.6. Regulación sobre la actividad empresarial del Estado

Como hemos expuesto previamente, conforme a la Constitución Política de 1993, la actividad empresarial del Estado no es libre. Como parte de los principios generales de

⁵²⁶ Cabe señalar que, a la fecha, el Estado peruano tiene compromisos internacionales en materia de promoción y protección de inversiones, contenidos en 29 Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y en 9 acuerdos comerciales regionales.

nuestro régimen económico, la Constitución Política específicamente indica lo siguiente:

“Artículo 60.- Pluralismo Económico

(...)

Sólo autorizado por Ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

(...).”

En consecuencia, constitucionalmente, se han establecido tres (3) condiciones exigidas para una válida actividad empresarial del Estado⁵²⁷, las cuales deben concurrir simultáneamente:

- i) Una autorización por ley expresa para la realización de la actividad empresarial estatal directa o indirecta, debiendo considerarse como ley expresa no solamente la ley en sentido formal, sino también los instrumentos con rango este rango son los decretos legislativos en la jurisdicción peruana.
- ii) Un alto interés público o manifiesta conveniencia nacional, debiendo considerarse que esta condición viene, usualmente, constatada con la expedición y vigencia de la misma ley o el instrumento con rango de ley que autoriza expresamente determinada actividad empresarial estatal.

⁵²⁷ A continuación, se contrasta el tratamiento y desarrollo de la actividad empresarial del Estado por parte de las Constituciones Políticas de 1979 y de 1993:

Cuadro 11
Disposiciones constitucionales sobre la actividad empresarial del Estado

Constitución Política del Perú de 1979	Constitución Política del Perú de 1993
Artículo 113°.- El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo.	Artículo 60°.- (...) Sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional. La actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal.

Elaboración propia.

Como puede apreciarse, bajo el régimen económico desarrollado por la Constitución Política del Perú de 1979, el Estado contaba con amplio margen de libertad para el desarrollo de actividad empresarial. Esta amplitud se vio recortada con la entrada en vigencia de la nueva Constitución Política 1993, imponiéndose requisitos de habilitación por Ley expresa, actuación subsidiaria y alto interés público o manifiesta conveniencia nacional.

- iii) Una realización subsidiaria de la actividad empresarial estatal, debiendo considerarse que esta no debe pretender competir en un mercado donde existen suficientes agentes que presentan una oferta que permite satisfacer las necesidades de la ciudadanía y de la sociedad⁵²⁸. Es decir, allí donde existen suficientes empresas privadas, concurriendo en el mercado y ofreciendo bienes y servicios dirigidos a satisfacer necesidades, no es admisible una intervención del Estado como empresario.

Incluso, en una economía social de mercado, bajo los principios constitucionales vigentes, la validez de una intervención empresarial del Estado se encuentra negada absolutamente si se realiza para “competir en tasas de interés” en el sector bancario o para “aumentar la competencia” en el sector energético. La actividad empresarial estatal debe ser subsidiaria y no corresponde al Estado ser un competidor más, entre un número suficiente, o entrar al mercado para “bajar precios”, pues ello implica, en el fondo, una indebida fijación de precios, que generaría distorsiones en el adecuado funcionamiento de los mercados, lo que, con el paso del tiempo, siempre perjudica a los ciudadanos. Corresponde al Estado, por el contrario, reducir barreras a la actividad empresarial privada y promover la intensa competencia con regulación (o desregulación) y estímulos adecuados para ello.

En nuestra opinión, se requiere una metodología específicamente diseñada y aprobada por instrumento con rango de Ley que permita determinar la subsidiariedad en cada caso. Aquí se encuentra pendiente una tarea del Congreso de la República, que debiera acometerse constructivamente y con sumo tecnicismo económico.

En la jurisdicción peruana el desarrollo de actividad empresarial del Estado, que no cumple con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política, puede ser

⁵²⁸ El Tribunal Constitucional, al analizar la realización subsidiaria de la actividad empresarial estatal directa o indirecta, expresa:

“23. (...) En ese orden de ideas, las acciones del Estado deben estar vinculadas al fomento, estimulación, coordinación, complementación, integración o sustitución, en vía supletoria, complementaria o de reemplazo, de la libre iniciativa privada. La subsidiariedad se manifiesta como el acto accesorio o de perfeccionamiento en materia económica, que se justifica por la inacción o defección de la iniciativa privada.” (Tribunal Constitucional peruano, 2003).

declarado acto de competencia desleal por violar normas constitucionales y así infringir la buena fe empresarial⁵²⁹. En ese caso, la actividad empresarial del Estado debe cesar definitivamente por mandato del Indecopi, luego de la tramitación de un proceso de naturaleza correctiva y sancionadora, a cargo de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, en primera instancia administrativa, y del Tribunal del Indecopi en segunda y definitiva instancia administrativa.

3.5. La necesidad de autonomía constitucional para el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual - Indecopi

El Indecopi cumple funciones de relevancia constitucional, dando concreción a diferentes mandatos y principios establecidos por la Constitución Política de 1993, en su Título III – Régimen Económico, y claramente vinculadas a las políticas de competencia en la jurisdicción peruana. A saber:

- i) Como ente rector del Sistema Nacional Integrado de Protección del Consumidor⁵³⁰ y ente principal a cargo de la protección del consumidor, mediante sus Comisiones y otros órganos resolutivos, desconcentrados a nivel nacional, atiende reclamos de ciudadanos y resuelve controversias entre estos y las empresas proveedoras de bienes y servicios. Ello, en aplicación del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571, instrumento que desarrolla de manera integral el precepto normativo contenido en el artículo 65 de la Constitución Política.
- ii) Como ente protector de la propiedad intelectual, mediante sus Direcciones de Signos Distintivos, de Invenciones y Nuevas Tecnologías y de Derecho de Autor, estimula y defiende los derechos derivados de la creación

⁵²⁹ La Ley de Represión de la Competencia Desleal – Decreto Legislativo 1044 enuncia como acto de competencia desleal el siguiente:

“Artículo 14º.- Actos de violación de normas.-

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60º de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial.”

⁵³⁰ Cfr. Artículo 136 del Código de Protección y Defensa del Consumidor – Ley 29571.

intelectual, en concreción de lo establecido en el artículo 2, numeral 8 de la Constitución Política que garantiza que toda persona tiene derecho a “la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto”.

- iii) Como ente garante del adecuado funcionamiento de la economía social de mercado y de los principios y derechos que se ejercen en este sistema económico, mediante la actuación de diferentes Comisiones y su Tribunal que. Además de la defensa de la competencia, como se ha desarrollado en esta tesis, incluye: la eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales que, impuestas por la administración pública⁵³¹, afectan los principios y derechos reconocidos por los artículos 58 y 59 de la Constitución Política; y, la corrección y sanción de conductas desleales, contrarias a la buena fe empresarial que debe imperar en una economía social de mercado⁵³², con el fin de procurar que exista competencia por eficiencia en los mercados, incluyendo el control de la actividad empresarial del Estado que debe ser autorizada por ley expresa y subsidiaria⁵³³, en resguardo de lo dispuesto por los artículos 60 y 61 de la Constitución Política.

⁵³¹ Cfr. artículo 2, numeral 1, literal a, y artículo 23 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033; artículo 57 del Decreto Supremo 004-2019-JUS - Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General – Ley 27444; y, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas - Decreto Legislativo 1256.

⁵³² Cfr. Artículo 2, numeral 1, literal b, y artículo 25 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI – Decreto Legislativo 1033; y, la Ley de Represión de la Competencia Desleal - Decreto Legislativo 1044.

⁵³³ En el seno del Indecopi, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, autoridad de defensa de la leal competencia, tiene como uno de sus mandatos corregir y sancionar los actos de competencia desleal causados por la actividad del Estado contraria a lo determinado por el artículo 60 de la Constitución Política del Perú. Ello en aplicación de la Ley de Represión de la Competencia Desleal - Decreto Legislativo 1044, que señala:

“Artículo 14°.- Actos de violación de normas.-

14.1.- Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, valerse en el mercado de una ventaja significativa derivada de la concurrencia en el mercado mediante la infracción de normas imperativas. A fin de determinar la existencia de una ventaja significativa se evaluará la mejor posición competitiva obtenida mediante la infracción de normas.

(...)

14.3.- La actividad empresarial desarrollada por una entidad pública o empresa estatal con infracción al artículo 60° de la Constitución Política del Perú configura un acto de violación de normas que será determinado por las autoridades que aplican la presente Ley. En este caso, no se requerirá acreditar la adquisición de una ventaja significativa por quien desarrolle dicha actividad empresarial”.

- iv) Como ente garante de la apertura al comercio exterior, mediante la eliminación de barreras comerciales no arancelarias y mediante la corrección de las distorsiones en el mercado provocadas por el daño importante sobre la industria nacional derivado de prácticas de dumping y subsidios en mercancías importadas, mediante la actuación de su Comisión especializada en esta materia y su Tribunal. Ello, con el propósito de asegurar la observancia de los compromisos contraídos en el ámbito de la Organización Mundial del Comercio, los acuerdos de libre comercio, las normas supranacionales y nacionales correspondientes, asegurando la libertad de comercio garantizada por los artículos 59 y 63 de la Constitución Política del Perú⁵³⁴.

En el marco constitucional peruano, cuando se regulan materias que forman parte de un sistema de significativa relevancia constitucional, cuya administración y rectoría requiere un alto grado de autonomía y especialización en el Estado, se establece un ente público y se le atribuyen expresamente mandatos para la concreción y/o la supervisión de un conjunto de derechos, obligaciones y límites sobre la actividad pública y privada en dicho sistema. En estos casos, la Constitución Política determina expresamente la existencia de un organismo o ente autónomo encargado de funciones de especial relevancia constitucional.

Este es el caso, por ejemplo, en el ámbito económico, de: i) el Banco Central de Reserva del Perú, instaurado como un organismo autónomo, cuyo propósito es garantizar el correcto funcionamiento del sistema monetario, en consideración a que este es un componente fundamental y de relevancia significativa para nuestra economía social de mercado y para el bienestar de la ciudadanía⁵³⁵; ii) la

⁵³⁴ Cfr. Artículo 2, numeral 1, literales c) y e), y artículo 26 de la Ley de Organización y Funciones del Indecopi – Decreto Legislativo 1033, modificado por el artículo 8 del Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad - Decreto Legislativo 1212.

⁵³⁵ La Constitución Política de 1993 prevé:

“Artículo 83.- El Sistema Monetario

La ley determina el sistema monetario de la República. La emisión de billetes y monedas es facultad exclusiva del Estado. La ejerce por intermedio del Banco Central de Reserva del Perú.

Artículo 84.- Banco Central de Reserva del Perú

El Banco Central es persona jurídica de derecho público. Tiene autonomía dentro del marco de su Ley Orgánica. La finalidad del Banco Central es preservar la estabilidad monetaria. Sus funciones son:

Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones – SBS, instaurado como organismo autónomo, especificando, además, el alcance de su actividad pública de control sobre las empresas del sector, atendiendo a la relevancia significativa que tiene fomentar y garantizar el ahorro, tanto para los ciudadanos como para las empresas, en una economía social de mercado⁵³⁶; y, iii) la Contraloría General de la República, instaurada para asegurar la legalidad en la ejecución del presupuesto del Estado, en el endeudamiento público y en las instituciones públicas sujetas a control, en el mismo Título III sobre el Régimen Económico de la Constitución Política, con el fin de asegurar el debido y eficaz destino de los fondos públicos para el cumplimiento de los fines del Estado, que demanda bienes y servicios en una economía social de mercado, en beneficio de la sociedad⁵³⁷.

Constatado lo anterior y que —conforme se ha evidenciado— la actividad del Indecopi y la supervisión que le corresponde en el ejercicio de sus funciones posee una significativa relevancia constitucional, se evidencia la necesidad y la conveniencia de atribuirle autonomía a nivel constitucional, completando el marco institucional de aseguramiento del régimen económico nacional (Stucchi, 2021, p. 167). Ello, con el fin de que cumpla con el mayor grado posible de autonomía e independencia sus funciones en el ámbito del *control de conductas* y del *control de estructuras* en la jurisdicción peruana.

regular la moneda y el crédito del sistema financiero, administrar las reservas internacionales a su cargo, y las demás funciones que señala su ley orgánica. (...)”.

⁵³⁶ Al respecto, la Constitución Política de 1993 señala:

Artículo 87.- Superintendencia de Banca y Seguros

El Estado fomenta y garantiza el ahorro. La ley establece las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía.

La Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones ejerce el control de las empresas bancarias, de seguros, de administración de fondos de pensiones, de las demás que reciben depósitos del público y de aquellas otras que, por realizar operaciones conexas o similares, determine la ley.

La ley establece la organización y la autonomía funcional de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. (...)”.

⁵³⁷ La Constitución Política de 1993 prevé:

“Artículo 82.- La Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República es una entidad descentralizada de Derecho Público que goza de autonomía conforme a su ley orgánica. Es el órgano superior del Sistema Nacional de Control. Supervisa la legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado, de las operaciones de la deuda pública y de los actos de las instituciones sujetas a control. (...)”.

En este contexto, reconociendo la experiencia y trayectoria del Indecopi en el desarrollo y fortalecimiento de la institucionalidad en el sistema económico determinado por la Constitución Política, resulta necesario y conveniente dotar a este instituto de autonomía constitucional, a fin de que cuente con los recursos necesarios para cumplir sus funciones, y remunerar adecuadamente a los funcionarios altamente calificados que requiere contratar y mantener; de modo que se aumente la confiabilidad de su actuación, que debe ser técnica y encontrarse alejada de cualquier presión política o mediática⁵³⁸.

Así, corresponde subsanar el silencio en que incurre la Constitución Política y reconocer al Indecopi, con disposición constitucional expresa⁵³⁹, en mérito a sus mandatos de concreción constitucional⁵⁴⁰, como el organismo autónomo que ejerce las

⁵³⁸ Cuando se concluyó la redacción del texto de la vigente Constitución Política, en el mes de octubre de 1993, el Indecopi tenía poco más de un año en ejercicio de sus funciones. En dicho contexto, resultaba razonable que la Carta Magna haya guardado silencio respecto de la identificación del organismo estatal encargado de la tarea fundamental de la concreción de los mandatos contenidos en su Título III relativo al Régimen Económico. Debe considerarse que, en ese momento, el Perú se encontraba iniciando el proceso de una reforma estructural, dentro de la cual el Indecopi recién había sido creado y, probablemente, resultaba prematuro determinarle un encargo constitucional y reconocerle una autonomía de este nivel. Ello puede ser corregido en la actualidad.

⁵³⁹ Como hemos sostenido previamente, el reconocimiento de autonomía constitucional a favor del Indecopi implica una reforma al texto vigente de la Constitución Política. Por ello se propone incorporar un artículo, que podría estar redactado de la siguiente forma:

Artículo 65 A.-

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un organismo autónomo cuyo mandato consiste en ejercer las funciones de autoridad nacional de protección del consumidor, garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones. En ejercicio de este mandato, los órganos resolutivos de este Instituto podrán resolver controversias y conflictos contractuales en el ámbito de su competencia y ordenar las medidas sancionadoras, complementarias y correctivas correspondientes, conforme a lo determinado por ley. (...). (Stucchi, 2011).

⁵⁴⁰ En la ocasión de otorgar el mayor de nivel de autonomía al Indecopi mediante una disposición constitucional, sería el momento de resolver el asunto pendiente de la solución de controversias contractuales que actualmente resulta inconstitucional, en materia de protección al consumidor, debido a que la Constitución Política del Perú señala, en su artículo 62, que “[L]os conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.” Es decir, no se encuentra habilitada tal solución en la vía administrativa a través de procedimientos administrativos sancionadores en materia de protección al consumidor. Es indudable que ello ocurre cuando, en algunos casos, se producen soluciones de conflictos contractuales en el ámbito de la protección al consumidor, a cargo de los órganos resolutivos del Indecopi, al resolver controversias entre un consumidor y una empresa, que tiene por materia la discusión acerca de una (posible) falta de idoneidad de una prestación, en mérito de una garantía explícita derivada de un contrato de consumo. Por ello, es de capital importancia que la disposición constitucional que proponemos señale que: “los órganos resolutivos del Instituto podrán resolver controversias y conflictos contractuales en el ámbito de su competencia”, con el fin de superar esta evidente objeción constitucional.

funciones de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, garantiza el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y protege los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones.

3.6. Oportunidades de mejora y lineamientos para el fortalecimiento de la política de competencia en la jurisdicción peruana

A continuación, desarrollamos lineamientos sobre la mejora de determinadas condiciones que consideramos esenciales para la adecuada aplicación de un *control de conductas* y de un *control de estructuras* en el ámbito de la defensa de la competencia en el Perú, así como para la mejora de determinadas condiciones de las instituciones complementarias en el ámbito de las políticas de competencia en la jurisdicción peruana.

3.6.1. Mejora de condiciones respecto de las autoridades peruanas

3.6.1.1. Otorgamiento de autonomía constitucional para el Indecopi

Reconociendo la experiencia y trayectoria del Indecopi en el desarrollo y fortalecimiento de la institucionalidad en el sistema económico determinado por la Constitución Política, como se ha señalado previamente, resulta necesario y conveniente dotar a este instituto de autonomía constitucional, de modo que se aumente la confiabilidad de su actuación, que debe ser técnica y encontrarse alejada de cualquier presión política o mediática.

Así, corresponde subsanar el silencio en que incurre la Constitución Política y reconocer al Indecopi, con disposición constitucional expresa⁵⁴¹, en mérito a sus

⁵⁴¹ Como hemos sostenido previamente, el reconocimiento de autonomía constitucional a favor del Indecopi implica una reforma al texto vigente de la Constitución Política. Por ello se propone incorporar un artículo, que podría estar redactado de la siguiente forma:

Artículo 65 A.-

El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual es un organismo autónomo cuyo mandato consiste en ejercer las funciones de autoridad nacional de protección del consumidor, garantizar el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y proteger los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones. En ejercicio de este mandato, los órganos resolutivos de este Instituto podrán resolver controversias y conflictos contractuales en el ámbito de su competencia y ordenar las medidas sancionadoras, complementarias y correctivas correspondientes, conforme a lo determinado por ley. (...). (Stucchi, 2011).

mandatos de concreción constitucional⁵⁴², como el organismo autónomo que ejerce las funciones de Autoridad Nacional de Protección del Consumidor, garantiza el adecuado funcionamiento del proceso competitivo en el mercado y protege los derechos de propiedad intelectual en todas sus manifestaciones.

3.6.1.2. Mecanismos de designación del Consejo Directivo del Indecopi

En este aspecto, se debe dar cumplimiento las recomendaciones del Examen Inter pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia en el Perú, que han expresado que es necesario mejorar el marco normativo de selección de personas que conforman el Consejo Directivo, con el fin de reducir sustancialmente el riesgo de politización de la entidad (OCDE, 2018). En este sentido, consideramos que se requiere tecnificar, mediante concurso público de méritos, la selección de quienes pueden ser designados para esta función, designándolos asimismo de forma escalonada, en diferentes momentos.

3.6.1.3. Mecanismos de designación de las autoridades de defensa de la competencia y de la Secretaría-Dirección

Resulta recomendable que se precisen requisitos mínimos de formación y experiencia profesional para la designación de los miembros de la Comisión y del Tribunal del Indecopi, los cuales, dada su función especializada y técnica, debieran ser necesariamente designados como consecuencia de un concurso público de méritos conforme a ley.

⁵⁴² En la ocasión de otorgar el mayor de nivel de autonomía al Indecopi mediante una disposición constitucional, sería el momento de resolver el asunto pendiente de la solución de controversias contractuales que actualmente resulta inconstitucional, en materia de protección al consumidor, debido a que la Constitución Política del Perú señala, en su artículo 62, que “[L]os conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.” Es decir, no se encuentra habilitada tal solución en la vía administrativa a través de procedimientos administrativos sancionadores en materia de protección al consumidor. Es indudable que ello ocurre cuando, en algunos casos, se producen soluciones de conflictos contractuales en el ámbito de la protección al consumidor, a cargo de los órganos resolutores del Indecopi, al resolver controversias entre un consumidor y una empresa, que tiene por materia la discusión acerca de una (posible) falta de idoneidad de una prestación, en mérito de una garantía explícita derivada de un contrato de consumo. Por ello, es de capital importancia que la disposición constitucional que proponemos señale que: “los órganos resolutores del Instituto podrán resolver controversias y conflictos contractuales en el ámbito de su competencia”, con el fin de superar esta evidente objeción constitucional.

Asimismo, el titular de la Secretaría-Dirección debe ser designado como consecuencia de un concurso público de méritos reglado. Ello permitirá asegurar la *legitimidad de conocimiento* de los funcionarios a cargo de tareas de tan alta relevancia como en *control de conductas*, evitando designaciones por afinidad o de carácter endógeno que impiden convocar a los profesionales más capacitados y de mayor experiencia.

Así, rediseñado el proceso de designación de estos funcionarios públicos, perfectamente podrán ser designados, luego de un concurso de méritos, todos ellos por el Consejo Directivo del Indecopi que, conforme a la primera recomendación, se encontrará ubicado al máximo nivel de autonomía que permite el ordenamiento jurídico peruano.

3.6.1.4. Flexibilidad en las limitaciones presupuestales

Se requiere exceptuar al Indecopi de las limitaciones establecidas por ley en materia presupuestaria. La Comisión de Defensa de la Libre Competencia, el Tribunal del Indecopi y la Secretaría-Dirección, así como otros importantes órganos funcionales de esta institución, deben contar con todos los recursos que le permitan atender sus casos dentro de los plazos legales, con altos estándares de calidad en la justicia administrativa que imparten.

Esta medida debe permitir a la institución retener y captar los cuadros profesionales que sean necesarios para actuar como autoridad en un mercado que requiere de alta especialización y eficacia. En síntesis, Indecopi requiere estar dotada presupuestalmente para tener el número necesario de funcionarios y servidores públicos; y, remunerarlos adecuadamente para captar y retener lo mejor del mercado profesional.

3.6.2. Mejora de condiciones en relación con el *control de conductas* en la jurisdicción peruana

3.6.2.1. Unificación de funciones con Osiptel

El mantenimiento de un *control de conductas* a cargo del Osiptel en los mercados correspondientes a los servicios públicos de telecomunicaciones no tiene una justificación real y solamente aporta caos en un sistema bicéfalo de autoridades para el cumplimiento de esta labor en defensa de la competencia.

Debe modificarse la LRCA, en su artículo 17, y determinar que la única autoridad para su aplicación es el Indecopi, remediando el desorden competencial administrativo. De este modo, las progresivas reformas que se han producido sobre las atribuciones de los órganos del Indecopi y el diseño de los procedimientos sancionadores, a cargo del Indecopi podrán beneficiar a la defensa de la competencia en los mercados correspondientes a los servicios públicos de telecomunicaciones, como aquellas generadas, en el año 2020, mediante el Decreto Legislativo 1510, con el propósito de otorgar al *fiscal administrativo* la facultad discrecional de no instruir ni iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador ante determinadas conductas que, en su consideración, no tendrían un efecto (negativo) significativo sobre la competencia.

3.6.2.2. Reforzamiento en la prevención e identificación de situaciones potencialmente anticompetitivas en la contratación pública

Institucionalmente, en la jurisdicción peruana se han tenido avances significativos en la persecución de *cárteles* en este ámbito. Sin embargo, consideramos que se requiere aun hacerlos más competitivos y transparentes como recomienda el estándar internacional; e, intensificar el entrenamiento de funcionarios públicos y el trabajo conjunto entre el ente licitador y la autoridad de competencia, con el fin de mejorar la detección, la investigación y la eventual sanción de conductas anticompetitivas. Asimismo, como lo ha considerado necesario el Examen Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia en el Perú, debe intensificarse la coordinación entre el Indecopi y los correspondientes órganos de contratación pública (OCDE, 2018, p. 141). Para tal efecto, consideramos que debiera designarse una unidad de la Secretaría- Dirección con el mandato especial para esta coordinación.

3.6.2.3. Separación de funciones: principio de imparcialidad

La separación de funciones obligatoria, ordenada por ley general y ley especial, entre la Secretaría-Dirección y la Comisión, en el marco del proceso sancionador de *control de conductas*, no se cumple en la realidad. Esta indebida situación debe ser corregida de inmediato, como hemos sustentado, pues resulta además contraria a los mandatos constitucionales, con respaldo en el sistema interamericano de derechos humanos.

El incumplimiento en la falta de separación de funciones del órgano instructor y acusador y del órgano decisor es causado por una desviación fáctica, responsabilidad de los funcionarios de cada órgano, en el debido cumplimiento de las funciones y roles separados que corresponden a la Secretaría-Dirección y la Comisión en la tramitación de los procedimientos administrativos sancionadores correspondientes.

3.6.2.4. Utilización del estándar probatorio de prueba plena (*beyond a reasonable doubt*)

Como hemos sustentado en el acápite correspondiente, el estándar probatorio para declarar una conducta como anticompetitiva, vencer la presunción de inocencia y limitar el principio de libertad de empresa y de libertad contractual, entre otros principios constitucionales que garantizan que los privados no están impedidos de hacer lo que la ley no prohíbe (en este caso con base en lo establecido por la LRCA), debe ser el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*).

En consecuencia, se espera que la autoridad corrija el error evidenciado en relación con el estándar probatorio que utiliza para la determinación de conductas anticompetitivas que invoca como un estándar menor, pues afirma que no le corresponde utilizar el estándar probatorio que corresponde a sede penal.

3.6.2.5. Rescate del *principio de culpabilidad*

La observancia del principio de culpabilidad en el *control de conductas* en la jurisdicción administrativa peruana se encuentra ausente, como explicamos en el acápite correspondiente, pues en las decisiones de inicio que implican la imputación de cargos por parte de la Secretaría-Dirección no se atribuyen conductas anticompetitivas ni dolosas ni culposas (negligentes), ignorándose por completo esta exigencia.

Esta grave omisión genera que las personas imputadas no puedan ejercer su derecho de defensa sobre una atribución culpable, lo que genera nulidad de pleno derecho o insalvable en las decisiones finales de la autoridad de defensa de la competencia, que tampoco se pronuncia sobre una conducta anticompetitiva con elemento subjetivo. Esta omisión de la Secretaría-Dirección como *fiscal administrativo* y de la Comisión como órgano decisor debe ser corregida inmediatamente.

3.6.2.6. Determinación administrativa antes del proceso penal

De mantenerse en el ordenamiento jurídico peruano el delito de *abuso de poder económico*, debiera establecerse, con rango de ley, una regla que determine que el programa de clemencia ante el Indecopi abarca inmunidad también frente a la acción penal; y, otra regla que determine que para que proceda la denuncia penal: i) la declaración de una infracción administrativa, en sede del Indecopi, y la correspondiente sanción por la realización de una conducta anticompetitiva debe encontrarse firme; ii) la autoridad administrativa, en dicha declaración, debe haberse inhibido de sancionar a la persona natural involucrada directamente en la realización de tal conducta; y, iii) en el acto que haga concreta tal decisión, debe solicitar al Ministerio Público la evaluación de la correspondiente denuncia penal.

3.6.3. Mejora de condiciones en relación con el *control de estructuras* en la jurisdicción peruana

Considerando, que a la fecha no se tiene noticia sobre la aplicación de la LCCE a un caso concreto que haya ameritado un control previo de operaciones de concentración

empresarial, la principal orientación de mejora es, como hemos señalado previamente, que se corrija de inmediato el exceso reglamentario que resulta ilegal debido a que supera el texto de la LCCE; y, resulta inconstitucional debido a que viola el principio fundamental de jerarquía normativa y, de otro lado, afecta injustificada y desproporcionadamente el principio y derecho de libertad de empresa y de libertad contractual, así como el principio y derecho a la propiedad.

Como indicamos en el acápite correspondiente, dicho exceso reglamentario resulta, en nuestra opinión, contrario a las pautas establecidas por la OCDE que recomienda el aseguramiento de normas claras en relación con el control de fusiones y adquisiciones (OCDE, 2005).

3.6.4. Mejora de condiciones en relación con las demás instituciones que conforman las políticas de competencia en la jurisdicción peruana

3.6.4.1. Establecimiento de la Red de defensa de la libre iniciativa privada

Es preciso organizar en el país una Red de defensa de la libre iniciativa privada, de naturaleza público – privada, que incluya funcionarios públicos y representantes de gremios empresariales. Esta red debe tener la misión de estimular y difundir el claro entendimiento de los beneficios que reportan la inversión y la actividad empresarial libre en el país, en el marco de una economía social de mercado. Esta red debiera ser organizada por el Indecopi con el concurso de organismos públicos con mandatos constitucionales y legales compatibles con su misión.

Considerando que la estrategia óptima para evitar las barreras burocráticas y las barreras no arancelarias es la prevención, y ello implica capacitar a los funcionarios públicos para evitar que las impongan. Así, la mejor eliminación de una barrera es evitar que esta se imponga, en perjuicio de la competencia y del bienestar de los consumidores.

En los gobiernos regionales y en los gobiernos locales, a nivel nacional, es imprescindible capacitar y certificar funcionarios y servidores públicos en el principio y derecho constitucional de libertad de empresa, el entendimiento y la defensa de la legalidad y el *análisis de impacto regulatorio* (AIR), en sintonía con los estándares compartidos en la OCDE.

3.6.4.2. Instancia administrativa única en materias de eliminación de barreras

La eliminación de barreras burocráticas y de barreras no arancelarias requiere mayor celeridad, considerando que son capaces de encarecer, dificultar o impedir el acceso o mantenimiento de agentes económicos en los mercados, afectando la competencia y el bienestar de los consumidores.

En consecuencia, siendo que, a la fecha, estas funciones de eliminación están a cargo de una Comisión del Indecopi en primera instancia administrativa y del Tribunal del Indecopi en segunda y definitiva instancia administrativa, resulta posible transitar a la instancia única, mediante una modificación legal. Debe considerarse que la doble instancia no es un principio legal ni constitucional de la función administrativa. Asimismo, cuando en primera instancia se declara una barrera como injustificada, su eliminación se suspende hasta que tal eliminación sea confirmada en segunda instancia administrativa, lo que genera una demora que puede evitarse, otorgando al Tribunal del Indecopi la condición de instancia única.

3.6.4.3. Necesidad de una metodología para determinar la subsidiariedad en relación con la actividad empresarial del Estado

En la jurisdicción peruana el desarrollo de actividad empresarial del Estado, que no cumple con lo establecido en el artículo 60 de la Constitución Política, puede ser declarado acto de competencia desleal por violar normas constitucionales y así infringir la buena fe empresarial. Uno de los elementos que deben cumplirse por exigencia de dicho artículo es que la actividad empresarial del Estado se realice únicamente si califica como subsidiaria.

Para este fin, se requiere una metodología específicamente diseñada y aprobada por instrumento con rango de Ley que permita determinar la subsidiariedad en cada caso. Aquí se encuentra pendiente una tarea del Congreso de la República que debiera acometerse constructivamente y con sumo tecnicismo económico.

Conclusiones

I

En el estándar internacional, como componentes de la defensa de la competencia, se presentan dos tipos de mecanismos o modelos de intervención del poder público dirigidos a contribuir con el objetivo de que exista la máxima competencia posible en una economía social de mercado.

El primer mecanismo de intervención es el *control de conductas*, mediante el cual se reciben peticiones y/o se despliegan actos de supervisión para detectar prácticas prohibidas que, realizadas por agentes económicos, afectan la competencia efectiva en el mercado. Como consecuencia de este control se pueden aplicar medidas correctivas y sanciones sobre las conductas anticompetitivas, así como determinar medidas indemnizatorias en favor de los perjudicados por tales conductas. Estas conductas pueden calificar como abusos de posición de dominio, prácticas monopólicas o como conductas colusorias horizontales o verticales.

El segundo mecanismo de intervención es el *control de estructuras*, mediante el cual se analizan y, eventualmente, se pueden condicionar, prohibir o escindir las concentraciones empresariales (generadas por una fusión, adquisición o constitución de empresa en común o de *joint venture*, entre otros) que, por sus circunstancias concretas, pudieran afectar significativamente la competencia efectiva en el mercado y, en consecuencia, el bienestar de los consumidores.

Estos mecanismos de intervención del poder público claramente limitan, en alguna medida, el ejercicio de la libre iniciativa privada, la libertad de empresa y la libertad de contratación que corresponde a los sujetos de derecho que actúan como agentes económicos. Estas limitaciones a la libertad que imponen el *control de conductas* y el

control de estructuras, bajo un Estado de derecho, deben guardar necesidad, idoneidad y proporcionalidad para lograr justificación en el ordenamiento jurídico correspondiente. En el plano internacional, los Estados y las organizaciones internacionales utilizan la institución jurídica de la cortesía negativa y la cortesía positiva, así como la cooperación, para aplicar sus normas de defensa de la competencia de una manera que procure ser eficaz y armoniosa en relación con sus intereses y su política de competencia.

II

Como antecedente internacional de relevancia dirigido a establecer un sistema multilateral de defensa de la competencia identificamos a la Carta de la Habana, aprobada por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo de 1948, cuyo objetivo era establecer la Organización Internacional de Comercio, así como disciplinas multilaterales sobre comercio, empleo, desarrollo y políticas de competencia, entre otros. Este instrumento internacional, que nunca entró en vigor, se dirigía a prohibir la realización de conductas restrictivas de la competencia, estableciendo, para cada Estado miembro, la obligación de evitar, por sí mismo y en cooperación con tal organización, conductas realizadas por agentes en el mercado consistentes tanto en el abuso de una posición de dominio como en conductas colusorias anticompetitivas capaces de afectar la expansión de la producción o del comercio.

En ausencia de un marco para la defensa de la competencia en el ámbito internacional, en 1980 se determinó el Conjunto de Principios y Normas de Competencia de las Naciones Unidas, aprobado a título de recomendaciones por la Asamblea General de esta organización internacional a cargo de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Las actividades desarrolladas en su seno resultan de relevancia y referencia para el Perú y los demás miembros de la Comunidad Andina (Bolivia, Colombia y Ecuador), considerando que todos son miembros de Naciones Unidas. Este conjunto de principios y normas recomienda la armonización de las políticas de competencia nacionales –lo que incluye las normas de defensa de la competencia– para que sean compatibles, así como el establecimiento o mejora de los mecanismos de colaboración en esta materia, en particular, en los planos

regional y subregional. En el plano internacional, en el seno de la UNCTAD, resulta de referencia el contenido de la ley tipo de defensa de la competencia, que constituye una orientación específica y concreta para el establecimiento de legislación adecuada para esta defensa, cuya versión unificada más reciente es del año 2007.

III

El sistema multilateral de comercio, administrado por la Organización del Comercio (OMC) desde 1995, es un sistema que abarca disciplinas vinculantes para sus Miembros que proscriben las barreras legislativas o gubernamentales que afectan injustificadamente el comercio de bienes y servicios. Estos compromisos forman parte de la política de competencia de los sujetos de derecho internacional que conforman la OMC, considerando que esta política incluye no solamente el contenido y la aplicación de las normas de defensa de la competencia, sino también la liberalización y la desregulación del comercio, capaces de intensificar la competencia en los mercados en beneficio de sus consumidores intermedios o finales.

Bajo este entendimiento, la OMC administra el Acuerdo General sobre Tarifas Aduaneras y Comercio (GATT) que se concentra en que sus Miembros: i) progresivamente reduzcan los aranceles aduaneros mediante la consolidación de topes que no deben ser superados por cada tipo de mercancía conforme a la lista que corresponde a cada miembro de la organización; ii) como regla general, no impongan barreras comerciales no arancelarias (gravámenes y restricciones) que encarezcan o impidan la importación, regulando sus excepciones específicas no económicas (dirigidas a cumplir objetivos legítimos como la protección de la vida, la salud, el patrimonio histórico, el orden público o la moral que cada miembro determine como su estándar) y económicas (derechos antidumping, derechos compensatorios o medidas de salvaguardia); y, iii) no apliquen tratamientos discriminatorios que pongan en ventaja a las mercancías nacionales frente a las mercancías extranjeras similares importadas (trato nacional), ni que pongan en ventaja a mercancías de una procedencia extranjera frente a mercancías similares de otra procedencia también extranjera (trato de nación más favorecida). En el ámbito de los servicios, el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS), administrado por la OMC, significa un primer paso en

el sistema multilateral para la liberalización del comercio de servicios, pues esta aún encuentra en una fase inicial de desarrollo en dicho ámbito multilateral.

Sin embargo, el sistema multilateral de comercio no contempla compromisos que prohíban y corrijan barreras empresariales causadas por conductas anticompetitivas o restrictivas de la competencia, como sí fue el objetivo del Capítulo V de la Carta de la Habana (UNCTAD, 2002, pp. 20-21), dejando así incompleto el amplio espectro de lo que implicaría una política de competencia de escala global.

IV

Desde la institucionalidad y los esquemas internacionales que no abarcan el ámbito multilateral, para la política y la defensa de la competencia en la Comunidad Andina y en la jurisdicción peruana las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) significan un estándar internacional que les permite una orientación adecuada. Destaca entre estas recomendaciones el papel orientador que poseen aquellas sobre acciones eficaces contra los *cárteles* intrínsecamente nocivos, la lucha contra la manipulación de licitaciones en la contratación pública, la evaluación de concentraciones empresariales y la evaluación de la competencia, la cual incentiva la identificación y revisión de políticas públicas y regulación que pudiera generar restricciones innecesarias sobre el proceso competitivo. En particular, en relación con la jurisdicción peruana, resulta de suma utilidad para el fortalecimiento de la defensa de la competencia en el Perú el resultado del reciente examen Inter-pares de la OCDE y el BID sobre el Derecho y la política de competencia del año 2018 y sus recomendaciones.

Asimismo, la política y la defensa de la competencia en el ámbito de la Unión Europea decantan lecciones que resultan de aplicación al sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina en relación con los aspectos sustantivos del *control de conductas*, con las atribuciones de la autoridad y las mejoras que se pueden proponer para su fortalecimiento. Las lecciones que entregan la política y la defensa de la competencia en el ámbito la Unión Europea contribuyen para esta defensa en el Perú en relación con los aspectos sustantivos del *control de conductas* y del *control de*

estructuras, considerando que las reglas sustantivas y las procedimentales en la jurisdicción peruana muestran que se ha considerado la experiencia europea.

De otro lado, para el Perú, los acuerdos comerciales regionales no comunitarios de los que es parte establecen, mayoritariamente, compromisos dirigidos a establecer áreas de libre comercio que pueden abarcar la libre circulación de mercancías y la libre circulación de servicios, según se haya pactado en cada acuerdo. Ello contribuye y conforma la política de competencia junto con las normas de defensa de la competencia. Asimismo, estos acuerdos comerciales regionales no comunitarios generan para el Perú compromisos de obligatorio cumplimiento que impactan positivamente en el fortalecimiento de la política y la defensa de la competencia de nivel nacional debido a la contribución que generan dichos compromisos en relación con la claridad de los objetivos de la defensa de la competencia en esta jurisdicción y, también, gracias a que el debido proceso se instaura como principio exigido en la intervención de las autoridades para evaluar conductas y, eventualmente, corregir y sancionar aquellas que resulten anticompetitivas.

V

Específicamente en relación con el *control de conductas*, que requiere un enfrentamiento directo de los *cárteles* intrínsecamente nocivos, la OCDE señala que la implementación de un sistema de detección y sanción de *cárteles* efectivo debe incluir un programa de clemencia (*leniency*) eficaz (OCDE, 2019c). Este programa, en el marco de un *control de conductas*, implica que a cambio de confesiones y delaciones de conductas anticompetitivas que involucran a otros infractores, se otorga una reducción o exención de sanciones al recibir pruebas para detectar y sancionar *cárteles*. Su aplicación revela una mayor cantidad de procesos iniciados de oficio por parte de las autoridades de competencia. En el ámbito de las normas de defensa de la competencia en la Unión Europea se utiliza el programa de clemencia para estos propósitos antes indicados.

Sin embargo, el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina no cuenta con un programa de clemencia, pese a que su Tribunal de Justicia ha remarcado su utilidad y eficacia (Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, 2018c, pp. 3-6).

En consecuencia, resulta recomendable establecer un programa de clemencia como una herramienta del proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia. Para su diseño y establecimiento se requiere una necesaria modificación de la Decisión 608 y se debieran tomar las mejores prácticas en la aplicación de las normas de defensa de la competencia de cada Estado miembro, así como la experiencia europea.

En el ámbito nacional, en la jurisdicción peruana se presentan dos problemas que deben ser corregidos. Primero, parece necesario, por útil, que la LRCA precise que la activación de un programa de clemencia, en un caso concreto, no exime a la Secretaría-Dirección de corroborar con otras pruebas (al momento de sustentar su acusación) las declaraciones de las personas que delatan una supuesta conducta anticompetitiva en la que han participado. Ello debido a que se viene otorgando un valor pleno a las declaraciones de los delatores que persiguen exonerarse de una sanción o reducirla, sin debida corroboración. La exigencia de corroboración de declaraciones es concordante con los compromisos del Perú en acuerdos comerciales regionales donde se garantiza el debido proceso y es exigible desde el principio de debido proceso que prevé la Decisión 608 de la Comunidad Andina y que es aplicable a la jurisdicción peruana. Segundo, de mantenerse en el ordenamiento jurídico peruano el delito de *abuso de poder económico*, debiera establecerse, con rango de ley, una regla que determine que el programa de clemencia ante el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi) abarca inmunidad también frente a la acción penal pues, caso contrario, las personas naturales involucradas en conductas anticompetitivas verán reducidos sus incentivos de colaborar con la investigación administrativa y delatar.

VI

Asimismo, en relación con el *control de conductas*, el derecho al debido proceso que prevé la Decisión 608 de la Comunidad Andina y que se garantiza en los compromisos del Perú en acuerdos comerciales regionales, así como en el sistema interamericano de derechos humanos, exige el irrestricto respeto del principio de imparcialidad.

El proceso administrativo comunitario dirigido a determinar la existencia o no de conductas contrarias a las normas de defensa de la competencia se tramita de conformidad con las normas especiales de procedimiento contenidas en la Decisión 608 y en las normas generales contenidas en el Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina, aprobado en 1997 mediante la Decisión 425. Sin embargo, este último instrumento normativo no prevé normas específicas sobre procedimientos sancionadores que garanticen una adecuada separación de funciones entre quien imputa la posible conducta y quien decide si esta se encuentra acreditada y debe ser sancionada. Es decir, este reglamento no reconoce expresamente garantías mínimas correspondientes al debido proceso, en particular aquellas vinculadas a la exigencia de imparcialidad objetiva que corresponde a un proceso sancionador. Ello debe ser corregido mediante una modificación a la Decisión 425, de modo concordante con el derecho al debido proceso reconocido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la cual son parte todos los Estados miembros de la Comunidad Andina y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

En la jurisdicción peruana, en la actualidad, en los procesos administrativos seguidos ante el Indecopi en primera instancia administrativa en materia de libre competencia se evidencian dos prácticas que se encuentran reñidas abiertamente con la garantía de imparcialidad: i) la participación de la Secretaría-Dirección (*fiscal administrativo*) en las sesiones de deliberación de la Comisión (órgano decisor), a efectos de presentar el caso luego de concluida la etapa de instrucción y entregado el informe técnico que contiene la formalización de la acusación final; y, ii) la preparación y redacción del proyecto de resolución final que debe emitir la Comisión, pero que es encomendada a la Secretaría-Dirección. Esta indebida situación, como es evidente, incumple la exigencia de imparcialidad objetiva, como parte de derecho al debido proceso del administrado y afecta su derecho de defensa en el procedimiento sancionador, perjudicando su presunción de inocencia (o presunción de licitud administrativa) al confundirse y contaminarse los roles, que deben ser diferentes y estar separados, del órgano instructor y acusador. La legislación peruana es clara. Se trata de una inconducta material que debe ser necesariamente corregida para fortalecer la legalidad y la legitimidad de la defensa de la competencia.

VII

Adicionalmente, en relación con el *control de conductas*, la responsabilidad de las personas naturales y de las personas jurídicas por la realización de conductas anticompetitivas solamente puede ser atribuida si se comprueba efectivamente, mediante prueba plena, con el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*) que han cometido dicha conducta. Ello debido a que el estándar probatorio para vencer la presunción de inocencia, que corresponde a una persona natural o jurídica, debe ser la más exigente posible.

Debe anotarse que el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina no señala expresamente cuál es el estándar de prueba para atribuir a una persona natural o jurídica responsabilidad administrativa por la realización de una conducta anticompetitiva. La jurisprudencia aún guarda silencio sobre la confirmación de dicho estándar. Consideramos que en este sistema debe imperar la presunción de inocencia y reconocerse jurisprudencialmente, cuando un caso lo permita, que el estándar de prueba exigido para acreditar la realización de una conducta anticompetitiva es el estándar de prueba más allá de toda duda razonable (*beyond a reasonable doubt*).

El caso de la jurisdicción peruana la situación resulta grave, pues la autoridad nacional de defensa de la competencia afirma que, en su función de declarar la existencia de conductas anticompetitivas, corregirlas y sancionarlas, no le corresponde aplicar el estándar de prueba penal. Ello debe ser corregido jurisprudencialmente para que en sede peruana se garantice la presunción de inocencia, la cual solamente debe ser vencida mediante prueba plena, respetando así el derecho constitucional a la presunción de inocencia.

VIII

El sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina carece de un mecanismo de *control de estructuras* dirigido a analizar y, eventualmente, condicionar, prohibir o escindir las concentraciones empresariales (generadas por una fusión, adquisición o constitución de empresa en común o de *joint venture*, entre otros) que, por sus circunstancias concretas, pudieran afectar significativamente la

competencia efectiva en alguno de los mercados integrados en la Comunidad Andina y, en consecuencia, el bienestar de los consumidores. Ante ello, no es posible jurídicamente, mediante una nueva Decisión o mediante la modificación de la Decisión 608, establecer un mecanismo de *control de estructuras* comunitario. Ello debido a que el Acuerdo de Cartagena, como instrumento normativo de derecho originario, no prevé esta habilitación, dado que se refiere únicamente a prácticas que afecten la competencia, entendidas como conductas anticompetitivas (*control de conductas*). En consecuencia, el establecimiento de un mecanismo de *control de estructuras* requeriría tanto de una modificación del Acuerdo de Cartagena como de una apreciación de clara necesidad para establecerlo, en línea del cumplimiento de altos estándares de calidad regulatoria.

Sin embargo, las autoridades nacionales de los Estados miembros debieran cooperar al aplicar el *control de estructuras* en cada una de sus propias jurisdicciones, en particular ante una misma operación con efectos en más de una de ellas. Tal cooperación debiera producirse en el seno de la *Red Andina de Autoridades de Competencia* que se propone en esta tesis. Ello es recomendable considerando que internacionalmente se evidencia la convergencia de los criterios sustantivos que permiten la evaluación de las operaciones de concentración empresarial (OCDE, 2013b, p. 36) que se vienen decantando como un sistema internacional que evoluciona progresivamente mediante la retroalimentación mutua.

Por su parte, en la jurisdicción peruana, el mayor problema que enfrenta el *control de estructuras* vigente desde el año 2021 es que el reglamento ha excedido el texto de la LCCE, determinando que es posible el inicio de un procedimiento de revisión de oficio de una operación de concentración empresarial hasta un año (1) año después de su cierre formal, pudiendo ordenarse la enajenación de las acciones o activos adquiridos si se considera que una operación genera posibles efectos restrictivos significativos de la competencia. Sin embargo, la LCCE no prevé un control posterior de operaciones de concentración empresarial.

Así, el reglamento de la LCCE ha materializado un grave exceso que resulta ilegal por superar el texto de la ley y que resulta inconstitucional debido a que viola el principio fundamental de jerarquía normativa aplicable en la jurisdicción peruana. De otro lado,

afecta injustificada y desproporcionadamente el principio y derecho de libertad de empresa y de libertad contractual, así como el principio y derecho a la propiedad. Este exceso resulta, asimismo, contrario a las pautas establecidas por la OCDE que recomienda el aseguramiento de normas claras en relación con el control de fusiones y adquisiciones (OCDE, 2005). Se espera el resultado de una demanda constitucional de Acción Popular que debiera declararse fundada, dejando sin efecto las indicadas disposiciones reglamentarias ilegales.

IX

En relación con las exigencias de calidad regulatoria, que es un componente de la política de competencia complementario a las normas de defensa de la competencia, debe tenerse en cuenta, como reflejo del estándar internacional, la recomendación del Consejo de la OCDE sobre evaluación de la competencia (OCDE, 2019b). Esta orienta, entre otros, a la creación de un proceso que revise de manera constante todas las políticas públicas y regulaciones, existentes o propuestas, para evitar cualquier tipo de restricción innecesaria sobre el proceso competitivo, priorizando las alternativas que más favorezcan la intensidad de la competencia y haciendo que los principios de esta evaluación sean parte de la institucionalidad de los poderes públicos. Ello considerando que la política de competencia comprende también la liberalización y la desregulación del comercio. En suma, esta recomendación promueve altos estándares de calidad regulatoria mediante la previsión de procesos previos (ex ante) o posteriores (ex post), que permitan evitar o eliminar, respectivamente, políticas y regulaciones capaces de afectar la actuación de los agentes económicos de un modo que se restrinja el proceso competitivo sin un objetivo legítimo o mediante medidas carentes de idoneidad o de proporcionalidad.

En el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina se aprecia que el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia, conforme a la Decisión 608, se encuentra habilitado a emitir recomendaciones tendientes a eliminar lo que se entiende como barreras burocráticas que, por ser contrarias a principios de razonabilidad, de proporcionalidad o de simplificación administrativa o contrarias a normas imperativas, sean capaces de afectar la libertad económica en los mercados de la Comunidad Andina y, en consecuencia, la competencia efectiva. Esta función encomendada a

dicho Comité debe desarrollar propiamente lo que se entiende por *abogacía* o *promoción de la competencia* con el propósito de contribuir con la calidad regulatoria en los mercados de la Comunidad Andina, identificando y revisando políticas públicas y regulación que pudiera generar restricciones innecesarias sobre el proceso competitivo, en concordancia con la correspondiente recomendación de la OCDE (2019b). Sin embargo, a la fecha, dicho Comité no ha mostrado resultados concretos en el ejercicio de este mandato, lo cual debe ser corregido dada la alta relevancia de esta función.

En el caso peruano, las orientaciones de la OCDE cobran especial relevancia, dado que en esta jurisdicción existe un sistema de eliminación de barreras burocráticas que permite inaplicar normas o exigencias que, siendo ilegales o irracionales, sean capaces de afectar el ingreso o permanencia de los agentes económicos en determinados mercados, lo que atenúa la intensidad del proceso competitivo. Este sistema de eliminación resulta complementario a las normas de defensa de la competencia, dado que es capaz de resguardar tal intensidad, haciendo parte de la política de competencia. Sin embargo, en la jurisdicción peruana se requiere que la eliminación de barreras burocráticas y de barreras no arancelarias se desarrolle con mayor celeridad, debiendo dejar la doble instancia administrativa y transitar a la instancia única administrativa, mediante una modificación legal.

X

Asimismo, también en relación con las exigencias de calidad regulatoria, complementarias a las normas de defensa de la competencia, reiterando la relevancia de la recomendación del Consejo de la OCDE sobre evaluación de la competencia (OCDE, 2019b), se evidencia que el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina tiene una oportunidad de mejora relacionada con incluir procesos previos (*ex ante*) o posteriores (*ex post*) que permitan evitar o eliminar, respectivamente, políticas y regulaciones capaces de afectar la actuación de los agentes económicos de un modo que se restrinja el proceso competitivo sin un objetivo legítimo o mediante medidas carentes de idoneidad o de proporcionalidad.

En la jurisdicción peruana existe una versión acotada del *análisis de impacto regulatorio* (RIA) que promueve la OCDE, pues solo se aplica al diseño de procedimientos administrativos, pero no se aplica propiamente al contenido sustantivo la regulación que aprueban las entidades del Poder Ejecutivo sobre la actividad empresarial. Ello debe ser ampliado, de modo que pueda asegurarse la calidad regulatoria de dicho contenido sustantivo. Asimismo, resulta necesario extender este sistema de calidad regulatoria a los niveles de gobierno regional y local de la jurisdicción peruana. Ello con el fin de evitar o suprimir procedimientos o exigencias que constituyan barreras burocráticas que impiden, dificultan o encarecen la actividad empresarial en una economía social de mercado, reduciendo la competencia y afectando el bienestar de los consumidores intermedios o finales.

XI

En relación con la liberalización y la desregulación del comercio interno y externo, que son complementarias a las normas de defensa de la competencia, se debe prestar especial atención a la aplicación de medidas de defensa comercial. Estas medidas se aplican conforme a lo dispuesto por el Acuerdo Antidumping, el Acuerdo sobre Subvenciones y el Acuerdo sobre Salvaguardias de la OMC, así como conforme a lo dispuesto los acuerdos comerciales regionales en lo que corresponda. Estos instrumentos internacionales reconocen que las medidas de defensa comercial son de aplicación excepcional sobre la importación de mercancías, pues la regla es la liberalización del comercio que intensifica la competencia y beneficia a los consumidores.

Para la construcción de una política de competencia que sustente la defensa de la competencia en la Comunidad Andina resulta necesario reconocer, precisamente, la vinculación entre las medidas de defensa comercial y esta política y, desde lo jurídico, afinar su grado de complementariedad o de sustitución. Así, por ejemplo, muchas de las medidas de salvaguardia intracomunitarias que prevé el Acuerdo de Cartagena permiten niveles de protección a la producción nacional de mercancías de los Estados miembros que son capaces de afectar la competencia efectiva en el mercado comunitario, por lo que atentan contra los *objetivos generales del sistema de defensa de la competencia comunitario*. Tales medidas de salvaguardia intracomunitarias

parecen diseñadas para contribuir con la viabilidad de un proceso de integración en su formación o en períodos de transición, pero no para mantener una posible aplicación incluso más de quince (15) años después de haberse establecido el área de libre comercio *plus* en la Comunidad Andina y gozar de una existencia indefinida. Así, las medidas de salvaguardia intracomunitarias dirigidas a proteger a la industria local de los Estados miembros deben ya eliminarse y deben revisarse detalladamente otros tipos de salvaguardias para restringirlas al máximo y, en todo caso, hacer más beneficiosa su aplicación intracomunitaria que la aplicación extracomunitaria de salvaguardias que sean de la misma naturaleza.

En el ámbito nacional, conforme a los instrumentos internacionales antes señalados, la imposición de los derechos antidumping y de los derechos compensatorios debe encontrarse vigente solamente durante el tiempo necesario para contrarrestar la práctica de dumping o la subvención que, correspondientemente, genera el daño o la amenaza de daño importante. En todo caso, estas medidas tienen una duración máxima de cinco años desde la fecha de su imposición o del último examen realizado para determinar la necesidad de su mantenimiento, conforme señala el artículo 11 del Acuerdo Antidumping y el artículo 21 del Acuerdo sobre Subvenciones. Sin embargo, a la fecha, se constata que la Comisión de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales no Arancelarias del Indecopi viene aplicando y renovando la vigencia de dichos derechos por plazos de cinco años, original y sucesivamente, sin expresión de análisis y fundamento para ello, en los casos bajo su conocimiento. Ello es capaz de afectar la intensidad del proceso competitivo en determinados mercados en la jurisdicción peruana, lo que afecta el bienestar de los consumidores intermedios o finales injustificadamente. Esta situación debe ser corregida para estimular la competencia.

XII

Producto de la investigación que nos ha permitido el desarrollo de esta tesis, consideramos que, además de las principales propuestas dirigidas a fortalecer la política de competencia y la defensa de la competencia de la Comunidad Andina y en la jurisdicción peruana, expresadas previamente en estas conclusiones, se deben considerar también los demás lineamientos formulados como propuestas de mejora

para el sistema de defensa de la competencia de la Comunidad Andina (en el numeral 2.3.5 de esta tesis). Estos lineamientos en el ámbito comunitario andino sugieren la conformación de un equipo técnico especializado en materia de defensa de la competencia en la Secretaría General, que es el órgano ejecutivo; la institucionalización de una Red Andina de Autoridades de Defensa de la Competencia y la reactivación del Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia; la formación de una cultura de competencia comunitaria y de atención sobre los intereses del consumidor; la construcción de una política de competencia que integre el libre comercio con la intensidad en el proceso competitivo en los mercados comunitarios; la redistribución de competencias administrativas que permita la actuación oportuna de las autoridades comunitarias y nacionales; y, la incorporación de un *régimen común de ayudas públicas*, inspirado en el que existe en la Unión Europea, con el fin de evitar que estas ayudas afecten la competencia efectiva en el espacio económico integrado andino.

Asimismo, se deben considerar también los demás lineamientos formulados como propuestas de mejora para la política de competencia y la defensa de la competencia en la jurisdicción peruana (en el numeral 3.6 de esta tesis). Estos lineamientos en el ámbito nacional sugieren la necesidad de otorgar autonomía constitucional para el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi); seleccionar mediante concurso público de méritos a quienes dirigen dicha institución y a quienes en ella ejercen como autoridades de defensa de la competencia y órganos de instrucción; y, que este Instituto cuente con todos los recursos que le permitan atender sus casos dentro de los plazos legales, con altos estándares de calidad en la justicia administrativa que imparten. Resulta necesario también prever en el ámbito del *control de conductas* unificado que se incluya la responsabilidad del Indecopi sobre la supervisión, corrección y sanción de conductas anticompetitivas en los mercados correspondientes a los servicios públicos de telecomunicaciones; un reforzamiento en la prevención e identificación de situaciones potencialmente anticompetitivas en la contratación pública; y, una metodología para determinar la subsidiariedad en relación con la actividad empresarial del Estado para evitar que tal actividad distorsione el proceso competitivo en los mercados de la jurisdicción peruana. Finalmente, el establecimiento de una Red de defensa de la libre iniciativa privada, con actores públicos y privados, en la jurisdicción peruana resulta

necesario para generar conciencia sobre la importancia de la defensa de la competencia y la calidad regulatoria para contribuir con el desarrollo de la actividad empresarial y la intensidad del proceso competitivo que genera bienestar para los ciudadanos y sus familias.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

ANDERMAN, S. (1998). *EC Competition Law and Intellectual Property Rights: The Regulation of Innovation*. Oxford: Clarendon Press Oxford.

AREEDA, P. y KAPLOW, L. (1997). *Antitrust Analysis*, New York: Aspen Law & Business.

ARIÑO, G. (2004). *Principios de Derecho Público Económico*. Lima: Ara.

ARNOLD, R. (2001). *Economics*. (5° ed.). Cincinnati: South-Western College Publishing.

ARPIO, J. (2004). *Las ayudas públicas ante el Derecho Europeo de la Competencia*. Navarra: Aranzadi.

BEZADA, J. y ZAMBRANO, E. (2021). Las políticas de competencia. En: C. ESPLUGUES y P. STUCCHI (Eds), *Derecho del comercio internacional peruano*. (s/p). Valencia: Tirant lo Blanch.

BLANKE, G. (2006). *The use and utility of international arbitration in EC Commission merger remedies: A novel supranational paradigm in the making?* Groningen: Europa Law Publishing.

BUENDÍA SIERRA, J. L. (2005). Derechos especiales y exclusivos, servicios públicos y servicios de interés económico general. En: J. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (Dir), *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España* (4 tomos, pp. 1055-1154). Madrid: Bosch.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2005a). *Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia*. (2da ed., Vol 1). Buenos Aires: Heliasta.

CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G. (2005b). *Derecho antimonopolico y de defensa de la competencia*. (2da ed., Vol 2). Buenos Aires: Heliasta.

CABRILLO, F. (2005). Objetivos de una política de defensa de la competencia. En: S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBO (Dir), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea* (pp. 21-30). Madrid: Marcial Pons.

CASTILLO DE LA TORRE, F. (2005). Reglamentaciones públicas anticompetitivas. En: J. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (Dir), *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España* (4 tomos, pp. 1301 – 1391). Madrid: Bosch.

CCI, UNCTAD y OMC (1996). *Guía de la Ronda de Uruguay para la Comunidad Empresarial*. Ginebra: CCI / CS.

COLOMA, G. (2003). *Defensa de la Competencia - Análisis económico comparado*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.

CONDE GALLEGO, B. (2014). *Dimensión internacional del Derecho de la libre competencia*, en: *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad*. (Tomo I). Valencia: Tirant Lo Blanch.

CORTÁZAR, J. (2012). Andean competition law: looking for the private sector, or the quest for the missing link in antitrust. En: J. DREXL, M. BAKHOUM, E. FOX, M. GAL y D. GERBER (Eds.), *Competition Policy and Regional Integration in Developing Countries* (pp. 133-158). Edward Elgar Publishing. <https://doi.org/10.4337/9781781004319>

CREUS, A. y AMADOR, O. (2005). Procedimientos administrativos ante la Comisión Europea y Control Jurisdiccional del TJCE. En: J. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (Dir), *Tratado de Derecho de la Competencia Unión Europea y España* (4 tomos, pp. 752-832). Madrid: Bosch.

DABBAH, M. (2010). Future directions in bilateral cooperation. En: A. GUZMAN (Ed.), *Cooperation, comity, and competition policy* (pp. 287-299). Oxford: Oxford University Press.

DI FILIPPO, A. y FRANCO, R. (2000). *Integración regional, desarrollo y equidad*. México: Siglo Veintiuno - Comisión Económica para América Latina.

DÍEZ ESTELLA, F. (2014). El abuso de posición de dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia. En: J. GARCÍA-CRUCES (Coord), *Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad* (pp. 255-334) (Tomo I). Valencia: Tirant Lo Blanch.

DORNIS, T. (2017). International Comity: A Doctrine of Self-Restraint. En: *Trademark and Unfair Competition Conflicts: Historical-Comparative, Doctrinal, and Economic Perspectives* (pp. 381-490). Cambridge: Cambridge University Press. doi:10.1017/9781316651285.006

ECHEBARRÍA, A. (2005). Acuerdos verticales. En: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (pp. 103-156). Valladolid: Lex Nova.

ESPLUGUES, C. y STUCCHI, P. (2021). Estructura institucional del comercio internacional. En: C. ESPLUGUES y P. STUCCHI (Eds), *Derecho del comercio internacional peruano (s/p)*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- ESTOA, A. (2006). *El control de ayudas del Estado*. Madrid: Iustel.
- EVENETT, S. (2005). What we can really learn from the competition provisions of RTAs. En: P. BRUSICK, A. ALVAREZ y L. CERNAT (Ed), *Competition Provisions in Regional Trade Agreement: How to Assure Development Gains* (pp. 39-65). New York / Ginebra: United Nations / UNCTAD.
- FALLA, A. y QUINTANA, E. (2003). Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina. En: *Derecho Comunitario Andino* (pp. 143-176). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- FERNÁNDEZ, M. (2005). La contratación pública en la Unión Europea. En: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (pp. 585-621). Valladolid: Lex Nova.
- FERNÁNDEZ-BACA, J. (2006). *Organización Industrial*, Lima: Universidad del Pacífico.
- FLORES, A. (1998). *Proteccionismo versus librecambio. La economía política de la protección comercial en México, 1970-1994*. México: Fondo de Cultura Económica.
- FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B. (2006). La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución. En: S. MARTÍNEZ y A. PETITBO, *El abuso de posición dominante* (pp. 75-95). Madrid: Marcial Pons.
- FONT GALÁN, J. y MIRANDA SERRANO, L. (2005). *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*. Madrid: Marcial Pons.
- FOX, E. (2010). Antitrust without borders. From roots to Codes to Networks. En: A. GUZMAN (Ed.), *Cooperation, comity, and competition policy* (pp. 265-285). Oxford: Oxford University Press.
- FRANK, R. (1992). *Microeconomía y Conducta*. Madrid: McGraw-Hill/Interamericana de España.
- FRIEDMAN, M. y FRIEDMAN, R. (1980). *Free to Choose*. New York: Harcourt Brace Jovanovich.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. (1993). *Curso de Derecho de Administrativo*. (Tomo II, 4ta ed.). Madrid: Civitas.
- GERADIN, D., REYSEN, M. y HENRY, D. (2010). Extraterritoriality, comity, and cooperation in EU competition law. En: A. GUZMAN (Ed.), *Cooperation, comity, and competition policy* (pp. 21-44). Oxford: Oxford University Press.
- HERRERO, C. (2005). Control de las concentraciones de empresas. En: L. VELASCO SAN PEDRO (coord.), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (pp. 435-481). Valladolid: Lex Nova.

ISAAC, G. (1995). *Manual de Derecho Comunitario General*. (3ra ed.). Barcelona: Ariel.

JACKSON, J. (2000). *The Jurisprudence of GATT & WTO*. Cambridge: Cambridge University Press.

JENNY, F. y HORNA, P. (2005). Modernization of the European system of competition law enforcement: lessons for other regional groupings. En: P. BRUSICK, A. ALVAREZ y L. CERNAT (Ed), *Competition Provisions in Regional Trade Agreement: How to Assure Development Gains* (pp. 285-331). New York / Ginebra: United Nations / UNCTAD.

JIMÉNEZ LATORRE, F. (2005). La persecución de cárteles: la política de clemencia. En: S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBO (Dir), *La modernización del derecho de la competencia en España y en la Unión Europea* (pp. 127-153). Madrid: Marcial Pons.

KHEMANI, R. S. (2002). *Aplicación de las Leyes sobre la Competencia: Exenciones y Excepciones*. (UNCTAD/DITC/CLP/Misc.25). Ginebra: UNCTAD.

KOKKORIS, I. (2010). *The gap in the ECMR and national merger legislations*. Londres: Routledge.

KRESALJA, B. y OCHOA, C. (2009). *Derecho constitucional económico*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

LAGUNA DE PAZ, J. (2005). El Derecho de la Competencia a la luz de un Derecho Administrativo Garantista. En: *Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina* (pp. 51-67). Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

LEFTWICH, R. (1978). *Sistema de precios y asignación de recursos*. México: Nueva Editorial Interamericana.

LINDBLOM, C. (2002). *El sistema de mercado*. Madrid: Alianza Editorial.

LINDSEY, B. y IKENSON, D. (2003). *Antidumping Exposed*. Washington: Cato Institute.

MALDONADO, H. (1999). *Treinta años de integración andina: Balance y perspectivas*. Lima: Secretaría General de la Comunidad Andina.

MARDSSEN, P. (2010). The curious incident of positive comity — the dog that didn't bark (and the trade dogs that just might bite). En A. GUZMAN (Ed.), *Cooperation, comity, and competition policy* (pp. 301-318). Oxford: Oxford University Press.

MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. (2005). Ayudas públicas. En: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (pp. 487-579). Valladolid: Lex Nova.

MASTEL, G. (1998). *Leyes comerciales de los Estados Unidos como resultado de la Ronda Uruguay*. Buenos Aires: Heliasta.

MATHIS, J. (1997). *Aspectos institucionales del control de fusiones regionales. Políticas de competencia e integración: Opciones y necesidades*. Centro de Formación para la Integración Regional.

MEHTA, P. y NANDA, N. (2005). The role of civil society in promoting competition culture and competition advocacy at the regional level. En: P. BRUSICK, A. ALVAREZ y L. CERNAT (Ed), *Competition Provisions in Regional Trade Agreement: How to Assure Development Gains* (pp. 255-281). New York / Ginebra: United Nations / UNCTAD.

MINDREAU, M. (2005). *Del GATT a la OMC*. Lima: Universidad del Pacífico.

MOCHÓN, F. (2001). *Introducción a la macroeconomía*. (2da ed.). Madrid: McGraw-Hill.

MONTERO PASCUAL, J. (2013). Regulación económica y Derecho de la competencia. En: A. RUIZ (Dir.), *Fundamentos de Regulación y Competencia (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de políticas públicas)* (pp. 81-111). Madrid: Iustel.

MORÓN, J. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. (9na ed.). Lima: Gaceta Jurídica.

MOTTA, M. (2004). *Competition Policy – Theory and practice*. New York: Cambridge.

NIHOUL, P. (2005). *Introducción al Derecho de la Competencia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

NOVAK, F. (2003). La Comunidad Andina y su ordenamiento jurídico. En: *Derecho Comunitario Andino* (pp. 57-100). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

NOVAK, F. y GARCÍA-CORROCHANO, L. (2002). *Derecho Internacional Público*. (Tomo II, Vol. 2). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

ORTIZ, G. (2005). La Libre Competencia en la Comunidad Andina. En: *Legislación y Políticas de Competencia en la Comunidad Andina* (pp. 198-204). Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (Indecopi).

PASCUAL, J. (2008). *Régimen jurídico de las subvenciones públicas*. (5ta. ed.). Madrid: Boletín Oficial del Estado.

PESCATORE, P. (1973). *Derecho de la Integración: nuevo fenómeno en las relaciones internacionales*. Buenos Aires: Instituto para la Integración de América Latina (INTAL) – BID.

POSNER, R. (1997). *Economic Analysis of Law*. (5th ed.). New York: Aspen & Law Business.

QUINDIMIL, J. A. (2006). *Instituciones y Derecho de la Comunidad Andina*. Valencia: Tirant lo Blanch.

QUINDIMIL, J. A. (2012). El acceso a Tribunales de justicia supranacionales: aportes desde la Comunidad Andina y su incipiente ciudadanía comunitaria. En: M. HERNÁNDEZ, A. SAIZ, A. TORRES y M. ZELAIA (Dir.), *Tribunales en organizaciones de integración: Mercosur, Comunidad Andina y Unión Europea* (pp. 101-124). Navarra: Thomson-Reuters.

QURESHI, A. (2006). *Interpreting WTO Agreements. Problems and Perspectives*. Cambridge: University Press Cambridge.

RIVOT, S. (2013). *Keynes and Friedman on Laissez-Faire and Planning: 'Where to draw the line?'*. Londres: Routledge.

SACRISTÁN, M. (2005). Abuso de posición dominante. En: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (pp. 307-358). Valladolid: Lex Nova.

SALMÓN, E. (2003). Evolución institucional de la Comunidad Andina: perspectivas y problemas. En: *Derecho Comunitario Andino* (pp. 21-56). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTOFIMIO GAMBOA, J. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo – Introducción*. (Tomo I). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SAUTER, W. (1997). *Competition Law and industrial Policy in the EU*. Oxford: Clarendon Press Oxford.

SINAN, I y UPHOFF, J. (2005). Power(s) and privilege: The Commission's powers to obtain and use information under the new competition rules. *The 2006 Handbook or Competition Enforcement Agencies*, iii-vii.

SLAUGHTER, A. (2004). *A New World Order*. Princeton University Press.

SORENSEN, M. (ed). (1973). *Manual de Derecho Internacional Público*. México: Fondo de Cultura Económica.

STUCCHI, P. (2008) Libre comercio de mercancías y servicios. En: F. CANTUARIAS y P. STUCCHI (Ed.), *TLC Perú - Estados Unidos: contenido y aplicación* (pp. 49-141). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

STUCCHI, P. (2015). La liberación del comercio y las medidas de defensa comercial. En: F. CANTUARIAS, J. BARBOSA, P. STUCCHI y M. LOZANO (Ed.), *Acuerdo Comercial entre Colombia, Perú y la Unión Europea* (pp. 305-351). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana y Universidad del Pacífico.

TAMAMES, R. y HUERTA, B. (1999). *Estructura Económica Internacional*. (19na ed.). Madrid: Alianza Editorial.

VAN DEN BOSSCHE, P. y ZDOUC, W. (2005). *The Law and Policy of the World Trade Organization*. Cambridge: University Press Cambridge.

VELASCO SAN PEDRO, L. (2005). El Derecho Europeo de la competencia. En: L. VELASCO SAN PEDRO (Coord), *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas* (pp. 39-50). Valladolid: Lex Nova.

VERMULST, E. *The WTO Antidumping Agreement*. Oxford: Oxford University Press.

VOGELAAR, F. (2007). *The European Competition Rules – Landmark Cases of the European Courts and the Commission*. (2da ed.). Groningen: Europa Law Publishing.

WHISH, R. (2001). *Competition Law*. (4ta ed.). Londres: Butterworths.

WINSLOW, T. (2004). *Legislación y Política de Competencia en el Perú. A Peer review elaborado para la Segunda Reunión del Foro Latinoamericano de Competencia*. Lima: Indecopi.

WITKER, J. (2000). *Derecho de la Competencia en América*. Santiago de Chile: Fondo de Cultura Económica.

ARTÍCULOS

ALLIENDE, M. (2021). El nuevo sistema de control de concentraciones empresariales en Perú a la luz de la experiencia chilena. *Themis*, (78), 279-303.

ARTAZA VARELA, O. (2017). La colusión como forma de agresión a intereses dignos de protección por el Derecho Penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, 2 (30), 339-366.

AVI-YONAH, R. S. (2003). National Regulation of Multinational Enterprises: An Essay on Comity, Extraterritoriality, and Harmonization. *Columbia Journal of Transnational Law*, 42(1), 5-34.

AYVAR, R. y HERNÁNDEZ, M. (2021). ¿Cumplimiento o recompensa? He ahí el dilema. *Themis*, (78), 117-139.

BACA, V. (2018). El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, con especial mirada al caso peruano. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (21), 313-344.

BLAUBERGER, M. y KRAMER, R. (2010). European Competition vs. Global Competitiveness: Transferring EU Rules on State Aid and Public Procurement Beyond Europe. *ESRC Centre for Competition Policy, Working Paper 10-10*. <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1656961>

BORDA, W. (2021). Alcances e interrelación de las prácticas colusorias horizontales en el marco de la Ley de Represión de conductas anticompetitivas. *Themis*, (78), 189-206.

BOSHOFF, W. (2013). Why define markets in competition cases? *Stellenbosch Economic Working Papers*, (10/13).

BRADFORD, A., CHILTON, A., LINOS, K., y WEAVER, A. (2019). The Global Dominance of European Competition Law Over American Antitrust Law. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3339626>

CAMPBELL, A. y ROWLEY, J. (2008). The internationalization of unilateral conduct laws-conflict, comity, cooperation and/or convergence?. *Antitrust Law Journal*, 75(2), 267-351.

CANEDO, M. (2006). El Reglamento 1/2003 del Consejo sobre procedimiento en materia de Derecho de la competencia y sus implicaciones en el ordenamiento jurídico interno. *Revista Ekonomiaz*. N° 61, 1er Cuat. Pp. 82-107.

CAVERO, E. (2011). “Usted abusó” El Abuso de Procesos Legales frente a los derechos de acción y petición. *Revista de Derecho Administrativo*, (10 – Tomo 2), 259-271.

CAVERO, E. (2014). ¿No te puedes concentrar? Algunas reflexiones sobre la llamada “concentración de medios”. *Gaceta Jurídica*, (243).

CORTÁZAR, J. (2006). Decisión 608 de la Comunidad Andina: Un paso adelante para el sistema antimonopolios de la Región. *Revista Derecho Competencia*, 2(2), pp. 123-152.

DEFAZ, M. (2000). Competencia y derecho en la Comunidad Andina y en Ecuador. *Alegatos*, (44), 161-176.

EZRACHI, A. (2018). EU Competition Law Goals and the Digital Economy. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3191766>

FERNÁNDEZ, C. Y YAGÜE, S. (s.f.). *Procedimientos administrativos en materia de infracciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*. Cuatrecasas, Goncalvez Pereira.
https://www.cuatrecasas.com/media_repository/docs/esp/procedimientos_administrativos_en_materia_de_infracciones_de_los_articulos_101_y_102_del_tratado_de_funcionamiento_de_la_union._49.pdf

FERNÁNDEZ, G. (2003). Vigencia de la Integración andina en el contexto de las negociaciones internacionales. *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, (12), 17-42. Madrid: Instituto Universitario de Cooperación y Desarrollo de la Universidad Complutense de Madrid.

- FERNÁNDEZ PÉREZ, A. (2014). La cooperación de la Unión Europea con terceros países en materia de defensa de prácticas anticompetitivas: hacia un modelo de “nueva generación”. *La Ley Unión Europea*, 21, 23-41.
- FLORÍNDEZ, F., VELARDE, S. y ZÚÑIGA, L. (2021). ¿Cárcel para colusores? Reflexiones sobre la criminalización de las prácticas anticompetitivas en el Perú. *Themis*, (78), 207-217.
- FOX, E. (2007). Economic Development, Poverty and Antitrust: The other path. *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, 12(2), 211-236. Los Ángeles.
- GÓMEZ APAC, H. (2009). El rol instructor de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia. *Revista De Derecho Administrativo*, (7), 472-483.
- GONZÁLES, J. y YÁBAR, S. (2021). Cuando el remedio resulta peor que la enfermedad: riesgos el control administrativo de precios. *Themis*, (78), 43-57.
- ILLESCAS, R. (2003). El futuro de la aplicación del derecho europeo de la competencia tras el Reglamento (CE) 1/2003. *Foro de Derecho Mercantil*. (1), 79-93.
- LÓPEZ, J. (2005). El Acuerdo Comercial de Relaciones Económicas más estrechas entre Australia y Nueva Zelanda. *Revista México y la Cuenca del Pacífico*. 8(25), 20-26. Guadalajara: Centro Universitario de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad de Guadalajara.
- MARCOS, F. (2005). Downloading competition law from a regional trade agreement (RTA). A new strategy to introduce competition law in Bolivia and Ecuador. Contribución en: *Séptima sesión del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Políticas de Competencia*. Ginebra: UNCTAD.
- MARCOS, F. (2020). *Informe técnico y legal sobre la separación funcional entre la secretaría técnica y la comisión de defensa de la libre competencia del INDECOPI*. [Informe jurídico privado de junio de 2020].
- MAUDES, A. y CONTRERAS, J. (2011). La Comunicación de la UE sobre la modernización del sistema de control de las ayudas estatales: la visión de la CNC. *Anuario de la competencia*, 133-151. Fundación ICO.
- NEUMANN, M. (2015). Efficiency Defense in EU and US Horizontal Merger Control if Costs are Endogenous. *German Economic Review*, 17(1), 48-60. doi:10.1111/geer.12066
- NGUYEN, T. (2012). Defining Relevant Market Under the European Union Competition Law - Regulations and Practice - Experience for Vietnam. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2069995>
- O'NEILL, C. (2013). La colaboración eficaz y la libre competencia: INDECOPI atrapado en el dilema del prisionero. *Forseti*, (1), 30-91.

ORTIZ, G. (2001). La normativa comunitaria en materia de libre competencia en la Comunidad Andina. *Revista Themis*, (42), 155-161. Lima: editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ORTIZ-BAQUERO, I. Y SOLANO-OSORIO, D. (2016). La aplicación pública de las normas de libre competencia en la Comunidad Andina y sus países integrantes. *Vniversitas*, (132), 311-348.

OTERO, C. (2001). El alcance extraterritorial del derecho de la competencia y su utilización como medida comercial. Las perspectivas estadounidense, comunitaria y española. *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 212, 34-56.

OTERO, L. (2006). El Derecho de la Competencia en Bolivia. *Revista Derecho Competencia*. 2(2), 15-31.

PÉREZ, M. (2015). El criterio de la eficiencia económica (efficiency defence) en el ámbito del control de concentraciones en la Unión Europea. *Anuario de la Competencia*, 307-340. Fundación ICO.

PÉREZ FERNANDEZ, F. (2020). *Estándares de prueba del daño en las acciones de responsabilidad civil contra cárteles bajo derecho español y de la UE*. (Working Paper IE Law School AJ8-250 11-03-2020). <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3728898>

PINEDA, J. (2013). Incongruencias en la ley de competencia: un análisis al artículo 3 y al literal f del artículo 10.2. *Revista Jurídica del Perú*, 205-223.

POIRIER-GARNEAU, V. y ZUMAETA, F. (2021). Distanciamiento empresarial: riesgo de “contagio” en alianzas y fusiones. *Themis*, (78), 357-376.

QUINTANA SÁNCHEZ, E. (2002). Prohibición de negativas injustificadas de trato: ¿equilibrando la libertad de contratar y la libre competencia? *Ius Et Veritas*, 13 (25), 378-389.

QUINTANA SÁNCHEZ, E. (2005). Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? *Themis*, (51), 179-204.

QUINTANA SÁNCHEZ, E. (2015). Una mirada descentralizada al enjuiciamiento de cárteles en el Perú. *Derecho PUCP*, (74), 269-291.

RAMÍREZ, M. (2013). El non bis in ídem en el ámbito administrativo sancionador. *Revista de Derecho*, (40), 1-29.

REJANOVINSCHI, M. (2017). Hacia la protección del consumidor en la Comunidad Andina. *Anuario de Investigación del CICAJ 2016*, 215-261.

RUIZ, G. (2011). Aspectos conceptuales sobre la determinación de multas en los casos de Libre Competencia. *Revista de Derecho Administrativo*, (10 - Tomo 1), 117-128.

SCHULTZ, T. y RIDI, N. (2017). Comity and International Courts and Tribunals. *Cornell International Law Journal*, 50(3), artículo 5.

SCISKALOVÁ, M. Y MÜNSTER, M. (2014). Definition and Characteristics of State Aid. *Procedia - Social and Behavioral Sciences*, 110, 223-230. <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2013.12.865>

SHAPIRO, C. (2021). Vertical Mergers and Input Foreclosure: Lessons from the AT&T/Time Warner Case. *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3774605>

SHIKHA, N. (2010). Competition and the WTO – A Dead End. *Ankara Law Review*, 7, 91-108.

SOBRINO, J. (2001). El Derecho de la Integración. *Revista Themis*, (42), 7-27. Lima: editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SOTO, J. (2013). A propósito de un elemento esencial de la defensa de la competencia en Europa: las facultades de investigación de la comisión en materia de inspección. *FORO. Revista de ciencias jurídicas y sociales, Nueva época*, 16(1), 165-212. http://dx.doi.org/10.5209/rev_FoRo.2013.v16.n1.42552

SOTOMAYOR, A. (2001). El modelo de la Comunidad Andina: análisis y propuestas. *Revista Themis*, (42), 81-113. Lima: editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

STUCCHI, P. (2004). El comercio de servicios y el sistema multilateral de comercio. *Revista Advocatus*, (11), 179-204. Lima: editada por alumnos de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima.

STUCCHI, P. (2005). Los Tratados de Libre Comercio como instrumentos de Integración Económica y sus efectos en el Comercio de Bienes. *Revista de Economía y Derecho*. 2(8), 47-66. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas – UPC.

STUCCHI, P. (2006). La integración económica en la Comunidad Andina y su Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia: Aspectos institucionales y procesales. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*. (2), 71-101. Lima: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

STUCCHI, P. (2011). Apuntes sobre la relevancia constitucional del mandato funcional del Indecopi y consideraciones a favor de su autonomía constitucional. *Advocatus*, (24), 47-60.

STUCCHI, P. (2021). Fundamentos para otorgar autonomía constitucional al Indecopi. *Derecho Público Económico*, (1), 157-173.

STUCCHI, P. y BALLÓN, F. (2017). Síntesis de la Defensa de la Libre Competencia en el Perú: Contenido y Aplicación del Decreto Legislativo N° 1034 - Ley de

Represión de Conductas Anticompetitivas. *Revista de Derecho Universidad de Piura*, 18 (1), 9-73.

STUCKE, M. (2013). Is competition always good? *Journal of Antitrust Enforcement*, 1(1), 162-197. <https://doi.org/10.1093/jaenfo/jns008>

WORSTER, W.T. (2008). Competition and Comity in the Fragmentation of International Law. *Brooklyn Journal of International Law*, 34 (1), 119-149.

ZÚÑIGA, T. (2018). El Control de Concentraciones empresariales en el Perú: Bases fundamentales para su regulación. *Ius Et Veritas*, (56), 220-256.

ZÚÑIGA PALOMINO, M. (2009). Lo bueno, lo malo y lo feo de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. *Actualidad Jurídica*, (Tomo 183), 302-312. <https://app.box.com/s/yr5z3nt7grrsee1a3a8h>

TESIS

CADAVID, C. (2019). *El problema de la implementación de los programas de delación en procedimientos administrativos sancionatorios por prácticas restrictivas de la competencia en la Comunidad Andina de Naciones: el caso del cartel de los papeles suaves*. [Tesis de grado, grado en Derecho, Universidad Externado de Colombia].

CARRASCO, P. (2011). *Análisis de la Decisión 608 de la Comunidad Andina sobre Protección y Promoción de la Competencia y perspectivas sobre su aplicación en el Ecuador*. [Tesis de Maestría en Derecho, mención en Derecho de Mercado, Universidad Andina Simón Bolívar – Sede Ecuador].

EDÚ, E. (2014). *El control de concentraciones en Europa: Noción de concentración*. [Trabajo de fin de grado, grado en Derecho, Universidad de Valladolid].

JATIVA, J. (2008). *La acción de incumplimiento y el amparo constitucional como medio para alcanzar la aplicabilidad de la Decisión 608 y 616 de la Comunidad Andina*. [Tesina defendida para optar por el título de Abogado, Universidad San Francisco de Quito].

LEAL, C. (2019). *La necesidad de establecer una protección al consumidor, desde la perspectiva de la Comunidad Andina De Naciones*. [Trabajo de Grado del Programa de Especialización en Derecho Comercial, Pontificia Universidad Javeriana].

PERALTA, S. (2015). *El Tratamiento del Abuso de Posición de Dominio a nivel de Integraciones Regionales: De la Comunidad Andina y la Unión Europea hacia la Alianza del Pacífico (2000-2012)*. [Tesis de Maestría en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica del Perú].

RAMÍREZ, D. (2012). *Estrategia de Apoyo de Competitividad y otros Mecanismos de Intervención Directa del Estado Ecuatoriano ¿Son ayudas públicas desde la perspectiva del Derecho de la Competencia?* [Tesis de grado para la obtención del Título de Abogado, Universidad San Francisco de Quito].

SANGUINETI, Y. (2017). *Principales implicancias en el desarrollo de un régimen común de control de concentraciones y fusiones en la Comunidad Andina de Naciones*. [Tesis de Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia, Pontificia Universidad Católica del Perú].

SOTO, J. (2012). *Vías de aplicación del Derecho de la competencia*. [Tesis de Doctorado, Universidad Autónoma de Madrid].

INFORMES

ARIÑO ORTIZ, G. (2019). *Dictamen jurídico acerca del principio de imparcialidad y la separación de funciones entre la fase de instrucción y decisión, en el procedimiento administrativo sancionador de conductas anticompetitivas*. [Informe jurídico privado de fecha 30 de mayo de 2019].

ARIÑO ORTIZ, G. y ARIÑO SÁNCHEZ, R. (2021). *Informe complementario al dictamen jurídico acerca del principio de imparcialidad y la separación de funciones entre la fase de instrucción y decisión, en el procedimiento administrativo sancionador de conductas anticompetitivas*. [Informe jurídico privado de fecha 5 de enero de 2021].

BUSTAMANTE RUA, M. y TAPIERO, J. (2021). *Informe técnico experto referido a las Resoluciones 003-2020/CLC-ST-INDECOPI, 038-2020/ST-CLC-INDECOPI, 049-2020/ST-CLC-INDECOPI y el Informe Técnico 019-2021 ST-CLC-INDECOPI sobre la presunción de inocencia (presunción de licitud), el debido proceso y el estándar de prueba en el procedimiento administrativo sancionador adelantado por INDECOPI contra Julián Siucho Dextre, Efraín Gabriel García Polo Urbina y San Martín Contratistas Generales S. A.* [Informe jurídico privado de agosto de 2021].

CASSAGNE, J. y LAPLACETTE, C. (2020). *Dictamen sobre la separación funcional entre la actividad acusatoria y decisoria en el Procedimiento Administrativo Sancionador: principios aplicables en el sistema jurídico peruano y especial enfoque en el procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia*. [Informe jurídico privado de fecha 29 de octubre de 2020].

FUCHS, A. (2021). *Dictamen jurídico sobre el estándar de prueba aplicable en casos de colusiones horizontales*. [Informe jurídico privado emitido con fecha 27 de enero de 2021].

GUZMAN NAPURI, Ch. (2020). *Opinión legal respecto al cumplimiento del principio de separación de autoridades en el Indecopi*. [Informe jurídico privado de fecha 12 de octubre de 2020].

HIGA, C., SOTOMAYOR, E., y CAVANI, R. (2020). *Informe legal sobre el modelo de separación de funciones entre la secretaría técnica y la comisión de defensa de la libre competencia del INDECOPI*. [Informe jurídico privado de fecha 18 de febrero de 2021].

HUERGO, A. (2021). *Dictamen sobre el estándar probatorio y su alcance en procedimiento sancionador de competencia*. [Informe jurídico privado de fecha 28 de agosto de 2021].

JUNGMANN, R., PEÑA, R., STUCCHI, P. y BALLÓN, F. (2021). *ABC de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial* [Informe jurídico de septiembre de 2021].

LAGUNA DE PAZ, J. (2021). *Dictamen Jurídico sobre el estándar de prueba exigible en los procedimientos administrativos sancionadores en materia de defensa de la competencia, con particular referencia a la culpabilidad del infractor. Elaborado a propósito del procedimiento tramitado mediante Expediente N° 001-2020/CLC ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi*. [Informe jurídico privado de fecha 7 de julio de 2021].

PRIORI, E. (2020). *Informe legal sobre el principio de imparcialidad en el marco del procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia ante el Indecopi*. [Informe jurídico privado de fecha 13 de octubre de 2020].

TIRADO, J. A. (2020). *Informe legal que analiza si la garantía de la imparcialidad objetiva se ha cumplido en el procedimiento sancionador de conductas anticompetitivas al que se refiere la Resolución N.º 104-2018/CLC-Indecopi y con observaciones específicas sobre la Resolución N.º 0171-2019/SDC-Indecopi*. [Informe jurídico privado de noviembre de 2020].

ZEGARRA, D. (2018). *Informe legal sobre la separación funcional entre la secretaría técnica y la comisión de defensa de la libre competencia y la propiedad intelectual - INDECOPI*. [Informe jurídico privado de fecha 28 de junio de 2018].

TRATADOS

Multilaterales

Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) (1994).

Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (GATS) (1995).

Acuerdo sobre los aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (1994).

Acuerdo relativo a la aplicación del artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994 (Acuerdo Antidumping) (1994).

Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Complementarias (1994).

Acuerdo sobre Salvaguardias (1994).

Carta de la Habana (1984).

Regionales

Acuerdo Comercial entre Colombia, Ecuador y Perú con la Unión Europea (2012).

Acuerdo de Asociación Económica entre Japón y Perú (2011).

Acuerdo de Integración Subregional Andino - Acuerdo de Cartagena (1969).

Acuerdo entre las Comunidades Europeas y el Gobierno de Estados Unidos de América relativo a la aplicación de sus normas de competencia - Canje de notas interpretativas con el Gobierno de Estados Unidos de América (1991).

Acuerdo de Libre Comercio entre Australia y Perú (2018).

Acuerdo de Complementación Económica Chile – Perú (1998).

Acuerdo de Libre Comercio entre Chile y Perú (2006).

Acuerdo de Promoción Comercial Perú – EEUU (2006).

Acuerdo de Libre Comercio Costa Rica – Perú (2011).

Convenio de Financiación entre la Comunidad Europea y la Secretaría General de la Comunidad Andina para la ejecución del Proyecto de Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina - Convenio ASR/B7-3110/IB/98/0099 (2001).

Convenio entre la República del Perú y la República Federal de Alemania sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (1995).

Protocolo 27 sobre Mercado Interior y Competencia (Anexo al TUE y TFUE) (2007).

Protocolo del Acuerdo del Consejo de Comercio e Inversiones entre el Gobierno de los Estados Unidos de América y el Gobierno de la República del Ecuador (2020).

Protocolo de Sucre (1997).

Protocolo Modificadorio del Acuerdo de Integración Subregional Andino (Acuerdo de Cartagena) – Protocolo de Trujillo (1996).

Tratado de Creación del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1979).

Tratado de la Unión Europea (TUE) (1992).

Tratado de Libre Comercio entre Canadá y Perú (2008).

Tratado de Libre Comercio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China (TLC China – Perú) (2009).

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) (1957).

ACTOS Y DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES MULTILATERALES

Naciones Unidas

ONU (1980). Resolución 35/63 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 5 de diciembre de 1980.

UNCTAD (2000). Conjunto de Principios y Normas sobre Competencia de las Naciones Unidas. (TD/RBP/CONF/10/Rev.2). Ginebra.

UNCTAD (2001). Ley Tipo: Las relaciones entre los organismos de defensa de la competencia y los organismos reguladores incluidos los reguladores sectoriales (TD/B/COM.2/CLP/23). Ginebra.

UNCTAD (2002). Informe Consolidado sobre los temas discutidos en los Seminarios Regionales post – Doha sobre Políticas de Competencia realizados en Panamá, Túnez, Hong Kong y Odessa (marzo – abril 2002). Ginebra.

UNCTAD (2007). Ley tipo de defensa de la competencia. (TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3).

UNCTAD (2008). La atribución de competencia entre las autoridades locales y nacionales encargadas de la competencia y la aplicación de las normas sobre la competencia (TD/B/COM.2/CLP/69). Informe de la Secretaría General (mayo 2008). Ginebra.

UNCTAD (2013). Modalities and procedures for international cooperation in competition cases involving more than one country.

UNCTAD (2015). Informe sobre la Séptima Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. (TD/RBP/CONF.8/11).

UNCTAD (2020a). Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2020): capítulo III revisado. (TD/RBP/CONF.9/L.1).

UNCTAD (2020b). Ley Tipo de Defensa de la Competencia (2020): capítulo IV revisado. (TD/RBP/CONF.9/L.2).

UNCTAD (2020c). Informe de la Octava Conferencia de las Naciones Unidas encargada de examinar todos los aspectos del conjunto de principios y normas

equitativos convenidos multilateralmente para el control de las prácticas comerciales restrictivas. (TD/RBP/CONF.9/9)

Organización Mundial del Comercio (OMC)

Decisión del Consejo General de la Organización Mundial del Comercio (OMC) sobre el Programa de Trabajo de Doha (el “paquete de julio”), del 1 de agosto de 2004 (WT/L/579).

Declaración Ministerial de Singapur del 13 diciembre de 1996, emitida en la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (WT/MIN(96)/DEC).

Declaración Ministerial de Doha del 14 diciembre de 2001, emitida por la Conferencia Ministerial de la Organización Mundial del Comercio (OMC) (WT/MIN(01)/DEC/1).

OMC (1995). El Regionalismo y el Sistema Mundial de Comercio. Ginebra.

OMC (1997). Informe Anual 1997. Comercio y la Política de Competencia. Vol. I. Ginebra.

OMC (2003). Informe del Grupo de Trabajo sobre la Interacción entre Comercio y Política de Competencia al Consejo General (WT/WGTCP/7). Ginebra.

OMC (2003a). A handbook on Anti-Dumping Investigations. Cambridge. Cambridge University Press.

Organización de Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)

OCDE (1995). Recommendation of the Council concerning Co-operation between Member Countries on Anticompetitive Practices affecting International Trade. OECD/LEGAL/0280.

OCDE (1998). OECD, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. OECD/LEGAL/0294.

OCDE (1999). CLP report on positive comity. DAFFE/CLP(99)19.

OCDE (2005). Recommendation of the Council on Merger Review. OECD/LEGAL/0333.

OECD (2009a). Derecho y Política de Competencia en Colombia – Examen inter-pares. París: Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD).

OCDE (2009b). Recommendation of the Council on Competition Assessment. OECD/LEGAL/0376.

OCDE (2012). Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement. OECD/LEGAL/0396.

OCDE (2013a). Foro latinoamericano de competencia sesión II: Acuerdos regionales de competencia. DAF/COMP/LACF(2013)5.

OCDE (2013b). Report by the Competition Committee on country experiences with the 2005 Recommendation of the council on merger review [c(2005)34].

OCDE (2014a). Draft Recommendation of the Council concerning international co-operation on competition investigations and proceedings.

OCDE (2014b). Recommendation of the Council Concerning International Co-operation on Competition Investigations and Proceedings. OECD/LEGAL/0408.

OCDE (2015). Inventory of co-operation agreements. Provisions on Negative Comity.

OCDE (2016a). Recommendation of the Council concerning Structural Separation in Regulated Industries. OECD/LEGAL/0310.

OCDE (2016b). Report on the implementation of the Recommendation of the Council concerning structural separation in regulated industries [C(2001)78/final, as amended] and draft revision of this recommendation. [https://one.oecd.org/document/C\(2016\)11/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2016)11/en/pdf)

OCDE (2016c). Report on the implementation of the Recommendation of the Council on fighting bid rigging in public procurement. [https://one.oecd.org/document/C\(2016\)10/en/pdf](https://one.oecd.org/document/C(2016)10/en/pdf)

OCDE (2018). Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú. <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

OCDE (2019a). Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels. OECD/LEGAL/0452.

OCDE (2019b). Recommendation of the Council on Competition Assessment. OECD/LEGAL/0455.

OCDE (2019c). Review of the Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels [OECD/LEGAL/0294]. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)13/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)13/en/pdf)

OCDE (2019d). Roundtable on Hub-and-Spoke Arrangements – Background Note by the Secretariat (132nd Meeting of the Competition Committee on 3-4 December 2019.) [DAF/COMP(2019)14]. [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2019\)14/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2019)14/en/pdf)

OCDE (2020a). Criminalization of cartels and bid rigging conspiracies: a focus on custodial Sentences, [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3\(2020\)1/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WP3(2020)1/en/pdf)

OCDE (2020b). Economic analysis in merger investigations, 2020 OECD Global Forum on Competition Discussion Paper, <https://www.oecd.org/daf/competition/economic-analysis-in-merger-investigations-2020.pdf>

OCDE (2021). Global OECD Competition Trends 2021. Volume II. Global Merger Control, <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>

ACTOS Y DOCUMENTOS DE ORGANIZACIONES INTERNACIONALES REGIONALES

Unión Europea

Instrumentos normativos

Reglamento (CEE) 17/62 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (actuales artículos 81 y 82).

Reglamento (CEE) 812/86 del Consejo, de 14 de marzo de 1986, relativo a la defensa contra las importaciones que sean objeto de dumping entre la Comunidad de los Diez y los nuevos Estados miembros o entre los nuevos Estados miembros durante el período de aplicación de las medidas transitorias definidas en el Acta de adhesión de España y de Portugal.

Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento comunitario de concentraciones").

Reglamento (CE) 1419/2006 del Consejo, de 25 de septiembre de 2006, que deroga el Reglamento (CEE) 4056/86 por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos y se modifica el Reglamento (CE) 1/2003 ampliando su alcance con objeto de incluir el cabotaje y los servicios internacionales de tramp.

Reglamento (UE) 2015/1589 del Consejo, de 13 de julio de 2015, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

Reglamento (CE) 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos 81 y 82 del Tratado CE.

Reglamento (CE) 794/2004 de la Comisión, de 21 de abril de 2004, por el que se establecen disposiciones de aplicación del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 del Tratado CE.

Reglamento (CE) 802/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, por el que se aplica el Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas.

Sentencias

Sentencia de 5 de febrero de 1963, van Gend en Loos, C-26/62, EU:C:1963:1.

Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/Enel, C-6/64, EU:C:1964:66.

Sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión de la CEE, C-56/64, EU:C:1966:41.

Sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage Corporation y Continental Can Company/Comisión, C-6/72, EU:C:1973:22.

Sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión, C-27/76, EU:C:1978:22.

Sentencia de 9 de marzo de 1978, Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal, C-106/77, EU:C:1978:49.

Sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, C-85/76, EU:C:1979:36.

Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión, C-322/81, EU:C:1983:313.

Sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión, C-333/94, EU:C:1996:436.

Sentencia de 21 de enero de 1999, Bagnasco y otros, C-215/96, EU:C:1999:12.

Sentencia de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 P, EU:C:1999:356.

Sentencia de 10 de julio de 2008, Bertelsmann y Sony Corporation of America/Impala, C-413/06 P, EU:C:2008:392.

Sentencia de 9 de julio de 2009, Comisión/Grecia, C-369/07, EU:C:2009:428.

Sentencia de 17 de febrero de 2011, TeliaSonera Sverige, C-52/09, EU:C:2011:83.

Sentencia de 13 de mayo de 2014, Comisión/España, C-184/11, EU:C:2014:316.

Sentencia de 5 de junio de 2014, Kone y otros, C-557/12, EU:C:2014:1317.

Sentencia de 16 de julio de 2015, ING Pensii, C-172/14, EU:C:2015:484.

Sentencia de 22 de octubre de 2015, AC-Treuhand/Comisión, C-194/14 P, EU:C:2015:717.

Sentencia de 26 de enero de 2017, Duravit y otros/Comisión, C-609/13 P, EU:C:2017:46.

Sentencia de 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche y otros, C-179/16, EU:C:2018:25.

Sentencia de 28 de mayo de 2020, CK Telecoms UK Investments/Comisión, T-399/16, EU:T:2020:217.

Sentencia de 25 de marzo de 2021, Deutsche Telekom/Comisión, C-152/19 P, EU:C:2021:238.

Documentos de la Comisión Europea

Comisión Europea (1996). Commission report to the council and the European Parliament on the application of the agreement between the European communities and the government of the United States of America regarding the application of their competition laws (COM(96) 479).

Comisión Europea (1997). Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03).

Comisión Europea (2004a). Comunicación de la Comisión: Una política de competencia proactiva para una Europa competitiva.

Comisión Europea (2004b). Comunicación de la Comisión. Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 [actuales 101 y 102] del Tratado.

Comisión Europea (2004c). Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (2004/C 101/03).

Comisión Europea (2006). Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (Texto pertinente a efectos del EEE) (2006/C 298/11).

Comisión Europea (2015). Comunicación de la Comisión. Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (2015/C 256/01).

Organización de los Estados Americanos

Sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Sentencia de 8 de julio de 2020, Petro Urrego vs. Colombia, Serie C No. 406.

Comunidad Andina

Instrumentos normativos

Decisión 45, de 18 de diciembre de 1971, Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión.

Decisión 230, de 18 de diciembre de 1987, Normas para prevenir o corregir las prácticas que puedan distorsionar la competencia dentro de la Subregión. Sustitución de la Decisión 45.

Decisión 285, de 21 de marzo de 1991, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas restrictivas de la libre competencia.

Decisión 291, de 21 de marzo de 1991, Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías.

Decisión 370, de 26 de noviembre de 1994, Arancel Externo Común.

Decisión 371, de 26 de noviembre de 1994, Sistema Andino de Franjas de Precios.

Decisión 425, de 14 de diciembre de 1997, Reglamento de Procedimientos Administrativos de la Secretaría General de la Comunidad Andina.

Decisión 439, de 11 de junio de 1998, Marco General de Principios y Normas para la Liberalización del Comercio de Servicios en la Comunidad Andina.

Decisión 456, de 4 de mayo de 1999, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de dumping en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

Decisión 457, de 4 de mayo de 1999, Normas para prevenir o corregir las distorsiones en la competencia generadas por prácticas de subvenciones en importaciones de productos originarios de Países Miembros de la Comunidad Andina.

Decisión 465, de 25 de mayo de 1999, Modificación y Actualización de los Anexos 1, 2, 3 y 4 de la Decisión 370, correspondiente al Arancel Externo Común.

Decisión 503, de 22 de junio de 2001, Reconocimiento de documentos nacionales de identificación.

Decisión 504, de 22 de junio de 2001, Creación del Pasaporte Andino.

Decisión 510, de 30 de octubre de 2001, Adopción del Inventario de Medidas Restrictivas del Comercio de Servicios

Decisión 535, de 14 de octubre de 2002, Arancel Externo Común.

Decisión 545, de 25 de junio de 2003, Instrumento Andino de Migración Laboral.

Decisión 580, de 4 de mayo de 2004, Modificación de la Decisión 535 y otras disposiciones.

Decisión 583, de 7 de mayo de 2004, Sustitución de la Decisión 546, Instrumento Andino de Seguridad Social.

Decisión 598, de 11 de julio de 2004, Relaciones comerciales con terceros países.

Decisión 608, de 29 de marzo de 2005, Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina.

Decisión 612, de 6 de mayo de 2005, Modificación de la Decisión 580.

Decisión 613, de 7 de julio de 2005, Asociación de la República de Argentina, de la República Federativa de Brasil, de la República del Paraguay y de la República Oriental del Uruguay, Estados Parte del MERCOSUR, a la Comunidad Andina.

Decisión 620, de 15 de julio de 2005, Modificación de las Decisiones 535 y 580.

Decisión 626, de 29 de noviembre de 2005, Modificación de las Decisiones 535, 580 y 620.

Decisión 641, de 9 de agosto de 2006, Aprobación del Memorando de Entendimiento suscrito entre los Países Miembros de la Comunidad Andina y la República Bolivariana de Venezuela.

Decisión 645, de 20 de septiembre de 2006, Otorgamiento de la condición de País Miembro Asociado de la Comunidad Andina a la República de Chile.

Decisión 659, de 14 de diciembre de 2006, Sectores de servicios objeto de profundización de la liberalización o de armonización normativa.

Decisión 666, de 8 de junio de 2007, Participación de la República de Chile en los órganos, mecanismos y medidas de la Comunidad Andina, en su condición de País Miembro Asociado.

Decisión 696, de 14 de octubre de 2008, Suspensión de la liberalización en el sector de servicios financieros.

Decisión 732, de 5 de febrero de 2010, Participación de la República de Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay, Estados Parte del MERCOSUR, en los órganos, mecanismos y medidas de

la Comunidad Andina, en su condición de Países Miembros Asociados de la Comunidad Andina.

Decisión 772, de 7 de diciembre de 2011, Extensión de la suspensión de la liberalización en el sector de servicios financieros.

Decisión 805, de 24 de abril de 2015, Política Arancelaria de la Comunidad Andina.

Decisión 859, de 26 de mayo de 2020, Prórroga de los plazos de la Decisión 853.

Decisión 878, de 12 de mayo de 2021, Estatuto Migratorio Andino.

Sentencias

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1988, 30 de mayo) Interpretación prejudicial en el Proceso 2-IP-88.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1997, 24 de marzo) Sentencia en el Proceso 3-AI-96 (Junta del Acuerdo de Cartagena v. República de Venezuela).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (1998, 26 de febrero) Sentencia en el Proceso 1-AN-97, (República de Venezuela v. Junta del Acuerdo de Cartagena).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2008, 29 de octubre) Sentencia en el Proceso acumulado 01-AN-2006, 02-AN-2006 y 01-AN-2007.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2017, 9 de marzo) Sentencia en el Proceso 5-AN-2015 (Angelcom).

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2018a, 7 de septiembre) Interpretación Prejudicial en el Proceso 472-IP-2016.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2018b, 7 de septiembre) Interpretación Prejudicial en el Proceso 78-IP-2018.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2018c, 19 de octubre) Auto en el Proceso 04-AN-2018.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2018d, 7 de noviembre) Auto en el Proceso 05-AN-2018.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2019, 26 de febrero) Interpretación prejudicial en el Proceso 607-IP-2018.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2020a, 8 de mayo) Interpretación Prejudicial en el Proceso 484-IP-2018.

Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (2020b, 11 de diciembre) Interpretación Prejudicial en el Proceso 02-IP-2019.

Instrumentos emitidos por el Consejo Presidencial Andino

Consejo Presidencial Andino (1999). Acta de Cartagena correspondiente al XI Consejo Presidencial Andino, 27 de mayo.

Consejo Presidencial Andino (2000). Acta de Lima correspondiente al XII Consejo Presidencial Andino, 10 de junio.

Consejo Presidencial Andino (2003). Acta de Quirama correspondiente al XIV Consejo Presidencial Andino, 28 de junio.

Consejo Presidencial Andino (2004). Acta de San Francisco de Quito correspondiente al XV Consejo Presidencial Andino, 12 de julio de 2004.

Consejo Presidencial Andino (2011). Declaración de Bogotá en Reunión Extraordinaria del Consejo Presidencial Andino, 8 de noviembre de 2011.

Consejo Presidencial Andino (2021). Declaración de la XXI Reunión del Consejo Presidencial Andino, 17 de julio de 2021.

Instrumentos emitidos por la Secretaría General

Dictamen 03-2009, emitido el 8 de junio de 2009 (Ponce Villacís).

Dictamen 01-2007, emitido el 26 de marzo de 2007 (Tucán Flowers y otros).

Secretaría General (2005). Memoria del Proyecto Competencia – Armonización de las Reglas de Competencia en la Región Andina.

Secretaría General (2007). Guía Práctica para la Aplicación de la Decisión 608 “Normas para la protección y la promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina”.

Secretaría General (2008). Una Comunidad Andina para los Ciudadanos. Un Proyecto para la Integración Integral de Nuestros Pueblos.

Secretaría General (2016). Resolución 1886. Apertura de una investigación solicitada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado del Ecuador, por la supuesta existencia de un acuerdo para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves, de conformidad con lo previsto en la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

Secretaría General (2017). Resolución 1939. Resuelve la solicitud de compromisos presentada por Productos Familia S.A. y Productos Familia Sancela del Ecuador S.A.

Secretaría General (2018a). Resolución 2006. Resuelve la investigación solicitada por la Superintendencia de Control de Poder de Mercado del Ecuador, por la supuesta

existencia de un acuerdo para fijar precios y repartir el mercado de papeles suaves, de conformidad con lo previsto en la Decisión 608 de la Comunidad Andina.

Secretaría General (2018b). Resolución 2017. Resuelve la solicitud de medidas cautelares referida a la suspensión de los efectos de la Resolución 2006 y del procedimiento de recurso de reconsideración.

Instrumentos emitidos por el Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia

Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (2005). Acta correspondiente a la I Reunión Ordinaria, 13 de septiembre.

Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (2005). Acta correspondiente a la II Reunión Ordinaria, 3 de octubre.

Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (2005). Acta correspondiente a la III Reunión Ordinaria, 11 de noviembre.

Comité Andino de Defensa de la Libre Competencia (2010). Acta correspondiente a la I Reunión Extraordinaria, 30 de noviembre.

LEGISLACIÓN ESTATAL

Perú

Normas con rango constitucional

Constitución Política de 1979 (derogada).

Constitución Política de 1993 (vigente).

Normas con rango legal

Decreto de Urgencia 013-2019 (2019). Establece el control previo de operaciones de concentración empresarial (derogado).

Decreto Legislativo 295 (1984). Código Civil.

Decreto Legislativo 662 (1991). Ley de Promoción de las Inversiones Extranjeras.

Decreto Legislativo 701 (1991). Ley que elimina las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (derogado).

Decreto Legislativo 757 (1991). Ley Marco para el Crecimiento de la Actividad Privada.

Decreto Legislativo 767 (1991). Ley Orgánica del Poder Judicial.

Decreto Legislativo 861 (1996). Ley del Mercado de Valores.

Decreto Legislativo 957 (2004). Código Procesal Penal.

Decreto Legislativo 1033 (2008). Ley de Organización y Funciones del Indecopi.

Decreto Legislativo 1034 (2008). Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (incluida su Exposición de Motivos).

Decreto Legislativo 1044 (2008). Ley de Represión de Competencia Desleal.

Decreto Legislativo 1205 (2015). Modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Decreto Legislativo 1212 (2015). Decreto Legislativo que refuerza las facultades sobre eliminación de barreras burocráticas para el fomento de la competitividad.

Decreto Legislativo 1256 (2016). Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas.

Decreto Legislativo 1272 (2016). Modifica la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley 29060, Ley del Silencio Administrativo.

Decreto Legislativo 1280 (2016). Decreto Legislativo que aprueba la Ley Marco de la gestión y prestación de los servicios de saneamiento.

Decreto Legislativo 1310 (2016). Decreto Legislativo que aprueba medidas adicionales de simplificación administrativa.

Decreto Legislativo 1362 (2018). Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Decreto Legislativo 1396 (2018). Modifica la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Decreto Legislativo 1510 (2020). Modifica e incorpora disposiciones al Decreto de Urgencia 013-2019 que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Decreto Ley 25844 (1992). Ley de Concesiones Eléctricas.

Decreto Ley 26126 (1992). Ley Orgánica de la Superintendencia del Mercado de Valores.

Ley 26221 (1993). Ley Orgánica que norma las actividades de Hidrocarburos en el territorio nacional.

Ley 26702 (1996). Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros.

Ley 26887 (1997). Ley General de Sociedades.

Ley 26917 (1998). Ley de Supervisión de la Inversión Privada en Infraestructura de Transporte de uso público y promoción de los Servicios de Transporte Aéreo.

Ley 27336 (2000). Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL.

Ley 27444 (2001). Ley del Procedimiento Administrativo General.

Ley 27790 (2002). Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo.

Ley 27943 (2003). Ley del Sistema Portuario Nacional.

Ley 28832 (2006). Ley para asegurar el desarrollo eficiente de la Generación Eléctrica.

Ley 29157 (2007). Ley que delega en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar sobre diversas materias relacionadas con la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú – Estados Unidos, y con el apoyo a la competitividad económica para su aprovechamiento.

Ley 29571 (2010). Código de Protección y Defensa del Consumidor.

Ley 30225 (2014). Ley de Contrataciones del Estado.

Ley 31112 (2021). Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

Ley 31207 (2021). Ley que garantiza la Velocidad Mínima de Conexión a Internet y monitoreo de la prestación del Servicio de Internet a favor de los usuarios.

Normas con rango reglamentario

Decreto Supremo 013-93-TCC (1993). Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones.

Decreto Supremo 006-2003-PCM (2003). Reglamento sobre medidas antidumping y compensatorias.

Decreto Supremo 240-2018-EF (2018). Reglamento del Decreto Legislativo 1362, Decreto Legislativo que regula la Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos.

Decreto Supremo 004-2019-JUS (2019). Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General

Decreto Supremo 030-2019-PCM (2019). Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Decreto Supremo 039-2021-PCM (2021). Reglamento de la Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial.

ACTOS Y DOCUMENTOS DE ORGANISMOS ESTATALES

Fiscalía Nacional Económica (2015). Requerimiento en contra de CMPC Tissue S.A. y SCA Chile S.A. (Chile).

Indecopi (2003). Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI. Caso contra Asociación Peruana de Empresas de Seguros y otros. (Perú).

Indecopi (2009). Resolución 0068-2009/SC1-INDECOPI. Caso contra Quimpac S.A. y otros. (Perú).

Indecopi (2011a). Resolución 1351-2011/SDC-INDECOPI. Caso seguido contra Ferrocarril Transandino S.A. (Perú).

Indecopi (2011b). Resolución 0930-2011/SC1-INDECOPI. Caso seguido contra Deprodeca S.A.C. (Perú).

Indecopi (2013). Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI. Caso seguido contra Praxair Perú S.R.L. y otros. (Perú).

Indecopi (2014). Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI. Caso contra Unión Andina de Cementos S.A.A. y otros. (Perú).

Indecopi (2016a). Resolución 4060-2016/SDC-INDECOPI. Caso seguido contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y otros. (Perú).

Indecopi (2016b). Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI. Caso contra Albis S.A. y otros. (Perú).

Indecopi (2017a). Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI. Caso contra Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú. (Perú).

Indecopi (2017b). Resolución 059-2017/CLC-INDECOPI. Guía del Programa de Clemencia aplicable a colusiones horizontales (cárteles). (Perú).

Indecopi (2018). Guía para Combatir la Concertación en las Contrataciones Públicas. (Perú).

Indecopi (2019). Resolución 037-2019/CLC-INDECOPI. Lineamientos del programa de recompensas (Perú).

Indecopi (2020). Resolución 006-2020/CLC-INDECOPI. Guía del Programa de Cumplimiento de las Normas de Libre Competencia. (Perú).

Indecopi (2021a). Resolución 007-2021/CLC-INDECOPI. Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas (Perú).

Indecopi (2021b). Resolución 063-2021-PRE-INDECOPI. Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi. (Perú).

Indecopi (2021c). Resolución 015-2021/CLC-INDECOPI. Caso contra Empresa Editora El Comercio S.A. y otros. (Perú).

Osiptel (2011). Resolución de Consejo Directivo 136-2011-CD/OSIPTEL. Reglamento General del OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas. (Perú).

Osiptel (2016). Resolución de Consejo Directivo 077-2016-CD/OSIPTEL. Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Represión de Conductas Anticompetitivas y Desleales en el Ámbito de las Telecomunicaciones. (Perú).

Poder Judicial (2021), Sentencia recaída en el Expediente 35583-2013. Acción de Amparo interpuesta por Luz Helguero y otros. (Perú).

Superintendencia de Industria y Comercio (2014). Resolución 69518. (Colombia).

Superintendencia del Mercado de Valores (2015). Resolución SMV 019-2015-SMV/01. Reglamento de Propiedad Indirecta, Vinculación y Grupos Económicos. (Perú).

Tribunal Constitucional (2003), Sentencia recaída en el Expediente 0008-2003-AI/TC. Acción de Inconstitucionalidad interpuesta por Roberto Nesta Brero. (Perú).

Tribunal Constitucional (2018), Sentencia recaída en el Expediente 0020-2015-PI/TC. Acción de Inconstitucionalidad en el caso Potestad Sancionadora de la Contraloría General de la República. (Perú).

U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission (1997). Horizontal Merger Guidelines. Washington: DOJ & FTC. (Estados Unidos de Norteamérica).