

Por:
Pierino Stucchi* y
Fernando Ballón**

*SÍNTESIS DE LA DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA
EN EL PERÚ: CONTENIDO Y APLICACIÓN DEL DE-
CRETO LEGISLATIVO N° 1034.- LEY DE REPRESIÓN DE
CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS (LRCA)*

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar los principales aspectos de las disposiciones del Decreto Legislativo N° 1034 – Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y las recientes modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 1205. Se reseñan los aspectos de fondo, tales como el ámbito de aplicación subjetivo, los alcances territoriales, las conductas prohibidas y las consecuencias jurídicas. Se señalan también los aspectos procedimentales, principalmente, los instrumentos procedimentales con los que cuenta la agencia de competencia para asegurar una competencia efectiva en el mercado, así como las posibilidades que permite el compromiso de cese, el programa de clemencia y el procedimiento de exoneración de sanción, así como las medidas correctivas en sus dos modalidades.

Palabras clave: Tratado de Libre Comercio, competencia perfecta, orden público económico, actividad de policía, control de concentraciones, facilitador, prohibición abso-

* Socio senior del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera. Ha sido Gerente Legal del Indecopi y Vicepresidente de la Comisión de Fiscalización de Dumping, Subsidios y Eliminación de Barreras Comerciales No Arancelarias del Indecopi. Es profesor de Maestría en la Universidad de Piura y en la Escuela Nacional de Defensa de la Competencia y la Propiedad Intelectual del Indecopi. Es Máster en Derecho por la Universidad de La Coruña y Máster en Derecho, Empresa y Justicia por la Universidad de Valencia. Este artículo tiene como base una contribución presentada por el autor para el Noveno Periodo de Sesiones del Grupo Intergubernamental de Expertos en Derecho y Política de la Competencia, administrado por las Naciones Unidas (UNCTAD) en Ginebra del 16 al 18 de julio de 2008, actualizado y ampliado para la presente entrega. Correo electrónico: pstucchi@munizlaw.com

** Asistente Legal del Estudio Muñiz, Olaya, Meléndez, Castro, Ono & Herrera. Egresado de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM) y adjunto de docencia en la misma casa de estudios, así como en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y en la Universidad de Lima. Miembro fundador de Public Insights. Ha sido parte del equipo de la Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi y becario del XIV Curso de Extensión Universitaria del Ositran. Correo electrónico: fballon@munizlaw.com

luta, prohibición relativa, mercado relevante, plataforma de dos lados, poder de mercado, posición de dominio, barreras de entrada, abuso, acuerdo, práctica concertada, colusión horizontal, colusión vertical, programa de clemencia, teoría de juegos, compromiso de cese, medida correctiva, abogacía de la competencia.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the main aspects of the provisions of Legislative Decree No. 1034 - Law on the Repression of Anti-Competitive Conducts and the recent amendments introduced by Legislative Decree No. 1205. The substantive aspects are outlined, such as the scope of the subjective application, the territorial scope, the prohibited conducts and the legal consequences. The procedural aspects are also pointed out, mainly, the procedural instruments with which the competition agency has to ensure effective competition in the market, as well as the possibilities allowed by the termination commitment, the leniency program and the procedure of exoneration from sanction, as well as corrective measures in its two modalities.

Keywords: Free Trade Agreement, perfect competition, economic public order, police activity, merger control, facilitator, absolute prohibition, relative prohibition, relevant market, two-sided platform, market power, dominance position, barriers to entry, abuse, agreement, concerted practice, horizontal collusion, vertical collusion, leniency program, game theory, termination commitment, corrective measures, competition advocacy.

Sumario

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL APC CON EEUU, II. LA COMPETENCIA PERFECTA Y EL OBJETIVO DE LOGRAR LA MÁXIMA COMPETENCIA POSIBLE, III. LA ACTIVIDAD DE POLICÍA Y EL ORDEN DEL MERCADO, IV. EL CONTROL DE ESTRUCTURAS Y EL CONTROL DE CONDUCTAS, V. EL CONTROL DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS, 1. FINALIDAD, 2. ÁMBITO DE APLICACIÓN, A) Alcance territorial: teoría de los efectos y cooperación con otros Estados, B) Distribución de competencias entre la autoridad nacional y la autoridad comunitaria, C) Sujetos bajo el ámbito de aplicación, D) Conductas exceptuadas, 3. DISEÑO DE PROHIBICIONES Y SANCIONES, A) Prohibiciones absolutas, B) Prohibiciones relativas, C) ¿Se materializan la regla per se y la regla de la razón?, 4. CATEGORÍAS NECESARIAS PARA EL ANÁLISIS DE ÑAS CONDUCTAS PROHIBIDAS , A) Mercado relevante o mercado de referencia, B) Posición

de dominio o posición dominante, 5. *EL ABUSO DE POSICIÓN DE COMINIO*, 6. *LA COLUSIÓN HORIZONTAL*, 7. *LA COLUSIÓN VERTICAL*, 8. *ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*, A) El compromiso de cese, B) La solicitud de exoneración de sanción, C) Medidas cautelares y medidas correctivas, D) Sanciones, E) Multas coercitivas, 9. *EL FORTALECIMIENTO DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA LRCA*, **VI. CONCLUSIONES. VII. BIBLIOGRAFÍA.**

I. INTRODUCCIÓN: LA IMPORTANCIA DEL APC CON EEUU

El Acuerdo de Promoción Comercial entre Perú y EEUU (APC con EEUU) es un tratado internacional que tiene por finalidad establecer un área de libre comercio entre estos Estados. En este sentido, se dirige, entre otros, a asegurar la libre circulación de bienes y servicios, a proteger las inversiones colocadas en uno de estos Estados por un agente económico del otro Estado y a garantizar la protección de la propiedad intelectual como estímulo a la innovación en un mercado integrado por territorio de ambos Estados.

La celebración de este tratado generó que nuestro país tenga la obligación de implementar, mediante normativa interna, diversos compromisos asumidos en el contexto de la conjunta y recíproca apertura de mercados. Asimismo, se logró la mejora de nuestro marco regulatorio para aprovechar los beneficios derivados del libre comercio y del estímulo a las inversiones. Así, el APC con EEUU permitió institucionalizar un mercado ampliado con uno de nuestros principales socios comerciales y reformar el marco regulatorio de nuestro mercado. El objetivo de lograr el mejor aprovechamiento del libre comercio instaurado por el APC con EEUU contribuyó también con la implementación de los acuerdos comerciales que se celebraron posteriormente con otros Estados y con bloques como la Unión Europea.

Fue en ese contexto que el Congreso de la República mediante la Ley N° 29157 delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar y ello permitió la mejora del marco regulatorio de la competencia en el mercado. El 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 (en adelante, LRCA), cuyo contenido, salvo mínimas adiciones, definió la sustitución del Decreto Legislativo N° 701 - Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (en adelante, ley antecesora). En esa ocasión, junto con el presidente del Indecopi, Jaime Thorne León, nos correspondió sustentar este proyecto ante la Presidencia del Consejo de Ministros y lograr la aprobación de la LRCA en julio de 2008.

La lógica y contenido de la LRCA se encontraba en sintonía con el Capítulo Trece del APC con EEUU sobre Política de Competencia, que reconoce que cualquier conducta anticompetitiva “tiene el potencial de restringir el comercio e inversión bilateral” y que, en consecuencia, “proscribir dicha conducta, implementar políticas de competencia económicamente consistentes y cooperar (...) ayudarán a asegurar los beneficios de este Acuerdo” (artículo 13.1).

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

Este enfoque se mantiene en el estado actual de la defensa de la libre competencia en el Perú, pues la reciente modificación realizada a la LRCA, mediante el Decreto Legislativo N° 1205 (en adelante, el DL 1205), vigente desde setiembre de 2015, buscó dotar de mayor efectividad a la lucha contra las prácticas anticompetitivas, principalmente contra cárteles, y fortalecer los mecanismos de promoción de la competencia. Esta modificación, sin duda, debiera redundar en una mejora de la competitividad de las empresas que actúan en el país, estimular la inversión y facilitar el comercio interno e internacional.

El sistema de defensa de la libre competencia peruano y sus recientes ajustes serán analizados en esta entrega, con la finalidad de explicar su funcionalidad y su contribución con los propósitos antes señalados.

II. LA COMPETENCIA PERFECTA Y EL OBJETIVO DE LOGRAR LA MÁXIMA COMPETENCIA POSIBLE

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

Debe recordarse que el modelo teórico de competencia perfecta asume que los agentes que participan en el mercado: i) son racionales; ii) tienen por finalidad maximizar sus beneficios al menor costo posible; iii) gozan de información abso-

luta (transparente) sobre todas las ofertas disponibles y su calidad, lo que les permite asignarle un valor a los bienes o servicios en el mercado; iv) poseen preferencias constantes; y, v) tienen a su disposición en el mercado bienes homogéneos que son sustitutos entre sí. Este modelo supone, en su definición teórica, que no existen barreras de entrada o de salida para que un agente ingrese a cualquier actividad o se coloque en posición de oferente o demandante. Así, bajo este modelo, cualquier agente que procure vender bienes o servicios, intentando e insistiendo en alejarse de una posición de equilibrio, sea por distanciarse de los precios de mercado (al subirlos) o de la calidad que exigen los compradores (por disminuir su nivel), deja de realizar transacciones y tiende a ser expulsado del mercado por la dinámica misma de la interacción entre la oferta y la demanda, siendo su posición cubierta inmediatamente.¹

En efecto, el modelo de competencia perfecta retrata el punto máximo de bienestar al cual el proceso competitivo puede llevar tanto a los consumidores como a los productores. Así, asumiendo que en este modelo todas las transacciones son realizadas al mismo precio de equilibrio, el excedente (o beneficio) del consumidor intermedio o final se ubica en la diferencia entre su precio de reserva (es decir, por su valoración máxima que define lo que hubiese estado dispuesto a pagar como precio máximo) y el precio efectivamente pagado. Por su parte, el excedente (o beneficio) del productor se ubica en la diferencia entre el ingreso percibido (dado por el precio recibido como pago) y los costos totales de su producción o puesta a disposición del producto para la adquisición del consumidor.²

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

Así, mientras más se acerque la realidad al modelo teórico de competencia perfecta en determinado sector, los agentes económicos concurrentes en el mismo

¹ Desde otro ángulo, 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.” Cita textual tomada de FRANK, Robert H. *Microeconomía y Conducta*, McGraw-Hill/Interamerica de España, Madrid, 1992, p. 378 y 379.

² Cfr. GONZÁLEZ DE COSSÍO, Francisco, *Competencia*, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2017, p. 60 y 61.

se verán obligados a: i) procurar la mejora de los elementos de su oferta -sea aumentando la calidad y/o disminuyendo los precios- para lograr la preferencia de los demandantes de bienes y servicios; y/o, ii) procurar la mejora de las condiciones de su demanda -por el aumento de los precios que están dispuestos a pagar- para lograr la adquisición de determinados insumos, materias primas y servicios necesarios para su actividad y que no gocen de una condición de abundancia en determinado mercado.

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

En consecuencia, conociendo la distancia entre la competencia perfecta como modelo teórico y la realidad de los mercados³, el objetivo de la actividad pública en una economía social de mercado es lograr que en el proceso competitivo exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (workable competition)⁴, en beneficio del interés general. Uno de los instrumentos que persiguen dicha finalidad son las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas, como es el caso de la LRCA bajo comentario. Ello al prohibir y sancionar que los agentes económicos desarrollen conductas contrarias al deber de no afectar el proceso competitivo y/o contrarias al deber de competir, que corresponden a todo agente económico que concurre en el mercado.

³ Debe tenerse en cuenta que la utilización del modelo de competencia perfecta como norte de políticas públicas ha sido cuestionado desde distintos enfoques y escuelas económicas, tanto por la imposibilidad de que se pueda alcanzar dicho estado, como por la caracterización de la competencia como un estado o resultado, ignorando su dinámica espontánea y evolutiva. Al respecto, cabe resaltar lo advertido por Demsetz: "Considerar el modelo de competencia perfecta como una herramienta para comprender el sistema de precios, y no para comprender la competencia, representa una evolución natural y un logro vital para los intereses básicos de los autores clásicos. Parte de las dificultades relativas a la competencia provienen de nuestro intento de utilizar el modelo de competencia perfecta con un propósito para el cual no está idealmente diseñado: para analizar la actividad competitiva". DEMSETZ, Harold. *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*, Alianza Editorial, Madrid, 1986, p. 15.

⁴ Cfr. VELAZCO SAN PEDRO, Luis Antonio. *El Derecho Europeo de la competencia*, en: *Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas*, Lex Nova, Valladolid, 2005, p. 42 y 43.

III. LA ACTIVIDAD DE POLICÍA Y EL ORDEN DEL MERCADO

En nuestro país, como en la generalidad de las actuales sociedades democráticas, la actuación de los agentes privados tiene como referente el principio básico de libertad en el actuar. Ello significa que toda persona no se encuentra obligada a hacer lo que la ley no manda y tampoco impedida de hacer lo que la ley no prohíbe.⁵ En nuestro sistema jurídico, esta libertad general de actuar es el fundamento del ejercicio de la libre iniciativa privada y empresa que garantiza nuestra Constitución Política de 1993 en el escenario de una economía social de mercado.⁶ En este escenario los agentes económicos tienen derecho a la libre producción de bienes y a la libre prestación de servicios, así como, consecuentemente, a la libre contratación⁷ y al libre comercio interno y externo, lo cual también es garantizado constitucionalmente.⁸

En este contexto, la actividad pública, desde la función administrativa, procura evitar que se presenten distorsiones en el proceso competitivo que generen un alejamiento de la máxima competencia posible. Esta actividad aplicada a la defensa de la libre competencia, consiste en la limitación del ejercicio de la libertad económica con el objetivo de asegurar el orden público económico en el mer-

⁵ La Constitución Política del Perú indica textualmente:

“Artículo 2º. 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. (...)”

⁶ La Constitución Política del Perú indica textualmente:

“Artículo 58º. La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. (...)”

⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado:

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

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

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

cado. Al respecto, la doctrina reconoce, en lo que respecta a la labor de ordenamiento del mercado, que la actividad de policía del Estado “condiciona, corrige o altera los parámetros naturales y espontáneos del mercado, imponiendo determinadas exigencias o requisitos a la actuación de los agentes económicos.”⁹ Desde la perspectiva del orden del mercado, la actividad administrativa de policía se dirige a evitar que la libre iniciativa privada y la libertad de empresa que corresponde a los agentes económicos desborde el eficaz funcionamiento de un mercado, alejándolo del modelo teórico de competencia perfecta. Asimismo, en la labor de ordenamiento del mercado, se reconoce que sobre la actividad de los privados a la administración “le ha correspondido asumir (...) un papel de control e inspección (...) sancionando administrativamente a estos sujetos cuando se apartan de la ley, de la regulación, o desconocen las reglas y principios del mercado, a través de actos de competencia desleal o abusando de la posición dentro del mismo.”¹⁰

Se reconoce, en consecuencia, como dimensión de la actividad de policía del Estado, la vigilancia sobre la actuación privada y su evaluación, a efectos de detectar posibles incumplimientos sobre los límites que se imponen a la libertad, con el objetivo de asegurar que el proceso competitivo en la realidad se acerque lo máximo posible al modelo teórico de competencia perfecta. Ésta es la técnica de supervisión, que es la esencia de un sistema de control de conductas anticompetitivas. Indudablemente, la técnica de punición, cuyas expresiones son el castigo o la sanción,¹¹ la coerción y la coacción, también es necesaria en la actividad de policía del Estado. Esta técnica se hace concreta sobre los sujetos de derecho que desarrollan conductas que restringen, limitan o dificultan el proceso competitivo.

⁸ La Constitución Política del Perú indica textualmente:

“Artículo 63º. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres. (...)”

⁹ Cita textual tomada de ARIÑO ORTIZ, Gaspar. Principios de Derecho Público Económico, Ara, Lima, 2004, p. 332, 336 y 337

¹⁰ Cita textual tomada de SANTOFIMIO GAMBOA, Julio Orlando. Tratado de Derecho Administrativo – Introducción, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 43. Coincidiendo con el profesor Santofimio, consideramos que dentro de la actividad de policía “se recogen el conjunto de medidas coactivas utilizadas por la administración para que el asociado dirija su actuación dentro de los senderos que garanticen el interés general”, explicándose por ello que se identifiquen “como fenómenos típicos de esta actividad los de limitación de derechos y libertades, ejercicio de la fuerza y la coacción, (...) justificadas bajo el principio de legalidad dentro de un Estado social de derecho y con el único propósito de ofrecer soluciones efectivas a la comunidad”.

¹¹ “Por sanción entendemos un mal infligido por la Administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal (fin aflictivo de la sanción) consistirá siempre en la privación de un bien o de un derecho, imposición de una obligación de pago de multa (...)” Cita textual tomada de GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. Curso de Derecho de Administrativo, Tomo II, 4ta edición, Civitas, Madrid, 1993, p. 163.

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 del mercado. 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. 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.¹²

IV. *EL CONTROL DE ESTRUCTURAS Y EL CONTROL DE CONDUCTAS*

La defensa de la libre competencia, tradicionalmente, se expresa a través de dos ejes regulatorios:

- i) el control de conductas (desde la actividad de policía), en mérito del cual se despliegan sanciones y medidas correctivas, ex post, contra el abuso de posición de dominio o las prácticas monopólicas -dependiendo de la tradición jurídica de que se trate¹³ - y contra las colusiones anticompetitivas; y,
- ii) el control de estructuras, ex ante, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o la prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del mercado relevante o de referencia, se considera que podrían afectar el proceso competitivo.¹⁴

¹² Cfr. MONTERO PASCUAL, Juan José, Regulación económica y Derecho de la competencia, en: Fundamentos de Regulación y Competencia (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de políticas públicas), Iustel, Madrid, 2013, p. 81-111.

¹³ Cfr. CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Volumen 1, 2da edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 177 - 178.

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

En cuanto al control de conductas anticompetitivas, la LRCA es el instrumento que determina este esquema ex post para la defensa la libre competencia en el país y que será objeto de análisis en los siguientes puntos de esta entrega.

De otro lado, en cuanto al control de estructuras, en el Perú, según la Ley N° 26876 - Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, solo existe el control de estructuras, a través de 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” (artículo 1).

En los demás sectores de la economía no existe un esquema de control de estructuras. Sin embargo, en el país existe un permanente debate sobre la conveniencia de establecer un control de estructuras sobre todos los sectores de la economía de modo general. Actualmente, en el Congreso de la República existen dos proyectos de ley en curso¹⁵ y un grupo parlamentario de trabajo encargado de evaluar esta materia. Sin embargo, desde nuestra perspectiva, no existe una clara evidencia que respalde la necesidad, la conveniencia y los beneficios de establecer una intervención pública de esta naturaleza en nuestro país, más aún cuando este esquema es capaz de afectar la libertad de iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad contractual y el desarrollo de las inversiones. 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.

V. *EL CONTROL DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS*

1. *FINALIDAD*

La LRCA tiene por finalidad dotar a los órganos competentes del Indecopi de las facultades necesarias para que, desde la actividad de policía, aseguren el proceso competitivo, reprimiendo conductas de los agentes del mercado que sean capaces de evitar que se produzca la máxima competencia posible. Debe considerarse que el término “represión” alude a un “[a]cto, o conjunto de actos, ordinariamente desde el poder, para contener, detener o castigar (...) actuaciones políticas o so-

¹⁵ Proyecto de Ley N° 353/2016 y Proyecto de Ley N° 367/2016, presentados por los congresistas Yonhy Lescano y Marco Arana, respectivamente.

ciales”¹⁶. La LRCA establece los parámetros de la labor pública de contención, disuasión y/o castigo sobre conductas cuyo impacto en el mercado es contrario al proceso competitivo.

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

La LRCA indica expresamente que “prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores” (artículo 1), encontrándose en plena sintonía con el APC con EEUU, en cuanto éste establece como compromiso que “[c]ada Parte adoptará o mantendrá legislación nacional en materia de competencia que proscriba las prácticas de negocios anticompetitivas y que promueva la eficiencia económica y el bienestar del consumidor” (artículo 13.2). Incluso esta finalidad de la LRCA se encuentra alineada con tratados posteriores como el vigente Acuerdo Comercial entre Perú y la Unión Europea que expresamente prevé 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 (...)” (artículo 259).

Desde el ángulo de ampliación de mercados e integración, debe recordarse que Perú es miembro pleno de la Comunidad Andina junto con Bolivia, Colombia y Ecuador, por lo que es parte del Sistema Comunitario Andino de Defensa de la Libre Competencia instaurado por la Decisión N° 608 - Normas para la protección y promoción de la libre competencia en la Comunidad Andina. Al respecto, esta decisión establece como su finalidad “la protección y promoción de la libre competencia en el ámbito de la Comunidad Andina, buscando la eficiencia en los mercados y el bienestar de los consumidores” (artículo 2), lo que también

¹⁶ Cita textual tomada de la vigésimo segunda edición del Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española. Cfr. www.rae.es.

guarda plena consonancia con la finalidad de la LRCA. Veremos más adelante cómo dicha decisión puede ser aplicada sobre conductas anticompetitivas con efecto en nuestro país.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN

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

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

Las conductas anticompetitivas bajo el ámbito de prohibición y sanción de la LRCA son conductas que generan efectos contrarios a la competencia en el territorio nacional, sin necesidad de que se originen en nuestro territorio (artículo 4). La LRCA se adhiere a la teoría de los efectos como principio habilitante para que la autoridad actúe sobre las conductas que afectan el proceso competitivo, lo cual constituye también un avance significativo frente a su ley antecesora.¹⁷ Ello permite al Indecopi, por ejemplo, sancionar y contrarrestar cárteles de exportación extranjeros, tal como ocurriría en el caso de una fijación concertada de precios que tuviera efectos en el Perú, lo cual es perfectamente posible en un contexto de ampliación de mercados e integración económica.

De otro lado, la aplicación del control de conductas sobre aquellas que tienen efecto extraterritorial (en otras jurisdicciones) enfrenta algunas limitaciones. En principio, por lo antes señalado, la LRCA debiera excluir de su ámbito de aplicación las conductas que, pudiendo tener origen en nuestro territorio, tengan efectos anticompetitivos en el territorio de otro Estado. Claramente, las políticas de competencia en este ámbito se encuentran menos desarrolladas.¹⁸ Considerando dicho contexto, la LRCA, modificada en septiembre de 2015 por el DL 1205, determina como posible que, en ejecución de un acuerdo comercial o de un convenio de colaboración interinstitucional entre agencias de competencia de distintos países, la autoridad nacional de competencia proceda a investigar una conducta desarrollada en nuestro país, pero con efectos en los países que formen parte de tales acuerdos o convenios, lo que podrá producirse con el alcance y las conse-

¹⁷ Para un desarrollo amplio de la teoría de los efectos y los alcances internacionales del derecho de la competencia, ver CONDE GALLEGO, Beatriz, Dimensión internacional del Derecho de la libre competencia, en: Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 936-1001.

¹⁸ *Ibid.*, p. 973 y ss.

cuencias que especifique el acuerdo correspondiente (Disposición Final Tercera de la LRCA).

La modificación antes indicada, a diferencia del texto original de la LRCA, tal como se señala la Exposición de Motivos del DL 1205, persigue 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 competencias y capacidades reales de acción, pudiendo a veces ofrecer mayor cobertura de acción una que otra, según sus propias competencias y capacidades. Esto es una mejora en nuestras políticas de competencia.

B. Distribución de competencias entre la autoridad nacional y la autoridad comunitaria

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

Esta decisión, cuyo contenido –desde su vigencia– es de aplicación inmediata y efecto directo sobre nuestro país, así como preeminente respecto de la legislación nacional,¹⁹ indica que la Secretaría General de la Comunidad Andina es competente para conocer una conducta estimada como anticompetitiva cuando dicha conducta se desarrolla en: i) “[e]l territorio de uno o más Países Miembros y cuyos efectos reales se produzcan en uno o más Países Miembros, excepto cuando el origen y el efecto se produzcan en un único país”; y, ii) “[e]l territorio de un país no miembro de la Comunidad Andina y cuyos efectos reales se produzcan en dos o más Países Miembros” (artículo 5). De otro lado, esta decisión indica expresa-

¹⁹Cfr. STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. La integración económica en la Comunidad Andina y su Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia: Aspectos institucionales y procesales, en: Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual N° 2, 2006, y STUCCHI, LÓPEZ RAYGADA, Pierino y GONZALEZ DELGADO, Gabriel. Una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia - La Decisión N° 608 en el mercado ampliado andino, en: Revista Themis N° 51, 2005.

mente que conductas distintas a las anteriores se remiten a lo dispuesto por la legislación nacional de cada Estado miembro y, en consecuencia, a la competencia de sus autoridades nacionales.

A modo de especificación, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina ha interpretado que 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"²⁰. Esta consideración del Tribunal comunitario andino, en línea con similares consideraciones comunitarias europeas, haría prever que, en el futuro, este criterio pretenda impulsar que la Secretaría General de la Comunidad Andina conozca un mayor número de casos sobre los cuales considere una posible afectación al comercio subregional andino.

En síntesis, una conducta anticompetitiva con efectos en nuestro país será investigada, analizada y, eventualmente, sancionada bajo la competencia administrativa del Indecopi, siempre que dicha conducta no produzca "efectos reales" (con el contenido que se ha indicado previamente) también en otro País Miembro de la Comunidad Andina y siempre que no se desarrolle desde otro País Miembro con tales efectos, pues en estos casos será competente la Secretaría General comunitaria. Si bien estas consideraciones no se desprenden del propio texto de la LRCA, fluyen de una interpretación sistemática de ésta y de la Decisión N° 608, considerando la irrevocable preeminencia de esta última al ser Perú miembro de la Comunidad Andina.

C. *Sujetos bajo el ámbito de aplicación*

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

La LRCA mejoró la definición de la ley antecesora en esta materia, indicando expresamente que "se aplica a las personas naturales o jurídicas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos u otras entidades de derecho público o privado, estatales o no, con o sin fines de lucro, que en el mercado oferten o demanden bienes o ser-

²⁰ Cita textual de la Sentencia del Proceso 05-AN-2015, emitida por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina el 2 de mayo de 2017. Disponible en: <http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetos/GACE3012.pdf>.

vicios o cuyos asociados, afiliados, agremiados o integrantes realicen dicha actividad” (artículo 2). Debe considerarse que la imputación de una conducta sobre un sujeto de derecho, distinto a una persona natural, que incumpla una de las prohibiciones de la LRCA, puede sustentarse en la actuación de personas que tengan o no la calidad de representantes para vincular civilmente a dicho sujeto de derecho, siempre que actúen en nombre de tal sujeto y por su encargo.

De modo complementario, las prohibiciones y sanciones que establece la LRCA, con el objetivo de aumentar su poder disuasivo, podrían aplicarse no solamente sobre los sujetos de derecho que desarrollen conductas contrarias al proceso competitivo como agentes económicos, sino sobre cualquier persona natural que ejerza la dirección, el gerenciamiento o la representación de dichos sujetos, siempre que haya participado en el “planeamiento, realización o ejecución” de dicha conducta (artículo 2). Ello siempre que considere y se pruebe fehacientemente que ha sido una persona natural o varias quienes, materialmente, han llevado a cabo una conducta prohibida a través de la ficción que representa una persona jurídica. Sin embargo, en nuestra consideración, la responsabilidad de las personas naturales en este contexto no debe ser automática, sino que debe responder a una comprobación efectiva (fuera de toda duda) y a una participación decisiva (material y reiterada) en la conducta infractora que se acredite, mas a no a cualquier tipo de participación simple, coyuntural o colateral.

En la experiencia nacional, no había existido un planteamiento sumamente desarrollado sobre la responsabilidad de personas naturales hasta el reciente caso del cártel de precios del papel higiénico entre Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. Así, en la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI aún en apelación a la fecha (emitida en primera instancia administrativa por la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi - en adelante, la Comisión), se proponen criterios para determinar cuándo una persona natural: (i) ejerce la dirección, gestión o representación de un agente económico; y, (ii) ha participado en el planeamiento, ejecución o realización de una conducta anticompetitiva:

- i) En primer lugar, en consideración de esta autoridad, debe partirse de una interpretación sistemática del principio de primacía de la realidad (artículo 5 de la LRCA), el principio de verdad material (consagrado en el Artículo IV del TUO de la LPAG) y el artículo 43.3 de la LRCA, a fin de determinar quiénes ejercen efectivamente la dirección, gestión y/o representación de un agente económico y su posible responsabilidad. De acuerdo con este último artículo, sobre los representantes legales o las personas que integren los órganos de dirección o administración de una per-

sona jurídica se podría determinar la existencia de responsabilidad administrativa.

ii) En segundo lugar, en consideración de esta autoridad, se debe evaluar si estas personas ejercen la labor de dirección, esto es, “la adopción de las decisiones necesarias para definir las políticas de la empresa” (que comúnmente corresponde a un nivel de dirección); gestión, es decir, “la ejecución regular de los actos necesarios para el desarrollo de las políticas de la empresa y el normal desenvolvimiento de sus actividades económicas” (que comúnmente corresponde a un nivel gerencial); o representación, esto es sobre quien “realiza actos jurídicos en nombre de este último [un agente económico], los cuales tengan efectos que le puedan ser oponibles”²¹.

Una vez comprobada la posición en que se encontraba una persona natural dentro de una organización, sigue evaluar en qué actividad participó para la configuración de la conducta anticompetitiva que se pretende atribuir. Para ser sancionable, esta participación solo puede consistir en el planeamiento, es decir, “realización de un plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado”, realización, esto es, “efectuar, llevar a cabo algo o ejecutar una acción”, o ejecución, es decir, “llevar a la práctica o realizar algo”, de tal conducta. En el caso de funcionarios de alta importancia dentro de una empresa, tales como Gerentes Generales o Directores, según un criterio de la Sala de Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la Sala), podría inferirse su participación en alguna de estas actividades cuando la práctica anticompetitiva no haya sido implementada sin su conocimiento y participación.²² En complemento, en nuestra consideración, reiteramos que la responsabilidad de las personas naturales en este contexto no debe ser extendida automáticamente, sino que debe responder necesariamente a una comprobación efectiva (fuera de toda duda) y a una participación decisiva (material y reiterada) en la conducta infractora que se acredite.

Complementariamente, mediante una modificación a la LRCA, el DL 1205 ha introducido una categoría adicional de sujetos responsables por conductas anticompetitivas al indicar que “[...] 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

²¹ Cita textual de la Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, en el caso de oficio contra Kimberly Clark Perú S.R.L., por prácticas colusorias horizontales.

²² Cfr. Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI, en el caso seguido contra Unión Andina de Cementos S.A.A., La Viga S.A., A. Berio y Cía. S.A.C. y Manufacturas de Acero Comercial e Industrial S.A., por prácticas colusorias verticales.

de investigación, actúen como planificadores, intermediarios o facilitadores de una infracción sujeta a prohibición absoluta” (artículo 2, numeral 2.4, de la LRCA). Es decir, esta aplicación de la LRCA es capaz de generar responsabilidad sobre quienes participen planificando, intermediando o facilitando un cartel, es decir, una práctica colusoria inter marca entre competidores, de naturaleza "desnuda" o naked cartels (lo que se explicará más adelante), dirigido a fijar precios u otras condiciones comerciales; limitar producción o ventas; y/o, a repartir clientes, proveedores o zonas geográficas; entre otros. Bajo esta categoría pueden calificar, por ejemplo, proveedores o clientes comunes de los coludidos, auditores, funcionarios comunes entre las empresas o servidores públicos (por ejemplo, en casos de licitaciones colusorias). Una de las funciones más trascendentes que podrían llevar indebidamente a cabo los facilitadores, desde esta perspectiva, es el intercambio indebido de información sensible (tal como los precios futuros o condiciones comerciales de los competidores, entre otros) entre los agentes involucrados en una conducta anticompetitiva.²³

D. Conductas exceptuadas

Debe tenerse en cuenta que la LRCA exceptúa de reproche y sanción a una conducta que, siendo contraria al proceso competitivo, es consecuencia de lo dispuesto en una norma con rango de ley. Una conducta como ésta no podrá ser sancionada ni detenida por la LRCA. Sin embargo, sí podrá ser objeto de análisis por la Comisión para determinar sus efectos contra el proceso competitivo y/o el bienestar de los consumidores. En casos como estos, la Comisión podrá emitir informes que presenten una evaluación al respecto, desarrollando propiamente lo que se entiende por abogacía o promoción de la competencia, los que podrían incluir la emisión de recomendaciones que sugieran la derogación de la norma legal de que se trate si afectara el proceso competitivo (artículo 3).

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

²³ En la experiencia peruana, puede verse el reciente caso resuelto por la Comisión mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI (cadenas de farmacias). En este caso, no se sancionó a los laboratorios sobre los cuales la autoridad infería una labor facilitadora, debido a que los hechos investigados acaecieron antes de la entrada en vigencia del DL 1205, que recién contempló esta conducta como sancionable.

3. DISEÑO DE PROHIBICIONES Y SANCIONES

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

A. *Prohibiciones absolutas*

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

Estas prohibiciones se encuentran reservadas para las conductas que se considera que siempre acarrearán efectos nocivos contra el proceso competitivo y que, en consecuencia, siempre generan efectos adversos al bienestar de los consumidores. Así, la LRCA aplica estas prohibiciones sobre las conductas consideradas como inherentemente contrarias a la competencia o *hard core cartels* y que son las colusiones horizontales más graves y evidentes en sus efectos anticompetitivos. Se trata de colusiones entre competidores directos, que tienen por efecto el incumplimiento de su deber de competir entre sí, y cuyo único contenido, al ser acuerdos desnudos (*naked cartels*) es: i) la fijación concertada de precios o de cualquier otra condición comercial o de servicio; ii) la limitación de producción o ventas, en especial mediante cuotas; iii) el reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas; y, iv) la concertación o coordinación de ofertas, posturas o propuestas o la abstención de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates (artículo 11, ver cuadro N° 2).

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

B. *Prohibiciones relativas*

Este segundo nivel de prohibición proscribire una conducta en tanto sea capaz de generar o genere efectos perjudiciales sobre el proceso competitivo y, en consecuencia, sobre el bienestar de los consumidores. Dice expresamente la LRCA

que “[e]n los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (artículo 9).

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

Debe resaltarse que esta prohibición relativa es flexible y menos cerrada. Colocando en manos del agente económico el análisis preventivo acerca de si su propia conducta tiene o podría tener efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores y, en consecuencia, si merecerá o no el reproche y la sanción del Estado en ejecución de la actividad de policía.

Resulta oportuno precisar que la sanción que se aplica sobre una conducta bajo una prohibición relativa se dirige tanto contra ilícitos de peligro como contra ilícitos de resultado, conforme a la formulación de la prohibición relativa en la LRCA. Ello, debido a que esta ley prevé tanto la posibilidad de sancionar conductas con efectos reales como conductas con efectos potenciales, contrarios al proceso competitivo y el bienestar de los consumidores.

En todo caso, debe considerarse que la LRCA exige una conjunción de efectos reales o potenciales contrarios al proceso competitivo y al excedente de los consumidores, por lo que no bastará acreditar uno u otro, sino ambos efectos a la vez. La consideración de efectos indicada es conjuntiva y no disyuntiva. Asimismo, la acreditación de efectos debiera basarse siempre y, en todo caso, en pruebas actuadas a lo largo del procedimiento administrativo correspondiente y no en meras suposiciones, estimaciones o inferencias. Ello pues corresponde a la autoridad administrativa vencer la presunción de licitud administrativa del agente económico imputado a efectos de declarar la existencia de una infracción y aplicarle una sanción.

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

Aun cuando se pudiera desear una asimilación de las prohibiciones absolutas con la regla per se y de las prohibiciones relativas con la regla de la razón, consideramos que no debe caerse en la tentación de establecer una imprecisa correspondencia de los dos niveles de prohibición que presenta la LRCA con tales reglas, pues éstas provienen de una tradición jurídica distinta a la nuestra en la

que se privilegian las consideraciones jurisprudenciales y que tienen una aplicación diferente que las prohibiciones absolutas y relativas que contempla la LRCA.

Debe recordarse, como indicó el Tribunal del Indecopi, en su oportunidad, que “la distinción entre la regla per se y la regla de la razón no es que bajo la primera regla no deban demostrarse los efectos de la conducta, mientras que en el caso de la segunda sí. (...) en ninguno de los casos es necesario demostrar los efectos de la práctica restrictiva, sino que, en el caso de la segunda, si se demuestran efectos beneficiosos puede contemplarse una exoneración de sanción.”²⁴

Así, la utilización de las referidas reglas tiene una naturaleza y finalidad distinta que las prohibiciones establecidas en la LRCA. Las prohibiciones que esta ley establece definen la determinación de una conducta anticompetitiva infractora, diferenciando en qué casos es necesario probar, además de la conducta misma, sus efectos, reales o potenciales, contra el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. De otro lado, según la experiencia jurisprudencial en EEUU, se considera que determinadas conductas prohibidas son siempre perjudiciales para el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores, no siendo posible probar efectos positivos que permitan una exoneración de la sanción que les corresponde, por lo que se les aplica la regla per se. La regla de la razón, desde esta experiencia jurisprudencial, permite considerar que determinadas conductas sí producen efectos de beneficio agregado, principalmente para los consumidores, lo que podría permitir una exoneración de la sanción.

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

²⁴ Cita textual tomada de la Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI, emitida en el proceso tramitado bajo expediente 004-2002-CLC en el que se investigó la conducta de Asociación Peruana de Empresas de Seguros, El Pacífico Peruano Suiza Compañía de Seguros y Reaseguros, Generali Perú Compañía de Seguros y Reaseguros S.A., Interseguro Compañía de Seguros de Vida S.A., La Positiva Seguros y Reaseguros S.A., Mapfre Perú Compañía de Seguros y Reaseguros, Rimac Internacional Compañía de Seguros y Reaseguros, Royal & Sunalliance Seguros Fénix, Sul América Compañía de Seguros S.A. y Wiese Aetna Compañía de Seguros, que establece además un precedente de observancia obligatoria sobre la materia.

Actualmente, con casi diez años de vigencia de la LRCA, este debate no tiene mayor utilidad. Sin embargo, es necesario indicar que, con independencia de la preferencia que se posea acerca de si a la fijación concertada de precios debe corresponder o no una prohibición absoluta, quedaba claro desde la perspectiva del principio de legalidad administrativo -de cumplimiento indispensable en un esquema sancionador- que la ley antecesora presentaba una prohibición relativa general, al referir en su texto que la infracción dependía de “que se generen perjuicios para el interés económico general”. Por tanto, en nuestra opinión, toda conducta que se pretendiera considerar anticompetitiva debía estar sujeta no solamente a la verificación de la conducta misma, sino, además, a la verificación de un efecto lesivo sobre el bienestar general, lo que impedía considerar una fórmula de prohibición absoluta o una forma de regla per se, incluso en los casos en los que la probabilidad de perjuicio para el interés económico general fuera altísima, tal como ocurre en los casos de fijación concertada de precios entre competidores. Afortunadamente, la LRCA ya zanjó este debate.

4. CATEGORÍAS NECESARIAS PARA EL ANÁLISIS DE LAS CONDUCTAS PROHIBIDAS

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

A. Mercado relevante o mercado de referencia

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

Debe tenerse en cuenta que la definición del mercado relevante dependerá de las condiciones de cada realidad y de cada mercado, desde una perspectiva dinámica que se construye mediante una síntesis de la definición del bien o servicio materia de análisis y de aquéllos que pueden ser una alternativa real para el ad-

quirente de los mismos; así como del ámbito geográfico en el que interactúan la oferta y la demanda bajo análisis en cada caso²⁵.

Es innegable que las categorías que presenta la LRCA combinan la experiencia europea y la experiencia en EEUU en definición y análisis del mercado relevante o de referencia. Desde la perspectiva europea, se ha decantado la consideración de que el mercado relevante o de referencia sobre el producto se configura por “la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”²⁶ Por su parte, los lineamientos de EEUU en esta materia construyen el mercado de producto bajo un modelo de suposición -que podría admitir algunos niveles de constatación empírica- imaginando cómo se comportaría el mercado si un monopolista, maximizador de beneficios, fuera el único oferente de los productos bajo análisis y éste aumenta “mínima pero significativamente” -y no transitoriamente- el precio de dichos productos. Si con dicho aumento hipotético, digamos en un cinco por ciento (5%), los demandantes de dicho producto no migran al consumo de otros productos, se cierra la determinación del mercado de producto, pero si migraran al consumo de otros productos, estos se incorporan en el mercado relevante del producto y se repite nuevamente el ejercicio hasta que no se produzca migración de consumo alguna²⁷.

²⁵ Cabe considerar que, en el proceso de integración europeo, el mercado relevante o de referencia “se determina combinando el mercado de producto y el mercado geográfico”. Cita textual tomada de COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). 1997.

²⁶ Cita textual tomada de COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). 1997.

²⁷ Así, en el Horizontal Merger Guidelines, se señalan como lineamientos para determinar el mercado de producto, cuando el oferente no diferencia precio entre los demandantes del producto, los siguientes: “Absent price discrimination, the Agency will delineate the product market to be a product or group of products such that a hypothetical profit-maximizing firm that was the only present and future seller of those products (“monopolist”) likely would impose at least a “small but significant and nontransitory” increase in price. That is, assuming that buyers likely would respond to an increase in price for a tentatively identified product group only by shifting to other products, what would happen? If the alternatives were, in the aggregate, sufficiently attractive at their existing terms of sale, an attempt to raise prices would result in a reduction of sales large enough that the price increase would not prove profitable, and the tentatively identified product group would prove to be too narrow.” Cita textual tomada de U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. Horizontal Merger Guidelines. 1997. Sin embargo, cuando para el oferente es eficiente diferenciar los precios a sus demandantes y puede hacerlo: “The analysis of product market definition to this point has assumed that price discrimination ~ charging different buyers

De otro lado, es importante indicar, como complemento de lo anterior, que en el proceso de integración europeo se considera como mercado geográfico relevante o de referencia “la zona en la que las empresas afectadas desarrollan actividades de suministro de los productos y de prestación de los servicios de referencia, en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas y que puede distinguirse de otras zonas geográficas próximas, debido a que las condiciones de competencia en ella prevalecientes son sensiblemente distintas a aquéllas”²⁸.

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

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 la sustituibilidad por el lado de la oferta o la competencia potencial, que más bien son desarrollados al momento de analizar la existencia de barreras de entrada para determinar una posible posición de dominio, como se indicará más adelante).

Sin embargo, a fin de evitar confusiones, se debe tener en cuenta que existen supuestos en los cuales el mercado en que participa el presunto competidor afectado (mercado afectado), coincide con el mercado relevante, en el cual actúa el presunto competidor dominante. Así ocurre, por ejemplo, en los casos de prácticas predatorias abusivas o de estrategias como la litigación abusiva (como se verá más adelante en el cuadro N° 1 de la presente entrega), en los cuales el agente dominante busca excluir directamente a sus competidores (fijando precios por debajo

different prices for the same product, for example ~ would not be profitable for a hypothetical monopolist. A different analysis applies where price discrimination would be profitable for a hypothetical monopolist. (...) The Agency will consider additional relevant product markets consisting of a particular use or uses by groups of buyers of the product for which a hypothetical monopolist would profitably and separately impose at least a "small but significant and nontransitory" increase in price." Cita textual tomada de U.S. DEPARTMENT OF JUSTICE AND THE FEDERAL TRADE COMMISSION. Horizontal Merger Guidelines. 1997.

²⁸Cita textual tomada de COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS. Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (97/C 372/03). 1997.

del costo o instrumentalizando el aparato estatal para forzar indebidamente la salida o impedir el ingreso de nuevos competidores)²⁹.

Por otro lado, existen mercados que, por sus características, requieren de una especial definición del mercado relevante, como es el caso de aquellos en los que participa como agente económico una plataforma comercial de dos lados (e.g. los centros comerciales), que han sido definidos recientemente por la Sala como un “agente que actúa como 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”³⁰. En esta sede se entendió que, en presencia de una plataforma de dos lados, al conectar esta dos demandas distintas pero interdependientes, no basta con definir al mercado relevante de producto como el bien o servicio ofrecido en el mercado (por ejemplo, el arrendamiento de espacios comerciales); sino que debe incluirse la finalidad para la cual este servicio es brindado (por ejemplo, la venta de prendas de vestir o la venta de comida rápida), en la medida que dicha plataforma sirve para conectar tales demandas. En este tipo de casos, en particular donde se analizan posibles colusiones verticales, el análisis de mercado relevante no debe dejar de lado las preferencias de los consumidores y la sustituibilidad por el lado de la demanda, sino que exige un análisis más complejo en atención a las características particulares del caso concreto. En situaciones como estas el mercado relevante, donde actúa el agente al cual se atribuye dominio, podría ser distinto al mercado afectado donde se evalúen los posibles efectos de una posible conducta abusiva bajo análisis.

B. Posición de dominio o posición dominante

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

²⁹ 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.

³⁰ Cfr. Resolución 4060-2016/SDC-INDECOPI, p. 55 y 56, en el caso seguido contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A. y Sigdelo S.A., por prácticas colusorias verticales. Para una reseña del caso y su relevancia, ver, por todos, FALLA JARA, Alejandro y DRAGO ALFARO, Mario. “Unas de cal y otras de arena”. Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011, en: Revista Ius Et Veritas N° 44, 2012, p. 168 y ss.

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

Al respecto, la LRCA establece que “un agente económico³¹ 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 la demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad” (artículo 7).

Así, quien ostenta posición de dominio no tiene que bajar necesariamente sus precios si sus competidores lo hacen³² y tampoco tiene necesariamente que pagar más por los insumos que adquiere aun cuando sus competidores decidieran pagar mayores precios por dichos insumos. En realidad, ocurre que la conducta de un agente económico que ostenta una posición de dominio en determinado mercado no es disciplinada por el resto de agentes económicos, pues éste no es impactado completamente por la dinámica que genera la interacción entre la oferta y la demanda, a las cuales puede influenciar, de algún modo, unilateralmente. Como veremos, en puntos siguientes, cuando un agente económico os-

³¹ Con esta referencia a “un” solo agente económico 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. Cfr. FOLGUERA CRESPO, Jaime y MARTÍNEZ CORRAL, Borja, La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución, en: El abuso de posición dominante, Marcial Pons, Madrid, 2006. Para el caso peruano, cfr. QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real?, en: Revista Themis N° 51, 2005.

³² De hecho, la doctrina reconoce que “el poder de mercado puede también expresarse como la diferencia entre el precio que una empresa percibe en un mercado y el precio que existiría en tal mercado en condiciones de competencia perfecta. (...)” Cita textual tomada de CABANELLAS DE LAS CUEVAS, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Volumen 1, 2da edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005, p. 165.

tenta una posición de dominio, su comportamiento tiene algunas restricciones adicionales a las que corresponde a todo agente económico, para evitar que pueda afectar, dificultar o restringir el proceso competitivo.

¿Qué circunstancias permiten que un agente posea una posición de dominio en el mercado? La LRCA es especialmente clara al indicar que dicha posición puede deberse, entre otros: i) a factores propios de la dinámica del mercado relevante, tal como sería una participación significativa en el mismo por parte de dicho agente, las características de la oferta y la demanda -incluido el desarrollo tecnológico- o el poder de negociación de otros agentes económicos que interactúan en dicho mercado, tales como competidores, proveedores y/o clientes; o, ii) a factores que condicionan o dificultan el acceso al mercado relevante a otros agentes competidores, tal como sería alguna dificultad en el acceso de estos al financiamiento, al suministro de insumos, a materias primas o a servicios necesarios, o como son las barreras de entrada o de salida de cualquier índole (artículo 7).

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

5. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Cabe precisar que la posición de dominio se puede lograr y mantener por diversos medios, tales como: i) la concentración empresarial, horizontal o vertical;³³ ii) el aumento cualitativo y cuantitativo de la eficiencia en la producción; iii) la aplicación de estrategias de mercadotecnia, tales como la diferenciación de productos utilizando marcas y/o comunicaciones que establezcan posicionamientos singulares, así como desarrollando promociones de beneficio hacia los demandantes de los bienes o servicios que conformen el mercado relevante de 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 dominante³⁴.

³³ La integración horizontal redundaría en una mayor participación del mercado, mientras que la integración vertical podría: a) mejorar el acceso a los insumos en una integración con quien los produce si la integración es hacia atrás; o, b) mejorar el acceso a los clientes o consumidores en una integración con quien administra canales de distribución si la integración es hacia adelante.

³⁴ Cfr. FERNÁNDEZ-BACA, Jorge. Organización Industrial, Universidad del Pacífico, Lima, 2006, p 151 y 152.

Debe considerarse que el mantenimiento o el incremento de la posición de dominio, por causas distintas a la eficiencia económica, pueden configurar un abuso de dicha posición si ésta excluye del mercado a concurrentes en otros niveles de la cadena productiva; o, excluye a competidores, actuales o potenciales, o dificulta su permanencia o acceso al mercado. Asimismo, el abuso de una posición de dominio puede explotar o reducir el excedente de quienes transen con quien ostenta dicha posición, al aceptar condiciones que no se podrían exigir bajo un escenario de intensa competencia. Estos son los conocidos efectos exclusorios y explotativos que puede generar un abuso de posición de dominio.

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

Al prohibir el abuso de posición de dominio, la LRCA no valora como justificación la causa de dicha posición, pues el abuso será sancionado “inclusive cuando la posición de dominio derive de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo” (artículo 10). Aun cuando un acto público genere una posición de dominio, el abuso desde tal posición, definido en la LRCA bajo cláusula general³⁵ en ningún caso, se encuentra permitido.

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

³⁵Sobre el concepto de cláusula general para la tipificación de infracciones, cfr. STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, Pierino. La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados, en: Revista Themis N° 54, 2007.

CUADRO N°1

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

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula General	<p>“Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.-10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. 10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:</p>	<p>Relativa: en los casos no ejemplificados.</p>
Listado enunciativo de conductas prohibidas	<p>Cita textual de la disposición legal</p>	
Prohibición de negarse a transar.	<p>(a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;</p>	<p>Relativa: en todos los casos.</p>

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Prohibición de discriminar en términos comerciales a agentes que compiten entre sí.	(b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;	Relativa: en todos los casos
Prohibición de aplicar contratación atada.	(c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos
Prohibición de aplicar barreras de acceso contra competidores.	(d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de limitar la distribución o venta	(e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;	Relativa: en todos los casos

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Prohibición de litigación abusiva o predatoria.	(f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;	Relativa: en todos los casos
Prohibición de boicot.	(g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,	Relativa: en todos los casos
Disposición de cierre del listado enunciativo que complementa la prohibición general (cláusula general).	(h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.	Relativa: los casos no ejemplificados

Elaboración propia. Fuente: Artículo 10 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo N° 1034

Queda claro que la LRCA procura proyectar como prohibido y sancionado el abuso de posición de dominio a condición de que tenga un efecto exclusorio. Ello se hace evidente cuando ésta indica que “el abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio” tales como las ejemplificadas que se han mostrado en el cuadro precedente, indicándose además que “[n]o constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales” (artículo 10, numerales 10.2 y 10.5).

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

Esta exigencia conjunta nos puede llevar a suponer que las conductas que afectan el proceso competitivo siempre tienen un impacto, mayor o menor, sobre el bienestar del consumidor. Este sería, por ejemplo, el caso de la prohibición de aplicar contrataciones atadas. Así, si una empresa, que tiene posición de dominio en la comercialización de equipos de cómputo, ata la venta de dichos equipos a la venta de materiales de oficina y no vende tales equipos a quien no le compra dichos materiales, estará afectando a los competidores que concurren ofreciendo materiales de oficina pues estará limitando sus posibilidades de competir en términos de eficiencia. Asimismo, se encontrará explotando el excedente del consumidor de útiles de oficina pues éste perderá la posibilidad de elegir la oferta que le presente una mayor satisfacción de necesidades en términos de su combinación de precio y calidad, pues no podría evitar comprarle ambos productos al agente económico dominante. En otros casos menos claros, podemos suponer lógicamente que toda restricción afecta, en mayor o menor medida, el excedente del consumidor³⁶. Sin embargo, como hemos dicho previamente, al aplicarse la prohibición relativa al abuso de posición de dominio, además de la conducta misma, se deberán acreditar los efectos negativos (reales o potenciales) para la competencia y el bienestar de los consumidores. No deben basarse en meras suposiciones, estimaciones o inferencias. La acreditación de efectos debe basarse siempre y, en todo caso, en pruebas actuadas a lo largo del procedimiento administrativo correspondiente, de modo que se venza la presunción de licitud administrativa del agente económico imputado.

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

³⁶ En el mismo sentido, cfr. DÍEZ ESTELLA, Fernando: “El segundo grupo de conductas, los denominados abusos explotativos, aunque en muchas ocasiones se superponen con los primeros [abusos exclusivos], tienen entidad propia” (énfasis agregado). Vid. El abuso de posición de dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia, en: Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 286.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con los casos emblemáticos resueltos desde la vigencia de la LRCA en materia de abuso de posición de dominio y los criterios relevantes que han establecido sobre determinados aspectos del análisis y consecuencias de este tipo de conducta:

CUADRO N°2

Síntesis de los criterios relevantes expresados en los casos emblemáticos resueltos desde la vigencia de la LRCA en materia de abuso de posición de dominio

Materia	Decisión de la autoridad	Criterios relevantes
<p>Denuncia presentada por Super Star S.R.L. contra Deprodeca S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.</p>	<p>Mediante Resolución 0930-2011/SC1-INDECOPI, la Sala revocó la Resolución 009-2010/ST-CLC-INDECOPI emitida por la Secretaría Técnica, que declaró inadmisibile la denuncia presentada por Super Star S.R.L., declarándola improcedente al no consistir en un supuesto de abuso de posición de dominio con efecto exclusorio al no existir una relación de competencia.</p>	<p>Para la configuración de un abuso de posición de dominio, <u>es necesaria la existencia de una relación de competencia</u>, real o potencial, entre el agente dominante y los afectados, de manera directa (en caso participen en el mismo nivel de la cadena de producción) o indirecta (en caso, estando en niveles distintos, el dominante esté vinculado con un competidor directo del afectado); pues de lo contrario estaríamos frente a conductas explotativas, que no tienen por objeto o finalidad excluir a competidores o impedir su ingreso al mercado.</p>

Materia	Decisión de la autoridad	Criterios relevantes
<p>Denuncia presentada por Asociación de Operadores de Ferrocarriles del Perú contra Ferrocarril Transandino S.A., Perurail S.A., Peruval Corp. S.A. y Peruvian Trains & Railways S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de abuso de procesos legales.</p>	<p>Mediante Resolución 1351-2011/SC1-INDECOPI, la Sala revocó la Resolución 026-2010/CLC-INDECOPI emitida por la Comisión, que declaró fundada la denuncia, declarándola infundada al no consistir en un supuesto de abuso de procesos legales por contar con fundamento objetivo las acciones legales iniciadas.</p>	<p>Para la configuración de un abuso de procesos legales o litigación predatoria, <u>debe acreditarse la inexistencia de fundamento objetivo de la pretensión o pretensiones del litigante, entendido como expectativa razonable de triunfo, antes que determinar si su motivación consistía en hostigar a sus competidores;</u> 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.</p>

Elaboración propia.Fuente: Resoluciones 0930-2011/SC1-INDECOPI y 1351-2011/SC1-INDECOPI

6. LA COLUSIÓN HORIZONTAL

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

Los agentes económicos no solamente tienen derecho a competir, sino que, esencialmente, tienen el deber de hacerlo y de no restringir o eliminar la compe-

tencia entre sí. Por ello, la LRCA reprime aquel actuar coordinado entre agentes competidores que tiene por objeto limitar o eliminar la competencia en el mercado, fijando, deliberada y conscientemente, los precios, las cantidades de producción o venta, o distribuyéndose los clientes o proveedores, entre otros métodos colusorios prohibidos. Como consecuencia de conductas de esta naturaleza, los consumidores ven limitadas sus opciones en el mercado, pudiendo las empresas coludidas explotar el excedente de los consumidores, lo que no podrían lograr en un escenario competitivo.

Como indica la exposición de motivos que acompañó a la LRCA, las prácticas 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 concertadas (convenios demostrados mediante indicios y presunciones)”.

Inicialmente, desde su vigencia, la LRCA solo consideraba bajo una prohibición absoluta a las colusiones horizontales materializadas mediante acuerdos que no sean complementarias o accesorias a otros acuerdos lícitos (es decir, colocaba bajo esta prohibición a los acuerdos colusorios inter marca entre competidores, de naturaleza "desnuda" o naked cartels), mas no a las prácticas concertadas, decisiones ni recomendaciones de esta naturaleza “desnuda”. En ese sentido, en atención al principio de tipicidad propio de los procedimientos sancionadores, aquellas prácticas colusorias horizontales, distintas a los acuerdos, debían 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; y, las posibles justificaciones que tuviesen. Sin embargo, posteriormente, en septiembre de 2015, el DL 1205 modificó el numeral 11.2 de la LRCA y sometió a prohibición absoluta no solo a los acuerdos sino a todas las prácticas colusorias horizontales en general, siempre que se trate de prácticas inter marca no complementarias a otros acuerdos lícitos. Como consecuencia de esta modificación, como corresponde a la aplicación de las normas en el tiempo, se debe someter a las prácticas concertadas, las decisiones y las recomendaciones a una prohibición general solamente en tanto se hayan producido con posterioridad la vigencia del DL 1205, pues lo contrario sería inconstitucional.³³

³³No obstante, en un reciente y, según nuestro punto de vista, preocupante pronunciamiento de la Sala (en ese extremo) se señala que “cuando tuvieron lugar los hechos imputados [esto es, antes de la modificación introducida por el DL 1205], toda práctica colusoria horizontal (lo que incluye a las decisiones y recomendaciones) que tuviese por objeto la fijación de precios y/o producción, el reparto del mercado, así como la presentación de posturas o abstenciones coordinadas en licitaciones públicas, se encontraba sujeta a la prohibición absoluta” (contenido de corchetes añadido). Cfr. Resolución 508-2017/SDC-INDECOPI, del 22 de agosto de 2017. p. 52.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con las conductas que la LRCA define bajo cláusula general y que ejemplifica como prohibidas bajo la tipificación general de la colusión horizontal, considerando la modificación efectuada por el DL 1205 antes indicada.

CUADRO N°3
Expresión legislativa de la prohibición de colusiones horizontales anticompetitivas

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general	<p>“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:</p>	<p>Relativa: en los casos no ejemplificados.</p>

Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de concertar precios u otras condiciones.	(a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;	<p>Absoluta: siempre que sea producto 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 limitar o controlar la oferta.	(b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;	<p>Absoluta: en el caso de limitación de producción o ventas, en particular mediante cuotas, siempre que sea producto 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 dividirse el mercado.	(c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;	<p>Absoluta: siempre que sea producto de una práctica horizontal inter marca que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos.</p> <p>Relativa: en los demás casos.</p>

Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de concertar niveles de calidad.	(d) la concentración 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 si.	(e) La aplicación concentrada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;	Relativa: en todos los casos
Prohibición de concertar contratación atada.	(f) concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;	Relativa: en todos los casos.

Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Prohibición de concertar negativas a transar.	(g) la negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compras o adquisición, o de aceptar ofertas de ventas o prestación, de bienes o servicios;	Relativa: en todos los casos.
Prohibición de concertar barreras de acceso contra los competidores.	(h) obstaculizar de manera concertada o injustificada la entrada o permanencia de un competidora a un mercado, asociación u organización de intermediación.	Relativa: en todos los casos
Prohibición delimitar la distribución o venta.	(i) concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;	Relativa: en todos los casos.

<p>Prohibición de concertar posiciones en procesos públicos de adquisición.³⁷</p>	<p>(j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de estas en las licitaciones o consurso u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates;u.</p>	<p>Absoluta: Siempre que sea producto de una práctica horizontal inter marca que no sea complementaria o accesoria a otros acuerdos lícitos.</p> <p>Relativa: en los demás casos.</p>
<p>Disposición de cierre del listado enunciativo que complementan la prohibición general (cláusula general)</p>	<p>(k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.”</p>	<p>Relativa: en los casos no ejemplificados.</p>

Elaboración propia. Fuente: Artículo 11 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo N° 1034

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

En todo caso, debemos dejar sentado que, desde nuestra perspectiva, aun cuando la LRCA no lo exige ni indica, en todas las colusiones horizontales que se encuentran bajo una prohibición relativa debe analizarse de algún modo la posición de dominio conjunta que puedan lograr quienes desarrollan una colusión de este tipo en un mercado relevante o de referencia. Ello debido a que, si no logran una posición de dominio conjunta, será sumamente difícil acreditar un perjuicio para los consumidores, puesto que, ante una elevación de precio o una

disminución de calidad concertadas entre competidores, si estos no ostentan posición de dominio conjunta, el consumidor podrá acudir sin dificultad a elegir otras ofertas disponibles en el mercado. Si bien dicha práctica podría tener efectos negativos para la competencia, podría no acreditarse efecto perjudicial alguno sobre el bienestar de los consumidores (ni siquiera potencial), por lo que bajo la prohibición relativa no existiría infracción alguna.

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

Asimismo, de manera fundamental, en la probanza de las colusiones (en particular en el caso de las colusiones horizontales bajo prohibición absoluta), la autoridad debe tener especial cuidado y rigor probatorio en los mercados donde los productos competidores sean homogéneos (sea por estándar normativo obligatorio o por estándar usual del mercado). Ello pues en estos mercados la demanda es usualmente sensible a cambios de precios (más aún si se trata de caso donde los precios son publicados, difundidos y/o de fácil verificación). En estos casos es esperable que, producto de una competencia efectiva, exista una tendencia natural a la homogenización de precios por determinados períodos. Así, un eventual alineamiento de precios no puede considerarse un indicio fuerte de colusión de precios por sí mismo. Solamente con medios probatorios o indicios complementarios se puede vencer la presunción de inocencia que corresponde a todo administrado cuando se le pretende acusar de una colusión de precios³⁸.

En consecuencia, en una investigación para detectar y sancionar carteles de precios es preciso contar –sobre cada una de las empresas investigadas– con elementos distintos a la convergencia de precios, que sean tan 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 registraban en memorándums, en actas de asociaciones gremiales y otros documentos que permitían probanza documental física. Actualmente, los casos presentan 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

³⁸ En ese mismo sentido, y de manera clara, se ha pronunciado la Comisión en la Resolución 029-2009/CLC-INDECOPI en el marco del procedimiento iniciado de oficio contra la Asociación Peruana de Productores de Azúcar y Biocombustibles y diversas empresas productoras de azúcar por la presunta realización de prácticas colusorias horizontales. Ver pág. 12 y ss.

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 temporales de precios, que no son propiamente una “evidencia económica” por sí mismos de un acuerdo colusorio, pues bien podrían ser resultado de un contexto competitivo, como se ha indicado previamente. Sabemos que, en mercados competitivos, con productos homogéneos, los precios convergen y eventualmente se igualan como sugiere el modelo de competencia perfecta. La diferencia procesal clave, en estos casos, radica en probar que algunos se pusieron de acuerdo para hacer converger los precios artificialmente.

Cuando un funcionario de una empresa emite un mensaje proponiendo y/o confirmando un acuerdo colusorio de precios, o cuando lo recibe y lo acepta, la información económica de dicha empresa alineada en precio (convergencia) con quienes emiten o reciben dichos mensajes permitiría probar directamente la conducta anticompetitiva. Sin embargo, si la autoridad no cuenta con mensaje alguno donde una empresa acusada de ello participe en un acuerdo, carece de prueba directa. El hallazgo de mensajes indirectos, con dichos de terceros, donde tal empresa no está copiada y menos confirma un acuerdo ni su voluntad para ello, no equivalen 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 sancionar, se descarten explicaciones razonables alternativas. A continuación, presentamos algunos ejemplos de conductas de mercado lícitas, que explican una homogenización de precios, por determinados períodos, sin acuerdo anticompetitivo alguno:

i) Estrategia de reducción de precios:

- Puede aplicarse si una empresa advierte que otras empresas han fijado - para productos similares u homogéneos- precios menores y por ello están generando mayores ventas. En mercados donde los precios pueden ser conocidos, la aplicación de esta estrategia tiende hacia una homogenización de precios.

- Puede aplicarse de manera temporal, por ejemplo, si una empresa desea generar mayor tráfico y ventas en sus establecimientos. La empresa puede volver luego al precio mayor anterior para generar ganancias. En caso la reducción resulte sostenible, o las mayores ventas no ocurran, o el incentivo de mayor venta de otros productos vendidos en el mismo esta-

blecimiento no justifique el descenso del precio, este cambio de precios puede resultar temporal o bien liderar una tendencia a la baja de los precios de los competidores.

ii) Estrategia de aumento de precios:

- Puede aplicarse si una empresa advierte que otras empresas han fijado para productos similares u homogéneos precios más altos. Los mayores precios de otras empresas funcionan como “paraguas” o protección que garantiza evitar pérdidas de ventas. También en este caso, en mercados donde los precios pueden ser conocidos, la aplicación de esta estrategia tiende hacia una homogenización de precios.
- Puede aplicarse de manera temporal, por ejemplo, para realizar ganancias en el corto plazo, pudiendo volver al precio anterior apenas se detecte que disminuyen las ventas propias, de modo significativo. El tiempo del aumento dependerá de la reacción de las demás empresas. En caso el aumento temporal no resulte sostenible, la empresa puede reducir el precio o bien liderar una tendencia al alza.

¿Estas conductas empresariales son ilícitas? No, aun cuando generen homogenización de precios en determinados periodos. Son la expresión del ejercicio del derecho a la libre iniciativa privada y libertad de empresa. Esta realidad exige que la autoridad genere y evalúe las pruebas que efectivamente comprometen indudablemente a una empresa en una colusión de precios, bajo la modalidad de acuerdo colusorio; y, se encuentre, a la vez, en la capacidad de descubrir y apreciar que otras empresas sobre las cuáles no tiene pruebas de colusión o acuerdo son inocentes aun cuando existan por periodos precios homogéneos.

Nótese que una práctica habitual de empresas es el sondeo de precios de la competencia (pricing), es decir, el análisis de precios de venta de la competencia cercana (zona de influencia), como insumo de decisión para determinar los propios precios. Este sondeo no consiste en coordinar precios con los competidores, sino simplemente en verificar los precios de otros a partir de las pizarras de precios, fuentes de Internet o puntos de venta, dentro de la zona de influencia. ¿Un mensaje electrónico interno refiriendo precios de competidores o análisis sobre sus movimientos para tomar decisiones propias es prueba de colusión? Por sí mismo, no. Se necesitan otras pruebas, que sean adicionales a la constatación de convergencia de precios, que acrediten el acuerdo anticompetitivo que se investiga o acusa. Cuidado: no es infracción tener precios equivalentes a los precios de la competencia, pues ello puede fluir de la ten-

sión competitiva propia del mercado. La infracción es acordar con competidores la fijación concertada de precios o condiciones de venta, entre otros.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con los casos emblemáticos resueltos desde la vigencia de la LRCA en materia de colusiones horizontales y los criterios relevantes que han establecido sobre determinados aspectos del análisis y consecuencias de este tipo de conducta:

CUADRO N°4

Síntesis de los criterios relevantes expresados en los casos emblemáticos resueltos desde la vigencia de la LRCA en materia de colusiones horizontales

Materia	Decisión de la Autoridad	Criterios relevantes
Procedimiento iniciado de oficio contra Praxair Perú S.R.L., Messer Gases del Perú S.A. y Aga S.A. por presunta realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de reparto de mercado en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional.	Mediante Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI, la Sala confirmó la Resolución 051-2010/CLC-INDECOPI emitida por la Comisión, ratificando la existencia de una práctica concertada, conforme a la imputación del órgano instructor.	La existencia de prácticas colusorias horizontales <u>puede ser determinada mediante prueba indiciaria, esto es, diversos hechos probados que por sí mismos no permitirían acreditar dichas conductas</u> , pero que de un <u>razonamiento lógico deductivo</u> que los tenga como base, puede concluirse su existencia. Para que se configure la prueba indiciaria, además, es necesario <u>descartar las explicaciones alternativas posibles</u> , quedando como única explicación razonable la existencia de la práctica colusoria.

Materia	Decisión de la Autoridad	Criterios relevantes
<p>Procedimiento iniciado de oficio contra Albis S.A., Boticas y Salud S.A.C., Botica Torres de Limatambo S.A.C., Farmacias Peruanas S.A., Eckerd S.A., Mifarma S.A.C. y Nortfarma S.A.C. por presunta realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación de precios de distintos productos farmacéuticos a nivel nacional.</p>	<p>Mediante Resolución 078-2016/CLC-INDECOPI, la Comisión determinó la existencia de un acuerdo de fijación de precios entre las cadenas de farmacias, facilitado mediante la actuación coordinada de algunos laboratorios de productos farmacéuticos.</p>	<p><u>Independientemente de la forma en que se presente un cártel o acuerdo anticompetitivo, ya sea directamente</u> a través de coordinaciones entre los agentes económicos competidores, <u>o indirectamente</u>, a través de un agente o agentes que faciliten la realización de la conducta; lo que la autoridad debe verificar es si existe un actuar coordinado entre competidores para que se configure una infracción a la LRCA.</p>
<p>Procedimiento iniciado de oficio contra Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. por presunta realización de prácticas colusorias horizontales en la modalidad de fijación de precios de distintos productos de papel tissue (higiene personal, papel toalla, etc.).</p>	<p>Mediante Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI, la Comisión determinó la existencia de un acuerdo de fijación de precios Kimberly Clark Perú S.R.L. y Productos Tissue del Perú S.A. Sin embargo, exoneró de sanción a aquella y redujo en un 50% la multa correspondiente a esta última, debido a que se acogieron al programa de clemencia.</p>	<p><u>Para determinar la existencia de responsabilidad de personas naturales</u> se debe evaluar si estas (i) ejercieron la labor de <u>dirección</u>, esto es, la adopción de las decisiones necesarias para definir las políticas de la empresa; <u>gestión</u>, es decir, la ejecución regular de los actos necesarios para el desarrollo de las actividades de la empresa; o representación; y (ii) participaron en el <u>planeamiento</u>, es decir, realización de un plan metódicamente organizado para obtener un objetivo determinado; <u>realización</u>, esto es, efectuar, llevar a cabo una acción; o <u>ejecución</u>, es decir, llevar a la práctica la conducta anticompetitiva.</p>

Elaboración propia. Fuente: Resoluciones 1167-2013/SDC-INDECOPI, 078-2016/CLC-INDECOPI, 010-2017/CLC-INDECOPI

7. LA COLUSIÓN VERTICAL

Al igual que en el tipo anticompetitivo anterior, la colusión vertical también consiste en un actuar coordinado entre agentes económicos que tiene por efecto restringir o eliminar la competencia en el mercado. Sin embargo, los agentes económicos que desarrollan una colusión vertical no son competidores, pues participan en distintos mercados independientes, pero que forman parte de una misma cadena de producción, distribución y comercialización de un bien o un servicio. Las formas en las que pueden materializarse estos acuerdos son las mismas que las señaladas en los artículos 10.2 y 11.1 de la LRCA, referidas en los cuadros 1 y 2 precedentes (exclusividades, negativas de trato, precios discriminatorios, etc.) para el abuso de posición de dominio y colusiones horizontales, respectivamente.

En la experiencia peruana de los últimos años, el Tribunal del Indecopi ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre importantes casos de colusiones verticales. Por ejemplo, en la Resolución 857-2014/SDC-INDECOPI, la Sala, ratificando la decisión de la Comisión, sancionó a Unión Andina de Cementos S.A. (principal productor de cemento en el país), titular de la marca de cemento “Sol” y sus distribuidores por prácticas colusorias verticales, al demostrarse la existencia de una política de castigos, durante el periodo de julio de 2007 hasta noviembre del 2008, consistente en dejar de proveer cemento “Sol” a todas aquellas ferreterías que comercializaran productos de Cemex Perú S.A., con el fin de cerrar el acceso al canal ferretero a esta empresa.

La ley exige para verificar una conducta anticompetitiva, como es razonable, que al menos uno de los agentes económicos que desarrollan la colusión vertical ostente una posición de dominio. Caso contrario, dicha conducta no tendría efecto negativo alguno sobre la competencia o el bienestar de los consumidores, al tener estos últimos otras alternativas que escoger en el mercado.⁴⁰

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

⁴⁰Debe considerarse lo indicado en la exposición de motivos que acompañó a la LRCA: “Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de 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”.

CUADRO N°5
Expresión legislativa de la prohibición de colusiones verticales
anticompetitivas

Prohibiciones	Cita textual de la disposición legal	Nivel de prohibición
Cláusula general ⁴¹	<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: en los casos no ejemplificados.</p> <p>Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos involucrados debe contar, con anterioridad al desarrollo de la conducta, con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate.</p>
Listado enunciativo de conductas prohibidas	Cita textual de la disposición legal	
Disposición de remisión a los listados enunciativos previos, a efectos de complementar la prohibición general (cláusula general).	(...) los supuestos tipificados a modo de ejemplo en los numerales 10.2 del Artículo 10° y 11.1 del Artículo 11° de la presente Ley, según corresponda.”	<p>Relativa: en todos los casos.</p> <p>Condición necesaria: al menos uno de los agentes económicos involucrados debe contar, con anterioridad al desarrollo de la conducta, con posición de dominio en el mercado relevante de que se trate.</p>

Elaboración propia, Fuente: Artículo 12 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas - Decreto Legislativo N° 1034

⁴¹Al respecto de la aplicación de esta cláusula general, debe considerarse lo indicado en la exposición de motivos que acompañó a la LRCA: “Lo que se requerirá para que se aplique la prohibición contenida en el artículo 12 es que la conducta investigada sea producto de una colusión entre dos agentes económicos pertenecientes a distintos niveles de la cadena de producción o comercialización y que, por ende, esté diseñada para reportar beneficios a ambos integrantes de 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”. Cita textual.

La figura de la colusión vertical definida 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 dominio no se podía sancionar al coludido que no la tuviera; mientras que bajo la figura de las colusiones anticompetitivas -debido a que su descripción era genérica- no se refería la necesidad de verificar una posición de dominio en uno de los coludidos para determinar 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.

A continuación, se presenta un cuadro de síntesis con los casos emblemáticos resueltos desde la vigencia de la LRCA en materia de colusiones verticales y los criterios relevantes que han establecido sobre determinados aspectos del análisis y consecuencias de este tipo de conducta:

CUADRO N°6

Síntesis de los criterios relevantes expresados en los casos emblemáticos resueltos desde la vigencia de la LRCA en materia de colusiones verticales

Materia	Decisión de la Autoridad	Criterios relevantes
<p>Denuncia presentada por Group Multipurpose S.R.L. y Dispra E.I.R.L. contra Quimpac S.A. y Clorox del Perú S.A. por presunta realización de prácticas colusorias verticales en la modalidad de acuerdos de distribución exclusiva.</p>	<p>Mediante Resolución 068-2009/SC1-IN-DECOPI, la Sala confirmó la Resolución 005-2008/CLC-INDECOPI emitida por la Comisión, ratificando la existencia de una práctica colusoria vertical en la modalidad de acuerdo de distribución exclusiva, conforme a la imputación del órgano instructor.</p>	<p>La Sala estableció como precedente de observancia obligatoria la siguiente metodología de evaluación de existencia de colusiones verticales: (i) determinar si alguna de las partes denunciadas goza de posición de dominio; (ii) establecer la existencia del acuerdo restrictivo; (iii) ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias procompetitivas de la práctica; 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. 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.</p>

Materia	Decisión de la Autoridad	Criterios relevantes
Denuncia presentada por Operaciones Arcos Dorados de Perú S.A. contra Administradora Jockey Plaza Shopping Center S.A., Sigdelo S.A. y distintas personas naturales por presunta realización de prácticas colusorias verticales en la modalidad de negativa concertada e injustificada de contratar.	Mediante Resolución 0460-2169/SDC-INDECOPI, la Sala declaró nula la Resolución 059-2011/CLC-INDECOPI emitida por la Comisión, y revocándola declaró infundada la denuncia pues no quedó acreditada la existencia de posición de dominio por parte de alguno de los agentes denunciados, debido a una distinta delimitación del mercado relevante y determinación de la presión competitiva.	En caso de plataformas de dos lados (como centros comerciales), <u>para una adecuada delimitación del mercado relevante debe evaluarse de manera conjunta ambas demandas interdependientes</u> , que constituyen el elemento central de las plataformas de dos lados, que los diferencian considerablemente de otros mercados.

Elaboración propia. Fuente: Resoluciones 068-2009/SC1-INDECOPI y 0460-2011/SDC-INDECOPI

8. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo que define la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas es un procedimiento sancionador de un diseño más garantista que el contemplado por la ley antecesora. El procedimiento administrativo actual presenta una mejora significativa en la distribución de funciones instructoras y resolutorias a diferentes órganos, correspondiendo las primeras a la Secretaría Técnica y las segundas a la Comisión que se encuentra conformada por cuatro (4) miembros.

Esta separación de funciones asegura que la Secretaría Técnica que es el órgano instructor, a quien corresponde imputar (acusar) los cargos de oficio (sea por propia iniciativa o por denuncia de parte), investiga y actúa los medios probatorios. La Secretaría Técnica como órgano instructor no decide el caso, sino la Comisión. Esta separación de funciones debe asegurar que la Comisión no se vea involucrada ni condicionada por las actuaciones, presunciones o constataciones que propone la Secretaría Técnica, garantizando los niveles máximos de imparcialidad que permite un esquema acusatorio y no inquisitivo. Sin embargo, el reto

es que esta autonomía y separación de funciones cumpla con ser absolutamente real y no se vea atenuado por coordinaciones internas, de naturaleza alguna, que sean capaces de entremezclar las diferentes funciones que corresponden a la Secretaría Técnica y la Comisión. ¿Debe la Secretaría Técnica en estas circunstancias discutir el caso con la Comisión antes de iniciarlo? No. ¿Debe la Secretaría Técnica en estas circunstancias sesionar con la Comisión en su deliberación para decidir el caso o preparar el proyecto de decisión final para esta Comisión? No, pues tal Comisión debiera tener un equipo de apoyo distinto del acusador en el caso, con el fin de asegurar la imparcialidad absoluta de su decisión. Nótese que cuando la Ley del Procedimiento Administrativo General prevé la elaboración de un proyecto de resolución por parte de un órgano distinto al que decide, no lo hace para órganos acusadores en procedimientos sancionadores, que tienen una regulación especial en la misma ley. Confiamos en que esto pueda asegurarse plenamente en el Indecopi, evitando nulidades que afecten sus decisiones e impacten negativamente en los agentes económicos. Si bien es posible que se requiera de recursos para asegurar esta separación, es absolutamente necesario lograrlos y que ello se implemente de inmediato pues está en juego el respeto del principio de imparcialidad y de debido proceso como principios y derechos constitucionales, exigidos también legalmente.

Este esquema procedimental tiene como garantía en favor de los administrados la posibilidad de apelar las decisiones de la primera instancia ante una Sala del Tribunal del Indecopi (conformada por cinco (5) miembros) como segunda instancia revisora (facultad que también le corresponde a la Secretaría Técnica, en caso discrepe del pronunciamiento final de la Comisión). Este Tribunal, en sintonía con el principio de verdad material, cuenta con la facultad de actuar medios probatorios dirigidos a esclarecer los hechos acusados como infracción, de estimarlo necesario.

La LRCA, por causa de una modificación causada por el DL 1205, califica a este procedimiento como un procedimiento esencialmente sancionador, eliminando su calificación como trilateral sancionador (cuando era impulsado por denuncia de parte). La titularidad de imputación se mantiene en todos los casos a cargo de la Secretaría Técnica (artículo 18), sin perjuicio de que quien presente una denuncia estará habilitado para ofrecer medios probatorios y argumentar para lograr la determinación de la infracción, así como de apelar, cuando se constituya en parte del procedimiento. Consideramos que esta modificación es meramente conceptual pues, si bien elimina la calificación de procedimiento trilateral sancionador, no tiene efecto práctico significativo alguno. Incluso, si el propio Indecopi considerara que no se trata de un procedimiento trilateral, evidentemente

no exigiría el pago de una tasa para evaluar la admisibilidad de una denuncia de parte, cuando en la actualidad sí lo hace.

De otro lado, debe destacarse que las reglas de este procedimiento y las autoridades competentes no se aplican ni corresponden, respectivamente, a los casos vinculados al mercado de servicios públicos de telecomunicaciones. Dichos casos se tramitarán bajo las reglas que conforman el marco normativo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones -OSIPTEL- (artículo 17), definido por la Ley N° 27336 -Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL y 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 N° 077-2016-CD/OSIPTEL, siendo competentes las autoridades definidas por dicho marco normativo.

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

A. *El compromiso de cese*

La LRCA, modificada por el DL 1205, 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. Se permite a dichos procesados que ofrezcan el compromiso de detener la conducta imputada antes de que transcurran cuarenta y cinco (45) días hábiles desde iniciado el procedimiento sancionador. Éste es un plazo razonable para que los imputados decidan la necesidad de presentar dicho compromiso y puedan formularlo.

En estos casos, la autoridad 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 restablecimiento del proceso competitivo y revertir los efectos lesivos de la conducta. De manera adicional, la Secretaría Técnica tendrá en cuenta las medidas complementarias que estén dispuestas a ofrecer los imputados, a fin de demostrar su propósito de enmienda (numeral 25.3, del artículo 23 de la LRCA).

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.

Luego de esta evaluación que es realizada por la Secretaría Técnica, ésta puede proponer a la Comisión la aceptación del compromiso y, por lo tanto, que declare la terminación anticipada del procedimiento y ya no la suspensión de este, como ocurría con el texto original de la LRCA. La decisión de aceptar o no dicha propuesta es discrecional y no puede ser impugnada, por ser el resultado de una negociación entre los imputados y la autoridad de competencia, que es representante del interés general. Sin embargo, corresponderá a la autoridad supervisar que, efectivamente, se haya cumplido con el cese de la conducta anticompetitiva reconocida.

En caso de verificarse que dicho cese no se ha realizado o que la conducta se desarrolla nuevamente, se configura una infracción grave, con las consecuencias punitivas que se detallarán más adelante (numeral 25.7, artículo 25).

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 (numeral 25.8, artículo 25).

Cabe agregar, finalmente, que la responsabilidad civil por una conducta anticompetitiva que ha sido materia de un compromiso de cese no desaparece, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de tal conducta (numeral 25.9, artículo 25).

B. *La solicitud de exoneración de sanción*

La solicitud de exoneración de la sanción es lo que podríamos entender como una solicitud de colaboración eficaz (o de clemencia, leniency en inglés) que, de ser aceptada, permite al agente económico procesado que colabora en la aportación de pruebas para acreditar la existencia de una práctica colusoria, exceptuarse completa o parcialmente de la sanción que le corresponde por su responsabilidad en los hechos infractores. Esta solicitud debe presentarse por escrito.

Este mecanismo que en otras latitudes ha sido reconocido como una de las principales herramientas en la lucha contra los carteles, ha sido modificado y fortalecido en la LRCA, por la modificación generada por el DL 1205 en setiembre de 2015. Esta modificación define con mayor claridad el procedimiento a seguir, con el fin de generar los incentivos adecuados en los agentes económicos para fomentar su colaboración en la detección de colusiones anticompetitivas.

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.

Estos beneficios han sido especificados por la reciente Guía del Programa de Clemencia aplicable a colusiones horizontales (cárteles), aprobada mediante Resolución N° 059-2017/CLC-INDECOPI en agosto de 2017, de la siguiente manera para el primer colaborador de la autoridad que logre una exoneración:

- Clemencia Tipo A: antes de que la Secretaría Técnica 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).
- Clemencia Tipo B: en caso la Secretaría Técnica 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).

Debe considerarse que la LRCA establece expresamente que el cumplimiento del deber de colaboración que corresponde a quien haya sido el primero en suscribir un compromiso de exoneración, hasta que la Comisión emita su decisión final como primera instancia, “exonera de sanción al solicitante respecto de la infracción o infracciones materia del compromiso” (literal d, numeral 26.1, artículo 26). En este sentido, la LRCA no hace la distinción que pretende la Guía antes referida, con lo cual, 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. Ello, pues la LRCA no hace el distingo entre la clemencia Tipo A y Tipo B.

De otro lado, este sistema de clemencia también permite que, luego del primero, los demás agentes económicos que aporten información relevante con valor agregado significativo para las investigaciones, puedan beneficiarse con una reducción de la multa aplicable. Así, el segundo solicitante, podrá obtener una reducción entre el treinta y cincuenta por ciento (desde el 30% hasta un 50% de la multa correspondiente); el tercer solicitante podrá obtener una re-

ducción entre el veinte y treinta por ciento (desde el 20% hasta un 30% de la multa correspondiente); y los siguientes solicitantes, una reducción de hasta el veinte por ciento (hasta el 20% de la multa correspondiente) (numeral 26.3, artículo 26 de la LRCA). Esta previsión de colaboración en la investigación sobre cárteles, 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 para el caso del segundo solicitante en adelante, consiste en evidencia directa o información que no necesite ser corroborada o sustentada en 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).

Al igual que en el compromiso de cese, la evaluación de la solicitud es realizada por la Secretaría Técnica, proponiendo 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. Debe precisarse que, aun cuando se produzca una exoneración completa o parcial en favor de un solicitante, la responsabilidad civil por la conducta anticompetitiva que haya sido materia de un compromiso de cese tampoco se ve eliminada, pudiendo ser exigida por quienes se reputen dañados por causa de ésta (numeral 26.6, artículo 26).

C. *Medidas cautelares y medidas correctivas*

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

En el caso de las medidas cautelares, la regulación de la LRCA es significativamente mejor que la regulación de la ley antecesora. Pueden dictarse antes de que se inicie el procedimiento administrativo -caducando a los quince (15) días si este no llegara a iniciarse- tanto a solicitud de la Secretaría Técnica como instructor, como por el pedido de la parte denunciante o de un tercero legitimado y apersonado al procedimiento. Queda expresamente señalado que la finalidad de una medida cautelar es asegurar el pronunciamiento final, en particular, en lo concerniente a las medidas correctivas que se pudieran dictar (artículo 23).

La LRCA atribuye a la Comisión, clara y detalladamente, la facultad de dictar medidas cautelares, señalando expresamente que se podrá ordenar la “medida cautelar innovativa o no innovativa, genérica o específica, que considere pertinente, en especial la orden de cesación de actividades, la obligación de contratar,

la imposición de condiciones, la suspensión de los efectos de actos jurídicos, la adopción de comportamientos positivos y cualesquiera otras que contribuyan a preservar la competencia afectada y evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere”. Ello siempre que, como corresponde, exista verosimilitud acerca de la existencia de una conducta anticompetitiva y peligro en la espera que involucre la emisión de la decisión final, además de otros requisitos de forma. La LRCA, en función garantista a favor del administrado, indica que la medida cautelar de que se trate deberá “ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño que se pretenda evitar” (artículo 23).

Con las modificaciones introducidas por el DL 1205 en setiembre de 2015, la LRCA reconoce dos tipos de medidas correctivas, que se dictan al finalizar el procedimiento administrativo sancionador en caso de declare la existencia de una conducta anticompetitiva y sea necesario actuar sobre su realización o sus efectos. Estas medidas correctivas son: i) medidas conducentes a restablecer el proceso competitivo; y, ii) medidas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora (artículo 46). Estas medidas pueden ser impuestas por la Comisión además de la sanción correspondiente.

Una conducta anticompetitiva afecta al proceso competitivo y al bienestar de los consumidores, en general. Asimismo, en particular, es capaz de afectar específicamente a agentes económicos que hayan sido los destinatarios directos de la conducta infractora. Ambas expresiones del efecto de una conducta anticompetitiva, el general y el específico, se producen por una causa ilícita, lo cual es pasible de ser corregido por la autoridad.

Con la aplicación de las medidas conducentes a restablecer el proceso competitivo, lo que se persigue es evitar los efectos futuros de la conducta anticompetitiva. Por ejemplo, una cláusula de exclusividad o una negativa a contratar, que resulten anticompetitivas, pueden generar distorsiones a la competencia, al impedir que algunos agentes económicos participen en un mercado determinado. Frente a esta restricción injustificada al proceso competitivo, la Comisión podría dictar una medida correctiva conducente a restablecerlo, ordenando, por ejemplo, la inoponibilidad de dicha cláusula o declarando la obligación de contratar. De esta manera, podrá asegurar el acceso de nuevos competidores, antes víctimas del efecto exclusorio, lo que producirá eficiencias que repercutirán positivamente en los consumidores, retornando el proceso al estado anterior a la conducta anticompetitiva.⁴²

⁴² Recientemente, la Comisión ha dispuesto implementar como medidas correctivas la implementación de programas de cumplimiento de la normativa de libre competencia, con la finalidad de prevenir y detectar, al interior de una empresa, las posibles prácticas anticompetitivas que se puedan cometer. Cfr. Resolución 010-2017/CLC-INDECOPI.

Con la aplicación de las medidas dirigidas a revertir los efectos lesivos, directos e inmediatos, de la conducta infractora (también conocidas como reparadoras), lo que se pretende es revertir los efectos pasados, es decir las situaciones ilegales ya consumadas, en tutela de agentes económicos específicos que, directa e inmediatamente, hayan sufrido las consecuencias de la conducta anticompetitiva. En principio, estas medidas correctivas funcionarán como medidas de compensación a los consumidores (finales o intermedios) que han sido afectados, a través de la devolución, por parte del o los agentes económicos infractores, del sobreprecio pagado como consecuencia de la conducta anticompetitiva.⁴³

Por último, como se desprende de la distinción que hace el artículo 25 de la LRCA, modificado por el DL 1205, las medidas complementarias que pueden ser ofrecidas por los solicitantes de un compromiso de cese no son medidas correctivas, ya que no tratan de restablecer la legalidad, sino de dotar de garantías adicionales a la autoridad sobre el propósito de enmienda del agente económico que ofrece el compromiso de cese. Estas medidas complementarias vinculadas al compromiso de cese pueden consistir, por ejemplo, en la realización o financiación de actividades gratuitas de capacitación sobre libre competencia a empresas, funcionarios públicos y/o la ciudadanía en general, entre otras. No se tratan de medidas correctivas.

D. Sanciones

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

Las sanciones sobre conductas anticompetitivas se mantienen fundamentalmente en los niveles establecidos por la ley antecesora. Sin embargo, se ajusta el tope para infracciones leves con una multa de hasta quinientas (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

⁴³Cfr. FERNÁNDEZ FLORES, David. ¿Debe el INDECOPI contar con un mecanismo de restitución del sobreprecio pagado como consecuencia de una conducta anticompetitiva?, en: Derecho Administrativo: Innovación, Cambio y Eficacia, Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional del Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima, 2014, p. 71.

de infracciones muy graves. Por su parte, los reguladores individuales de multa se escalonan, a diferencia del esquema de la ley antecesora que impedía colocar una multa que superara el diez por ciento (10%) de las ventas o ingresos brutos del agente infractor en el ejercicio anual previo a la decisión de la autoridad. Con la LRCA los reguladores individuales de multa se establecen en ocho (8%), diez (10%) y doce (12%) por ciento en el caso de infracciones leves, graves y muy graves, respectivamente (artículo 43).

Como se indicó en un punto previo, las sanciones que establece la LRCA, con el objetivo de aumentar su poder disuasivo, podrían aplicarse no solamente sobre los sujetos de derecho que desarrollan conductas contrarias al proceso competitivo como agentes económicos, sino sobre cualquiera que ejerza la dirección, el gerenciamiento o la representación de dichos sujetos, siempre que hayan provocado o ejecutado dicha conducta, pudiendo recibir una sanción de hasta cien (100) UIT.

Como criterios para determinar la gravedad de una conducta anticompetitiva y, en consecuencia, graduar la multa, la LRCA ha establecido consideraciones acerca del impacto de la conducta en el proceso competitivo y el bienestar de los consumidores. Dichos criterios son: “i) “[e]l beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción”; ii) “[l]a probabilidad de detección de la infracción; iii) “[l]a modalidad y el alcance de la restricción de la competencia”; iv) “[l]a dimensión del mercado afectado”; v) “[l]a cuota de mercado del infractor”; vi) “[e]l efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores; vii) “[l]a duración de la restricción de la competencia”; viii) “[l]a reincidencia de las conductas prohibidas”; y, ix) “[l]a actuación procesal de la parte” (artículo 44). Queda claro que una conducta que genere un mayor beneficio esperado y posea una menor posibilidad de detección deberá recibir una multa mayor que otra conducta de similar naturaleza que genere un menor beneficio esperado y posea una mayor posibilidad de detección, conforme lo sugiere la disciplina del análisis económico del derecho, a efectos de que la sanción cumpla con su finalidad disuasiva. Sin embargo, en nuestro país es un enorme reto que la autoridad calcule efectivamente las probabilidades de cada conducta, en cada mercado investigado en los periodos que haya delimitado, bajo criterios técnicos, que incluyan razonabilidad y proporcionalidad. La autoridad debe evitar estimaciones abstractas no fundamentadas que determinen probabilidades de detección que carezcan de sustento probatorio, pues esta probabilidad de detección es un aspecto fundamental en el cálculo de multas, que como reproche estatal no deben resultar arbitrarias ni excesivas.

El objetivo de las sanciones en un sistema competitivo no es propiamente aplicarlas, sino que marquen un efecto disuasivo sobre los agentes económicos que

proyectan desarrollar una conducta contra el proceso competitivo.

E. *Multas coercitivas*

En el caso de las multas que no tienen finalidad sancionadora, es decir multas coercitivas, la LRCA presenta un esquema novedoso y también de efecto disuasivo que, no solamente incorpora esta técnica en el control de conductas anticompetitivas, sino que además clarifica que su función no es castigar sino impeler al administrado a cumplir con un mandato de la autoridad de competencia, diferenciando la aplicación de multas coercitivas por incumplimiento de medidas cautelares de la aplicación de multas coercitivas por el incumplimiento de medidas correctivas ordenadas. Por tanto, una multa coercitiva no impide, adelanta, ni restringe la aplicación de una multa como sanción de la infracción que sea declarada.

En el primer caso, la LRCA indica que la primera multa que se aplica por no cumplir un mandato de medida cautelar tiene un piso de veinticinco (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) UIT.

En el segundo caso, ante el incumplimiento de una medida correctiva que se dictó como parte de la decisión final de la autoridad junto con la multa como sanción, se toma como base ésta para aplicar la multa coercitiva en un orden de su veinticinco por ciento (25%), luego de lo cual, de persistir el no cumplimiento, dicha multa se duplicará respetando cada vez, 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) UIT.

9. *EL FORTALECIMIENTO DE LA PROMOCIÓN DE LA COMPETENCIA EN LA LRCA*

La LRCA atribuye a la Comisión la facultad de informar (y en consecuencia sugerir mejoras) sobre las normas con rango de ley que generan conductas que perjudican el proceso competitivo y el bienestar del consumidor, pero que por tener fundamento en una norma con rango de ley se encuentran exceptuadas de su ámbito de aplicación. Además, 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”, como “[s]ugerir,

exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública señaladas en el Artículo I de la Ley N° 27444 sobre la implementación de medidas que restaurezcan 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” (artículo 14).

Sobre este último punto, a diferencia del texto original de la LRCA, con la modificación operada en septiembre de 2015 a través del DL 1205, será la propia Comisión y ya no la Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi quien solicite a las entidades la implementación de medidas, aun cuando esta última será el canal de remisión de tales sugerencias. Además, a fin de dotar de verdadera efectividad a las abogacías de la competencia, la LRCA, modificada por el DL 1205, guardando el debido respeto a las distintas entidades de la Administración Pública, 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” (artículo 14).

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

Cabe indicar que cuando la LRCA señala que “[e]l Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”, debemos entender que ésta es una habilitación a las autoridades competentes, definidas por ley, para que, fundamental y esencialmente, emprendan tareas de promoción de la competencia, tales 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 costos de transacción en el mercado, en procura de afianzar e intensificar el proceso competitivo y, de ningún modo, como una habilitación para desarrollar intervenciones en el mercado que pudieran afectar o distorsionar la libre interacción entre oferta y demanda.

VI. CONCLUSIONES

Esta síntesis de la defensa de la libre competencia en el Perú ha procurado tratar, con enfoque crítico, los principales aspectos de fondo y procedimentales del sistema, incluyendo los que han sufrido importantes modificaciones a nivel legislativo y han sido objeto de análisis en la jurisprudencia de la Comisión y la Sala del Tribunal del Indecopi. En esa línea, a manera de conclusiones, podemos proponer las siguientes:

i) La lógica y contenido de la LRCA se encuentra en sintonía con el Capítulo Trece del APC con EEUU sobre Política de Competencia, que reconoce que cualquier conducta anticompetitiva “tiene el potencial de restringir el comercio e inversión bilateral” y que, en consecuencia, “proscribir dicha conducta, implementar políticas de competencia económicamente consistentes y cooperar (...) ayudarán a asegurar los beneficios de este Acuerdo” (artículo 13.1). Esta sintonía afianzó la conciencia acerca de que el libre comercio y el estímulo de las inversiones tienen por efecto intensificar el proceso competitivo en los mercados de los Estados que celebran un acuerdo comercial. A mayor flujo comercial, se produce mayor competencia por eficiencia, lo que, a su vez, aumenta el excedente de los consumidores quienes pueden elegir entre bienes y servicios que pugnan por ofrecerle las mejores combinaciones de precio y calidad. Por ello, cualquier agente económico que restrinja, limite o impida la libre competencia, estará afectando el bienestar que el libre comercio es capaz de generar en beneficio de los consumidores y de la sociedad en general. Este enfoque se mantiene en el estado actual de la defensa de la libre competencia en el Perú, pues la reciente modificación realizada a la LRCA, mediante el Decreto Legislativo N° 1205, vigente desde setiembre de 2015, buscó dotar de mayor efectividad a la lucha contra las prácticas anticompetitivas, principalmente contra cárteles, y fortalecer los mecanismos de promoción de la competencia. Esta modificación, sin duda, debiera redundar en una mejora de la competitividad de las empresas que actúan en el país, estimular la inversión y facilitar el comercio interno e internacional.

ii) En consecuencia, conociendo la distancia entre la competencia perfecta como modelo teórico y la realidad de los mercados, el objetivo de la actividad pública en una economía social de mercado es lograr que en el

proceso competitivo exista la máxima competencia posible o una competencia efectiva, funcional o practicable (workable competition), en beneficio del interés general. Uno de los instrumentos que persiguen dicha finalidad son las leyes que prohíben y sancionan las conductas anticompetitivas, como es el caso de la LRCA.

iii) El objetivo del derecho de la libre competencia no es sancionar, sino que la competencia sea efectiva. Para ello la vigente LRCA ha previsto distintos mecanismos, fortalecidos con las recientes modificaciones, que permiten realizar este objetivo sin la necesidad de imponer sanciones a los eventuales infractores. En ese sentido, herramientas como el compromiso de cese o el programa de clemencia cumplen un rol importante, pues facilitan a la autoridad la detección de conductas anticompetitivas y/o su enmendadura a través de medidas correctivas de restablecimiento del proceso competitivo o de reversión de efectos lesivos. También el rol promotor del derecho de la libre competencia se ve plasmado en la facultad de realizar abogacías de la competencia que tienen la Secretaría Técnica y la Comisión, cuyo ejercicio es clave, tanto o más que la represión de conductas, para cumplir con los objetivos de la LRCA.

iv) La defensa de la libre competencia, tradicionalmente, se ha expresado a través de dos ejes regulatorios: a) el control de conductas, en mérito del cual se despliegan sanciones y medidas correctivas, ex post, contra el abuso de posición de dominio y contra las colusiones anticompetitivas; y, b) el control de estructuras, ex ante, que involucra el análisis y el eventual condicionamiento o la prohibición de las concentraciones que, por su envergadura y circunstancias del mercado relevante o de referencia, se considera que podrían afectar el proceso competitivo. Salvo por el sector eléctrico, en los sectores de la economía no existe un esquema de control de estructuras. Sin embargo, en el país existe un permanente debate sobre la conveniencia de establecer un control de estructuras sobre todos los sectores de la economía de modo general. Actualmente, en el Congreso de la República existen dos proyectos de ley en curso y un grupo parlamentario de trabajo encargado de evaluar esta materia. Desde nuestra perspectiva, no existe una clara evidencia que respalde la necesidad, la conveniencia y los beneficios de establecer una intervención pública de esta naturaleza en nuestro país, más aún cuando este esquema es capaz de afectar la libertad de iniciativa privada, la libertad de empresa, la libertad contractual

y el desarrollo de las inversiones. 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.

v) En relación con las conductas calificadas como anticompetitivas por la LRCA, debemos remitirnos al análisis crítico presentado en el contenido de la presente entrega. Sin embargo, en relación con el procedimiento administrativo sancionador que define la LRCA para la determinación y sanción de conductas anticompetitivas debemos enfatizar una conclusión que exige una mejora pendiente y urgente a cargo del Indecopi. Para el trámite del procedimiento en primera instancia, la LRCA presenta una mejora significativa en la distribución de funciones instructoras y resolutivas a diferentes órganos, correspondiendo las primeras a la Secretaría Técnica y las segundas a la Comisión. Sin embargo, en la realidad del procedimiento, se debe asegurar que la Comisión no se vea involucrada ni condicionada por las actuaciones, presunciones o constataciones que propone la Secretaría Técnica, garantizando los niveles máximos de imparcialidad que permite un esquema acusatorio y no inquisitivo. El reto es que esta autonomía y separación de funciones –en primera instancia- cumpla con ser absolutamente real y no se vea atenuado por coordinaciones internas, de naturaleza alguna, que sean capaces de entremezclar las diferentes funciones que corresponden a la Secretaría Técnica y la Comisión. Como lo hemos indicado, confiamos en que esto pueda asegurarse plenamente en el Indecopi, evitando nulidades que afecten sus decisiones e impacten negativamente en los agentes económicos. Si bien es posible que se requiera de recursos para asegurar esta separación, es absolutamente necesario lograrlos y que ello se implemente de inmediato pues está en juego el respeto del principio de imparcialidad y de debido proceso como principios y derechos constitucionales, exigidos constitucional y legalmente.

vi) En el plano netamente sancionador, es claro que una conducta anticompetitiva –probada con una certeza tal que se venza la presunción de inocencia (o de licitud) de un agente económico- que genere un mayor beneficio esperado para el infractor y posea una menor posibilidad de detección, deberá recibir una multa mayor que otra conducta de similar naturaleza que genere un menor beneficio esperado y posea una mayor

posibilidad de detección. Ello, conforme lo sugiere la disciplina del análisis económico del derecho, a efectos de que la sanción cumpla con su finalidad disuasiva. Sin embargo, en nuestro país es un enorme reto que la autoridad de competencia calcule efectivamente las probabilidades de cada conducta, en cada mercado investigado en los periodos que haya delimitado, bajo criterios técnicos, que incluyan razonabilidad y proporcionalidad. La autoridad debe evitar estimaciones abstractas no fundamentadas que determinen probabilidades de detección que carezcan de sustento probatorio, pues esta probabilidad de detección es un aspecto fundamental en el cálculo de multas, que como reproche estatal no deben resultar arbitrarias ni excesivas.

vii) La clave de la eficacia de la defensa de la competencia no se encuentra única ni principalmente en el plano sancionador, sino en una promoción efectiva de la competencia. En consecuencia, se debe explotar con mayor intensidad: a) la facultad que la LRCA atribuye a la Comisión de informar (y en consecuencia sugerir mejoras) sobre las normas con rango de ley que generan conductas que perjudican el proceso competitivo y el bienestar del consumidor, pero que por tener fundamento en una norma con rango de ley se encuentran exceptuadas de su ámbito de aplicación; b) la función de la Comisión de expedir Lineamientos que orienten a los agentes del mercado sobre la correcta interpretación de las normas de la LRCA; y, c) la atribución de sugerir, exhortar o recomendar a las entidades de la Administración Pública 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, lo que obliga a tales entidades a 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.

viii) En materia de orden del mercado, la promoción de la competencia se viabiliza a través de la actividad de fomento del Estado y ésta se desarrolla bajo técnicas de información, formación y estímulo a los agentes económicos para que contribuyan con su actuación en el eficaz funcionamiento del proceso competitivo. En este estímulo, se encuentra la abogacía de la competencia, que es desarrollada por la autoridad al sugerir modificaciones legales o institucionales que, desde el Estado, permitan

una mayor dinámica a la competencia por eficiencia; y, se encuentra la labor de formación y difusión de cultura de mercado que corresponde a la Secretaría Técnica, conforme indica la LRCA.

El análisis y las consideraciones de esta entrega, cuyas conclusiones se han adelantado en cada acápite específico, forman parte de un trabajo mayor en preparación, que procura desarrollar una guía integral para los asesores jurídicos empresariales, cuyo propósito es que puedan conocer y tener en cuenta lo esencial de la defensa de la libre competencia en el país. Ello, a efectos de que sea considerado por los agentes económicos al momento de diseñar sus estrategias competitivas en el mercado, evitando incurrir en prácticas que puedan ser consideradas como restrictivas o limitativas de la libre competencia.

Aún quedan muchos temas pendientes por desarrollar a nivel legislativo, jurisprudencial y doctrinal, en materia de libre competencia, como son, por ejemplo, los retos y limitaciones que afronta ante la aparición disruptiva de nuevas tecnologías y plataformas digitales; la atenuación o exoneración de responsabilidad como consecuencia de un programa de cumplimiento adecuadamente implementado; la posibilidad de dictar medidas correctivas estructurales (tales como escisión o venta de activos, como ocurre en otras latitudes) bajo los alcances del artículo 46 de la LRCA (lo cual debe ser detenidamente evaluado a efectos de evitar que se afecte la libertad de empresa; y, el desarrollo de las inversiones en el país); y, el necesario fortalecimiento institucional del Indecopi.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO ORTIZ, G., Principios de Derecho Público Económico, Ara, Lima, 2004.
- CABANELLAS DE LAS CUEVAS, G., Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Vol. 1, 2da edición, Heliasta, Buenos Aires, 2005.
- COLOMA, G., Defensa de la Competencia - Análisis económico comparado, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2003.
- CONDE GALLEGO, B., Dimensión internacional del Derecho de la libre competencia, en: Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.
- DEMSETZ, H., La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos, Alianza Editorial, Madrid, 1986.
- DÍEZ ESTELLA, F., “El abuso de posición de dominante en el Derecho comunitario y español de defensa de la competencia”, en Tratado de Derecho de la Competencia y de la Publicidad, Tomo I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014.

- FALLA JARA, A. y DRAGO ALFARO, M., “Unas de cal y otras de arena’. Aplicación de la Ley de Competencia durante el 2011”, en Revista Ius Et Veritas n.º 44, 2012.
- FERNÁNDEZ - BACA, J., Organización Industrial, Universidad del Pacífico, Lima, 2006.
- FERNÁNDEZ FLORES, D., “¿Debe el Indecopi contar con un mecanismo de restitución del sobreprecio pagado como consecuencia de una conducta anti-competitiva?”, en Derecho Administrativo: Innovación, Cambio y Eficacia, Libro de ponencias del Sexto Congreso Nacional del Derecho Administrativo, Thomson Reuters, Lima, 2014.
- FOLGUERA CRESPO, J. y MARTÍNEZ CORRAL, B., “La posición de dominio colectiva: estado actual de una larga evolución”, en El abuso de posición dominante, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- FRANK, R. H., Microeconomía y Conducta, McGraw-Hill/Interamerica de España, Madrid, 1992.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., Curso de Derecho de Administrativo, Tomo II, 4ta edición, Civitas, Madrid, 1993.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F., Competencia, Editorial Porrúa, Ciudad de México, 2017.
- MONTERO PASCUAL, J. J., “Regulación económica y Derecho de la competencia”, en Fundamentos de Regulación y Competencia (El diálogo entre Derecho y Economía para el análisis de políticas públicas), Iustel, Madrid, 2013.
- QUINTANA SÁNCHEZ, E., “Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real?”, en Revista Themis n.º 51, 2005.
- SANTOFIMIO GAMBOA, J. O., Tratado de Derecho Administrativo - Introducción, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, P., “La integración económica en la Comunidad Andina y su Sistema de Protección y Promoción de la Libre Competencia: Aspectos institucionales y procesales”, en Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual n.º 2, 2006.
- STUCCHI LÓPEZ RAYGADA, P., “La cláusula general como elemento esencial en la configuración de los actos de competencia desleal enunciados y no enunciados”, en Revista Themis n.º 54, 2007.
- STUCCHI, LÓPEZ RAYGADA, P. y GONZALEZ DELGADO, G., “Una introducción al Sistema Comunitario de Defensa de la Libre Competencia - La Decisión n.º 608 en el mercado ampliado andino”, en Revista Themis N° 51, 2005.
- VELAZCO SAN PEDRO, L. A., “El Derecho Europeo de la competencia”, en Derecho Europeo de la Competencia. Antitrust e intervenciones públicas, Lex Nova, Valladolid, 2005.