

La Técnica de Represión de los Cárteles en el Derecho Peruano

Carlos Ramón Noda Yamada

Abogado. Profesor de Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

1. Introducción

El 7 de noviembre de 1991 se publicó en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 701 -en adelante, Ley de Defensa de la Competencia¹-, una norma claramente inspirada en el ordenamiento comunitario europeo -en particular, en los antiguos artículos 85 y 86 del Tratado de Roma, actualmente artículos 81 y 82 del Tratado CE²- y, en menor grado, en la Ley N° 22.262, la derogada ley argentina de Defensa de la Competencia³, sancionada en el año 1980. Contrariamente a lo que algún sector podría pretender⁴, la Ley de Defensa de la Competencia no se encuentra inspirada en la Sherman Act ni en ninguna de las disposiciones de la legislación antitrust vigentes en los Estados Unidos de América⁵.

La inspiración comunitaria de la norma nacional de Defensa de la Competencia tiene como una de sus consecuencias directas -la más visible, a nuestro entender- que la técnica de represión de los cárteles contenida en dicha norma, responda obviamente a una lógica comunitaria y no a la norteamericana, lo cual a su vez, determina ciertas características distintivas en la ordenación del procedimiento y en el análisis de las conductas presuntamente restrictivas.

El propósito del presente estudio es básicamente exploratorio y de presentación de un panorama general que sirva de base para la realización

de una discusión e investigación a profundidad del tema, por ello, en primer lugar, buscaremos establecer claramente las diferencias existentes entre la técnica de represión antitrust norteamericana y la técnica de represión comunitaria y, en segundo lugar, las particularidades de la técnica de represión de los cárteles en el Derecho peruano, la cual, si bien se encuentra enmarcada dentro de una lógica comunitaria, presenta ciertas diferencias de forma con su fuente de inspiración.

2. Orígenes, Características y Reglas Interpretativas de los Ordenamientos Antitrust⁶ y Comunitario⁷

La primera diferencia que podemos observar entre el ordenamiento antitrust y su similar comunitario es el ambiente político y económico en que se originaron. La Sherman Act fue aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en el año 1890, en un país marcado por la gran expansión industrial y la cartelización de la economía propios de la segunda mitad del siglo XIX.

La consolidación de la Unión producida después de la rendición del Ejército Confederado en Appomatox⁸ fue el elemento político que creó un ambiente propicio para el desarrollo económico acelerado y a gran escala de los Estados Unidos⁹. Para el momento de la aprobación de la Sherman Act, en la última década del

1 Si bien este no es su nombre oficial, creemos que es el más apropiado debido a su naturaleza y a la finalidad que persigue.

2 El Tratado de Roma, también conocido como Tratado CEE, fue firmado el 25 de marzo de 1957 por los seis miembros de la CECA. Dicho tratado fue modificado por el Tratado de Maastricht del 7 de febrero de 1992 -Tratado de la UE- y la numeración de sus artículos fue reordenada por el Tratado de Amsterdam del 2 de octubre de 1997. En el presente estudio utilizaremos la numeración actualmente vigente -salvo mención en contrario- y la denominación Tratado CE.

3 La Ley de Defensa de la Competencia actualmente vigente en la República Argentina es la Ley 25.156, sancionada en el año 1999.

4 Por ejemplo, quienes en el año 1997 intentaron distorsionar el Decreto Legislativo N° 701 a fin de asemejarlo a la Sherman Act, injertando en el ordenamiento nacional categorías tales como «per se rule», «rule of reason», «naked cartel», y «ancillary restrictions». Ello significó distorsionar el sistema legal en materia de libre competencia, tal como se distorsionaron -también en 1997- las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor. En este último caso, mediante un precedente de observancia obligatoria de la Sala de Defensa de la Competencia de la época -declarado nulo por la Corte Suprema de Justicia de la República en el año 2001- se trató de «legítimar» la publicidad comparativa subjetiva.

5 Lo que sí sucede, por ejemplo, con la Ley Federal de Competencia Económica de México.

6 Por cuestiones de simplicidad, vamos a denominar ordenamiento antitrust al ordenamiento norteamericano.

7 Esta sección reproduce el punto III de un trabajo anterior: NODA, Carlos. La represión del abuso de posición de dominio en el mercado en el Derecho Peruano. p. 81-96. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima. Año 10. N° 71 (agosto 2004).

8 El General Robert E. Lee y el Ejército del Norte de Virginia se rindieron el 9 de abril de 1865 en Appomatox, hecho que marcó la derrota de la Confederación y el fin de la Guerra Civil.

9 En 1898, sólo ocho años después de la aprobación de la Sherman Act, los Estados Unidos de América demostraría al mundo su creciente poder al derrotar a España en la Guerra Hispano-norteamericana, liquidando los restos del imperio español. En 1917, veintisiete años después de la aprobación de la Sherman Act, la presión originada por la intervención de los Estados Unidos de América en la Primera Guerra Mundial haría que los ejércitos del Kaiser retrocedieran hacia el interior de Alemania, forzando al Reich a la rendición.

siglo XIX, Estados Unidos era un país con un mercado integrado y en expansión de larga data, cuyo principal problema percibido era el desborde de las empresas presentes en aquella época en el mercado.

Por el contrario, el Tratado de Roma fue celebrado teniendo como objetivo lograr la integración europea occidental mediante la creación de un mercado común. Hacia 1957, Europa occidental era un continente que se estaba recuperando de la devastación -material y psicológica- producida por la Segunda Guerra Mundial, luego de la rendición incondicional del Tercer Reich ocurrida en mayo de 1945. A ello debe sumarse el ambiente especial creado por la situación política internacional de la segunda mitad del siglo XX, conocida como la Guerra Fría, donde Europa occidental tenía que tener siempre en consideración la vecindad de los países del Bloque del Este liderado por la extinta Unión Soviética.

Es evidente que la situación europea de 1957 era muy diferente a aquella de los Estados Unidos en 1890; así, mientras en los Estados Unidos se partía de la existencia de un mercado integrado y en franca expansión, en Europa se buscaba crear un mercado integrado que fuera el motor del desarrollo de países arruinados por la guerra y que contribuyera a reemplazar una lógica tradicional de confrontación por una nueva de cooperación. La tradicional rivalidad franco-germana buscó ser superada y reemplazada por un nuevo esquema de cooperación liderado, precisamente, por los dos antiguos contendientes.

El Perú de 1991 mostraba condiciones que lo asemejaban más a la situación europea de 1957 que a la americana de 1890. El Perú de 1991 era un país que requería crear un mercado competitivo -una «cultura de mercado», se le llamó entonces- que fuera el motor del desarrollo de un país que históricamente había perdido el tren del desarrollo económico a lo largo de los siglos XIX y XX. La República del Perú inició su vida independiente luego de varios años de guerra civil contra los Ejércitos del Rey español, cuyos contingentes, paradójicamente, eran reclutados en su mayoría en el territorio del virreinato peruano. Durante el siglo XIX, el Perú buscó consolidar una identidad nacional y sostuvo enfrentamientos con sus vecinos sudamericanos -la guerra con la Gran Colombia y la creación de la Confederación Peruano-Boliviana, son ejemplos de ello- y conflictos civiles de baja intensidad que, en determinados momentos llevaron a la anarquía al país. La Guerra del Pacífico significó una derrota

absoluta del Estado Peruano frente a su vecino del sur, lo cual llevó al país a intentar la reconstrucción de su ordenamiento político y económico. Sin embargo, hacia la segunda década de 1920, Perú fue regido por un gobierno de corte personal y autoritario, desembocando hacia 1931 en una nueva fase de gobiernos militares debido a la presencia de un solo partido político de masas en el escenario de aquellos años. En la década de 1970, bajo una dictadura militar, Perú optó por un modelo económico de fuerte intervención estatal, el cual fracasó estrepitosamente, dando paso en la década de 1980 a la aparición del fenómeno terrorista. Hacia principios de la década de 1990, Perú no era un país socialmente integrado, no contaba con una economía estable, no tenía una tradición económica de mercado, no contaba con un escenario político estable y ordenado, en resumen, era un país poco integrado y con un mercado incipiente, es por ello que estimamos que el legislador de 1991 acertó al recoger el modelo comunitario de defensa de la competencia en el Decreto Legislativo N° 701 como el más apropiado a dicha realidad.¹⁰

La segunda diferencia notoria que encontramos entre el sistema antitrust y el comunitario se refiere a sus características y diseño. En líneas generales -es decir, en una descripción muy gruesa y apretada-, el sistema antitrust se ordena sobre dos pilares: el primero consiste en la represión de las prácticas colusorias (conductas cooperativas) mientras que el segundo consiste en la represión de los intentos de monopolización del mercado (conductas exclusorias). El sistema antitrust es además conocido por su mecanismo de control de concentraciones. De otro lado, el sistema comunitario apunta, en primer lugar, hacia la represión de las prácticas colusorias (nuevamente, conductas cooperativas) y, en segundo lugar, a la represión del abuso de posición de dominio en el mercado (conductas explotativas y exclusorias). El sistema comunitario -si nos remitimos al Tratado CE- no contemplaba originalmente ningún sistema de control de concentraciones; éste no fue incluido expresamente sino hasta el año 1989 -luego de varios intentos jurisprudenciales que apuntaban en esa dirección- mediante el Reglamento N° 4064/89 del 21 de diciembre de 1989.

Nuevamente, podemos observar que la Ley de Defensa de la Competencia del Perú adhiere al sistema comunitario de Defensa de la Competencia, ya que incluye -al igual que el Tratado CE- la prohibición de las prácticas colusorias (conductas cooperativas) y la

¹⁰ Adicionalmente, hay que señalar que el sistema comunitario se ajustaba más a la tradición jurídica continental del Derecho peruano que el sistema antitrust, perteneciente a la tradición jurídica del Common Law.



prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado (conductas explotativas y exclusorias). Asimismo, al igual que el Tratado CE, la Ley de Defensa de la Competencia Peruana no incluye ningún sistema general de control de concentraciones¹¹.

La tercera diferencia entre el ordenamiento antitrust y su similar comunitario está relacionada con las reglas interpretativas aplicables a las prácticas colusorias. El sistema antitrust reconoce, en líneas generales, la existencia de dos reglas de interpretación creadas jurisprudencialmente: la regla *per se* y la regla de la razón. Básicamente, la regla *per se* apunta a la condena objetiva de las conductas que constituyen ciertos tipos de prácticas colusorias aquellas encaminadas a la constitución de un cártel-mientras que la regla de la razón señala la necesidad de hacer un balance entre los efectos positivos y negativos de una conducta cooperativa antes de condenarla -dentro del campo de aplicación de la regla de la razón entran generalmente los acuerdos verticales.

El sistema comunitario, en puridad, recoge una prohibición general de las prácticas colusorias -establecida en el artículo 81.1 del Tratado CE-, moderada por exenciones singulares y en bloque -cuyas condiciones de aplicación se encuentran en el artículo 81.3 del Tratado CE. Estas exenciones, bajo las disposiciones del Reglamento (CE) 17/62 del 6 de febrero de 1962, únicamente podían ser conocidas y declaradas por la Comisión Europea¹², por lo que se trataba de un mecanismo de exención *a priori*. Dentro de este esquema es que tiene lógica la aceptación jurisprudencial de la regla de la razón de origen americano, pues dicha regla -utilizada para balancear los efectos de la aplicación del artículo 81.1 del Tratado CE- evitaba tener que someterse al engorroso procedimiento previsto por el Reglamento (CE) 17/62 para acogerse al artículo 81.3 del Tratado CE.¹³

El cambio del mecanismo de aplicación de exenciones de ser *a priori* a uno *a posteriori*, por el Reglamento (CE) 1/2003 del 16 de diciembre de 2002 -vigente a partir del 1 de mayo de 2004- ha provocado una tendencia en la jurisprudencia comunitaria hacia la reticencia en la aplicación de la regla de la razón¹⁴, pues ésta tiene la misma finalidad que las exenciones contempladas en el artículo 81.3 del Tratado CE, las cuales son, a partir del 1 de mayo de 2004, de plena aplicación directa.

“(...) el sistema comunitario posee una técnica de represión de las prácticas colusorias mucho más clara, realista, predecible y funcional que el sistema antitrust (...)”

En nuestra opinión, el sistema comunitario posee una técnica de represión de las prácticas colusorias mucho más clara, realista, predecible y funcional que el sistema antitrust, tal como veremos al momento de analizar los problemas que presenta el sistema antitrust en cuanto a la represión de la fijación concertada de precios.

3. Problemas en la Represión de la Fijación de Antitrust: la Alternativa Comunitaria a dichos Problemas

La regla *per se* fue originalmente entendida como una solución a los casos de fijación de precios y como una respuesta adecuada y funcional -realmente lo fue- a los primitivos cártels que existían en los Estados Unidos de América a finales del siglo XIX y principios del siglo XX.¹⁵ Sin embargo, hacia 1940 -cuando la referida regla adopta su forma definitiva-, la regla *per se* había mutado de tal manera en su entendimiento y funcionamiento que no era ya una herramienta para la represión de la fijación de precios o de los efectos económicos en el mercado de aquella fijación de precios sino, por el contrario, una herramienta para perseguir los acuerdos de fijación de precios -sin importar sus efectos económicos en el mercado.¹⁶

Esta mutación de la regla *per se* ha traído como resultado que los casos de fijación de precios se concentran en probar que los investigados celebraron el acuerdo y no

11 El sistema de control de concentraciones creado por la Ley N° 26876, Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, se aplica únicamente a las concentraciones de tipo vertical u horizontal que se produzcan en las actividades de generación y/o de transmisión y/o de distribución de energía.

12 TERCINET, Anne. Droit européen de la concurrence. Opportunités et menaces. Paris: Gualino éditeur, 2000. p.91.

13 MALAURIE-VIGNAL, Marie. Droit de la concurrence. 2ª.ed. Paris: Armand Colin, 2003. p. 168.

14 Ibid., pp. 168-169.

15 POSNER, Richard A. Antitrust Law. 2ª.ed. Chicago: The University of Chicago Press, 2001. pp.35-36.

16 Ibid., pp.36-37.

que exista el efecto de la fijación de precios en el mercado -es decir, es irrelevante el incremento de precios o la reducción de la producción. En otras palabras, el ordenamiento antitrust en cuanto a la represión de la fijación de precios ha perdido todo contenido económico, pues únicamente apunta a los intentos de fijar el precio -los cuales pueden no tener efectos- mientras que fijaciones de precios con efectos realmente nocivos escapan de la prohibición y represión debido a que no se puede probar la existencia del acuerdo.¹⁷

De otro lado, la regla *per se* no es absoluta pues, cuando los jueces no están seguros en el balance competitivo de una práctica cuestionada -como sucedió en los casos BMI¹⁸ y NCAA¹⁹-, dejan de lado la aplicación de la regla y efectúan un análisis más profundo de la conducta y sus efectos en el mercado. Por supuesto que, para ello, evitan utilizar la terminología *per se* -por ejemplo, no utilizan el término «fijación de precios»-, prefiriendo denominar a la práctica colusoria como «complementaria» (*ancillary*) a los objetivos legítimos de las partes en el acuerdo, todo ello como paso previo a la declaración de licitud de la conducta cuestionada debido a su balance positivo como mecanismo promotor de la eficiencia.²⁰

La respuesta comunitaria a los problemas que presenta el ordenamiento antitrust para combatir los cárteles de fijación de precios consiste en utilizar indistintamente las nociones de «acuerdo», «decisión de una asociación de empresas» y «práctica concertada» para englobar a todas las conductas consideradas restrictivas de la libre competencia y, por tanto, reprimibles y sancionables.

La palabra «acuerdo» no se refiere exclusivamente a los contratos como fuente de las obligaciones sino más bien a aquel género de actos en los que una de las partes se obliga a limitar su libertad de acción respecto a la otra, con la finalidad última de restringir la competencia.²¹ De otro lado, una «decisión de una asociación de empresas» se refiere tanto a las reglas de la asociación de empresas de que se trate, como a las decisiones que vinculan a sus miembros.

El término «decisión de una asociación de empresas» incluye también a las recomendaciones de las asociaciones de empresas dirigidas a sus miembros.²²

La noción de «práctica concertada» merece que nos detengamos brevemente en su explicación debido a que es la herramienta que permite al derecho comunitario atender a los efectos reales de la fijación de precios en el mercado, superando el problema de probar la existencia de un acuerdo como condición para reprimir y sancionar a las empresas por una fijación de precios. El término «práctica concertada», en líneas generales, hace referencia precisamente a toda «cooperación informal entre empresas, que no se caracteriza por ningún acuerdo o decisión formal.»²³ Un elemento muy importante - pero no suficiente - para la prueba de las prácticas concertadas es la existencia de una conducta paralela en el mercado.²⁴

Una «práctica concertada» no tiene la estructura de un «acuerdo» sino que consiste en una simple coordinación de conductas -el denominado «paralelismo» en las conductas- cuyo objeto o efecto es eliminar la incertidumbre propia de una situación de competencia monopolística²⁵. El resultado de este paralelismo en las conductas no es otro que la adopción de una política comercial común, por ejemplo, de una política de precios común.²⁶

Debemos aclarar que el simple paralelismo en las conductas no prueba la existencia de una «práctica concertada» sino que sólo es un indicio de su existencia. Sin embargo, si el paralelismo en las conductas no puede ser explicado de otra manera sino a través de la existencia de una concertación entre las empresas, se entenderá válidamente que estamos ante una «práctica concertada», salvo que las empresas investigadas logren demostrar que sí hay una explicación alternativa convincente para el referido paralelismo.²⁷

Podemos concluir que el sistema comunitario presenta una técnica de represión de los cárteles de fijación de precios mucho más clara, predecible y real -pues atiende a los efectos económicos de la fijación

17 Ibid., p.53

18 Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc., 441 U.S. 1 (1979).

19 National Collegiate Athletic Association v. Board of Regents, 468 U.S. 85 (1984).

20 POSNER, Richard A. *Op.cit.*, pp.39-40.

21 BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. Derecho de la Competencia en el Mercado Común. Madrid: Civitas, 1992. p.78.

22 Ibid., p.85.

23 Ibid., p.86.

24 Ibid., pp. 91-92.

25 Debemos recordar que el grado de competencia existente en los mercados reales, generalmente es el de competencia monopolística y no el de competencia perfecta, el cual únicamente es un modelo de trabajo ideal e inexistente en la realidad.

26 MALAURIE-VIGNAL, Marie. *Op.cit.*, p.155.

27 TERCINET, Anne. *Op.cit.*, p.52.



de precios- que aquella del sistema antitrust. Este último presenta problemas en cuanto a la represión de lo que podemos calificar como «prácticas concertadas» que tienen como efecto la fijación de precios y, además, es poco claro y predecible en cuanto al tipo de examen al que serán sometidas las conductas investigadas, pues no es seguro que se aplique la regla *per se* o la doctrina de las *ancillary restrictions* -una forma elegante de evadir la terminología *per se* y el hablar de una fijación de precios-, dependiendo ello de cada caso concreto.

4. La Técnica de Represión de los Cártels en el Derecho Peruano

La Ley de Defensa de la Competencia del Perú recoge una técnica de represión de los cártels muy similar a la del ordenamiento comunitario, pero marca ciertas diferencias que veremos a continuación. El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 es la norma que establece la prohibición de las prácticas colusorias y del abuso de posición de dominio, de manera conjunta, a diferencia del Tratado CE que establece la prohibición de las prácticas colusorias en el artículo 81.1 y la prohibición del abuso de posición de dominio en el artículo 82.

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 señala literalmente lo siguiente:

«Artículo 3.- Actos y conductas prohibidas. Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional». (El subrayado es nuestro) El texto subrayado del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia peruana marca una diferencia importante con la prohibición establecida en el artículo 81.1 del Tratado CE:

«Artículo 81²⁸

1. Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre

empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

- a) Fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; (...)

En primer lugar, podemos ver que el artículo 81.1 del Tratado CE contiene tanto la prohibición de las prácticas colusorias como la enumeración

“La Ley de Defensa de la Competencia del Perú recoge una técnica de represión de los cártels muy similar a la del ordenamiento comunitario, pero marca ciertas diferencias(...)”

enunciativa de algunas de sus modalidades, mientras que el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 únicamente contiene la prohibición pues la enumeración enunciativa se encuentra en el artículo 6 de la misma ley. En segundo lugar, observamos claramente que el artículo 81.1 del Tratado CE únicamente requiere que la conducta cuestionada represente una afectación potencial al comercio entre los Estados miembros y que tenga por finalidad o como resultado la restricción de la competencia, como requisitos para hacer efectiva la prohibición, es decir, la norma comunitaria solamente requiere que se verifique la existencia de la conducta restrictiva y que dicha conducta sea potencialmente idónea para restringir la competencia. El artículo 81.1 del Tratado CE no contiene requisito alguno consistente en la existencia de un perjuicio al interés económico general. En cambio, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia peruana no sólo requiere que se verifique la existencia de una conducta restrictiva sino también que exista una afectación al interés económico general para hacer efectiva la prohibición.

La infracción tipificada en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia peruana tiene, por

28 Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea. Diario Oficial de las Comunidades Europeas. 24 de diciembre de 2002.

tanto, dos elementos constitutivos concurrentes: primero, la existencia de la conducta restrictiva; y, segundo, la existencia de perjuicio al interés económico general. La descripción de lo que constituye una conducta restrictiva se encuentra en el primer párrafo del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia²⁹, en el cual se puede observar que, siguiendo el modelo europeo, se menciona que la conducta cuestionada debe ser potencialmente idónea para restringir la competencia. En otras palabras, la potencialidad a la que se refiere el artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia se encuentra referida solamente a la conducta, lo que equivale a decir que, si una conducta cuestionada no es capaz siquiera potencialmente de restringir la competencia, entonces, no califica como una conducta restrictiva. La potencialidad no tiene ninguna relación con el segundo elemento para la configuración de la infracción tipificada en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia: el perjuicio al interés económico general es un elemento independiente y adicional a la sola existencia de la conducta restrictiva.

El artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia peruana no puede ser leído como una norma habilitante de la aplicación de la regla *per se*, entendida esta última como una patente de corso para la agencia de competencia para no atender a la existencia de alguna afectación al interés económico general. Por el contrario, el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia parecería exigir no sólo la existencia de una afectación al interés económico general sino la prueba de dicha existencia en cada caso concreto. Esto último es tan incorrecto como pensar que la norma bajo comentario permite la aplicación de la regla *per se*, tal como explicaremos más adelante.

La regla *per se* fue impuesta ilegalmente en el Derecho peruano mediante una osada interpretación contenida en el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 276-97/TDC, el referido precedente señalaba lo siguiente:

«De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla 'per se'. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para

considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados» .(El subrayado y la negrita son nuestros).

El precedente del año 1997 violaba abiertamente el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, pues señalaba que no era necesaria la afectación del interés económico general para hacer efectiva la prohibición contenida en la norma. Esto es insostenible a partir de una simple lectura del texto del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia peruana, lo cual nos exime de mayor comentario.

En cuanto a la segunda lectura extrema del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 -es decir, la supuesta exigencia no sólo de una afectación al interés económico general sino de la prueba en cada caso concreto de dicha existencia-, si bien parece más atractiva que la referida a la regla *per se*, también es incorrecta, pues parte de la lectura aislada de la norma.

El artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 debe leerse a la luz del artículo 61 de la Constitución Política del Perú, que dispone lo siguiente:

«Artículo 61.-

El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.(...)» (El subrayado es nuestro).

Debemos recordar que es un principio de interpretación pacíficamente aceptado que las normas con rango de ley deben ser interpretadas a la luz de la Constitución, en observancia estricta del principio de supremacía constitucional. De este modo, el contenido del artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 debe ser encontrado a la luz del artículo 61 de la Constitución Política del Perú.

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú señala expresamente que «el Estado facilita y vigila la libre competencia», es decir, es una obligación ineludible del Estado el defender, preservar y garantizar la libre competencia, aún contra los excesos que se

29 Decreto Legislativo N° 701. Artículo 6.- Prácticas restrictivas de la libre competencia. Se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia.



podrían cometer con ella. Esto último es realmente esencial para la Constitución peruana, tal como lo señala la doctrina constitucional:

*«El primer párrafo del artículo trata de la libre competencia y establece que el Estado la facilita y la vigila. Es fácil ver que en la medida que el Estado vigila, también facilita. Y también es cierto al contrario: si facilita debe vigilar para que no se cometan excesos con ella (que pueden ser grandes y muy dañinos)».*³⁰ (El subrayado es nuestro).

La obligación estatal de facilitar y vigilar la libre competencia es dotada de contenido por el propio artículo 61 de la Constitución, el cual indica que la obligación antes referida se cumple mediante el combate a toda práctica que limite la libre competencia -es decir, las prácticas colusorias mencionadas en el artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701- y el combate al abuso de posiciones dominantes o monopólicas -es decir, el abuso de posición de dominio en el mercado, contemplado en el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701.

Al respecto, en una economía social de mercado, los proveedores tienen el derecho de fijar sus precios en un régimen de libre competencia, de acuerdo con las leyes de la oferta y la demanda. Sin embargo, los proveedores no pueden coludirse para fijar los precios en el mercado, es decir, tienen el derecho de fijar precios de manera autónoma pero no de fijarlos de manera concertada, pues ello es contrario a la finalidad de la ley, al representar una negación de la propia competencia.

Es importante que recordemos la finalidad que persigue el deber constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia, la cual, en última instancia, no es otra que procurar el mayor bienestar de los consumidores. En otras palabras, la libre competencia significa lo siguiente:

Una situación de libertad en el ejercicio de los negocios, tutelada y limitada por la legislación de manera que, sin afectar la libertad de cada uno, se corrija los defectos de poder excesivo que pueden producirse y cuyo resultado sería el perjuicio para los otros competidores y, a la larga, para el pueblo mismo, es decir, los consumidores.

- *La competencia mejora la asignación de recursos y la eficiencia productiva. Desde luego, el marco ideal es el de competencia perfecta pero que es sólo una hipótesis de trabajo. En la vida cotidiana, diversos condicionantes llevan a hablar no de competencia perfecta sino de workable competition.*
- *La competencia mejora el nivel de riqueza en la sociedad al dar bienestar al consumidor y los precios menores posibles.*³¹

El artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia peruana, referido a la finalidad de la norma, es claro en el sentido de reconocer que el deber constitucional de facilitar y vigilar la libre competencia tiene como objetivo último procurar el mayor bienestar de los consumidores:

«Artículo 1.- Finalidad. La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.»(El subrayado es nuestro) Podemos ver que la Constitución y la Ley consideran que la competencia es el mecanismo idóneo para lograr el mayor bienestar de los consumidores. Es más, por expreso mandato constitucional, las prácticas colusorias -es decir, aquellas conductas que afectan la competencia- deben ser combatidas pues son negativas al destruir o distorsionar el mecanismo idóneo para lograr el mayor bienestar de los consumidores. De ello se sigue que, las prácticas colusorias -de acuerdo al ordenamiento constitucional peruano- no son idóneas para procurar el mayor bienestar de los consumidores sino que, en principio, son perjudiciales para el interés de los consumidores.

La exigencia de afectación al interés económico general del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia no puede ser entendida entonces como una exigencia a la agencia de competencia de probar en cada caso que ha habido una afectación al interés económico general, pues ello sería contrario a lo establecido en el artículo 61 de la Constitución. En cambio, una lectura acorde con la Constitución consiste en reconocer -junto con la Constitución- que las prácticas colusorias no son idóneas para procurar el mayor bienestar general sino, más bien, son perjudiciales para el interés general. Sin embargo, dado que la

30 RUBIO CORREA, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999. t. 3. p.242.

31 Ibid., p.247.

Constitución no señala que no se admite prueba en contrario a la presunción de «perjudicialidad» de las prácticas colusorias, no puede condenarse a las empresas investigadas sin otorgarles previamente el derecho de defensa en el marco de un debido procedimiento³². Este derecho de defensa -un derecho fundamental- consiste en la posibilidad -exigida por la Constitución y admitida por el artículo 3 de la Ley- de romper la presunción y probar que su conducta no genera perjuicio al interés económico general.

Lo anteriormente expuesto significa que la infracción tipificada en el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia exige, para su configuración, que la autoridad pruebe la existencia de la conducta restrictiva, es decir, el primer elemento de la infracción. Una vez probada la existencia de la conducta restrictiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, debe aceptarse, en principio, que la conducta restrictiva detectada genera un perjuicio para el interés económico general ya que, de no hacerse así, se estaría contraviniendo la Constitución, afirmando que toda

conducta restrictiva de la libre competencia no genera un perjuicio para el interés económico general y, por ello, no debe ser combatida, salvo que se demuestre lo contrario.³³ El razonamiento correcto es que, la conducta restrictiva de la libre competencia genera un perjuicio para el interés económico general y, por ello, debe ser combatida, salvo que se demuestre lo contrario. Por ello es que, a fin de respetar el derecho fundamental de defensa, quienes realizaron la conducta restrictiva tienen la oportunidad de demostrar que dicha conducta restrictiva no genera

un perjuicio para el interés económico general y, por tanto, no debe ser sancionada.

En conclusión, la técnica de represión de los Cárteles en el Derecho peruano tiene inspiración europea -con ligeras diferencias en cuanto al modo de enfocar el procedimiento- y, además, tiene los mismos efectos que el sistema implementado a partir del 1 de mayo de 2004 en la Unión Europea³⁴. Ambos sistemas -el comunitario y el peruano- contienen una prohibición general de las prácticas colusorias. Asimismo, ambos

sistemas admiten que ciertas conductas en principio prohibidas -es decir, que calzan en lo dispuesto en el artículo 81.1 del Tratado CE o en los artículos 3 y 6 del Decreto Legislativo N° 701, respectivamente- pueden resultar exentas de reproche debido a su balance positivo para el interés económico general -el cual es dotado de idéntico contenido por el artículo 81.3 del Tratado CE y por las reglas establecidas por la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, respectivamente.

Finalmente, como es notoriamente conocido, un cártel jamás podrá beneficiarse en la

realidad de una exención del artículo 81° inciso 3 del Tratado CE o de las reglas establecidas por la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, por su naturaleza intrínsecamente ofensiva a la competencia y por sus especiales efectos negativos al interés económico general -aceptando, obviamente, la posible existencia de los inusuales «cárteles de crisis» mencionados por la doctrina comunitaria. Podemos ver que, en la práctica -y en la terminología empleada también-, las técnicas comunitaria y peruana de represión de los cárteles -y, en general, de las prácticas

“(…) el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia exige, para su configuración, que la autoridad pruebe la existencia de la conducta restrictiva, es decir, el primer elemento de la infracción.”

32 Debemos recordar que hasta el peor criminal tiene derecho a la defensa y a un debido proceso.

33 Obsérvese que esta última idea no es consecuencia de la aplicación de la presunción de inocencia puesto que, en esta etapa del análisis, la conducta restrictiva ya ha sido probada por la autoridad. En este momento solamente se están evaluando los efectos que deben atribuirse a dicha conducta.

34 **Reglamento (CE) N° 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002.**

Artículo 1.- Aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado

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

Artículo 2.- Carga de la prueba

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



colusorias- son esencialmente idénticas en sus efectos, más allá de las diferencias menores encontradas en el procedimiento de aplicación de la norma peruana.

5. 1997: ¿Regla *Per se* o Regla de la Ilegalidad?

Como hemos podido observar a lo largo del presente estudio, el ordenamiento peruano se inspiró y acogió una técnica de represión de los cártels de origen comunitario europeo y no una de origen americano. Lo lógico y racional, entonces, es interpretar y aplicar la Ley de Defensa de la Competencia peruana de manera consistente con la evolución del derecho comunitario, respetando las particularidades de la ley peruana.

El precedente de observancia obligatoria aprobado mediante Resolución N° 276-97-TDC que comentáramos líneas arriba realmente no estableció la regla *per se* en el Derecho peruano; lo único que hizo fue pretender establecer ilegalmente la regla *per se* en el Derecho peruano. En otras palabras y aunque suene algo duro, la Resolución N° 276-97-TDC no fue más que un acto administrativo ilegal y, por tanto -a nuestro entender-, viciado de nulidad³⁵.

En resumen, quienes pretenden ser defensores de la regla *per se* en el ordenamiento peruano no son realmente defensores de dicha regla -pues ésta nunca existió en el Perú- sino que, sin saberlo, podrían terminar siendo defensores de una ilegalidad cometida en el año 1997³⁶. Los efectos de la regla *per se* -entendida como aquella regla original que perseguía reprimir la fijación de precios, es decir, toda conducta que presentara efectivamente los efectos de la fijación de precios- han sido verdaderamente consagrados con el precedente de observancia obligatoria aprobado mediante la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI, que interpreta adecuadamente la naturaleza de la técnica de represión de los cártels en el Derecho peruano y apunta a reprimir los efectos nocivos de éstos para la competencia y el mercado, tal como lo ordenan la Constitución y la Ley, y como lo hace el ordenamiento comunitario en materia de defensa de la competencia.

6. La Agenda Futura: Globalización y Derecho de la Competencia

El fenómeno de la globalización en el plano económico no implica la desaparición del papel de las políticas nacionales, sino, por el contrario, su fortalecimiento y adaptación para hacer frente a los efectos de la liberalización de los mercados de bienes y capitales. No obstante, existe el riesgo de que algunas personas tratan de hacer pensar a la opinión pública que la globalización es una suerte de «pensamiento único políticamente correcto» en materia económica, lo cual no es cierto y, a largo plazo, únicamente consigue afectar la imagen de la globalización que tiene innumerables elementos positivos frente a la población.

El fenómeno de la globalización, observado desde el punto de vista de sus efectos en la economía de los países en desarrollo, plantea desafíos a la estabilidad macroeconómica -sobre todo, desafíos provenientes del campo del mercado de capitales- e interrogantes sobre la viabilidad de los países en desarrollo frente a las economías del primer mundo -esto último, relacionado estrechamente con la liberalización del comercio y sus efectos reales.

El debate sobre el desarrollo económico en el mundo globalizado está tratando de ser planteado por ciertos actores interesados, en términos de lo «políticamente correcto», a fin de llegar a un «pensamiento único» en el terreno económico, con el cual no sea posible discrepar. Esto se puede observar claramente en el Perú, donde, a partir de 1992, lo «políticamente correcto» parece ser -al menos intenta venderse así- una opción radical y a ultranza por la mano invisible del mercado, la cual niega un espacio a la intervención propia del Derecho de la Competencia y de la Regulación Económica. Esta opción no es una aplicación o reedición del liberalismo clásico -una ideología con la cual nos identificamos y consideramos positiva y preocupada por el bienestar general- sino algo distinto y despreocupado de las consecuencias de sus recomendaciones en el bienestar general.

35 Un acto viciado de nulidad tal como la ilegal Resolución N° 168-97-TDC -en efecto, declarada nula por la Corte Suprema de Justicia de la República- que, en el año 1997 distorsionó la legislación vigente en aquella época en materia de publicidad comparativa, mediante el uso de un sofisma elaborado por la segunda instancia administrativa de la época que, a su vez, intentó legitimar de alguna manera -cosa imposible- un grave error lógico, un razonamiento jurídico absurdo de la primera instancia.

36 Esto sucede porque el auto-denominado «lado luminoso de la Fuerza» pretende hacer creer a las personas de buena fe que decisiones técnicamente tomadas, respetuosas de la legalidad y consistentes con nuestro sistema jurídico europeo continental, pero que no se ajustan a sus gustos, «pueden dañar seriamente la institucionalidad que el INDECOPI ha desarrollado, y al hacerlo, pueden restringir seriamente el desarrollo económico y el bienestar de los consumidores.» (BULLARD, Alfredo. El Regreso del Jedi. En Themis. Lima, N° 47. Diciembre 2003). Esta frase únicamente sería verdadera si la «institucionalidad» a la que se hace mención fuera equivalente a dos actos administrativos -las resoluciones 276-97-TDC y 168-97-TDC- que pretendieron consagrar interpretaciones reñidas con la legalidad. Lo que el «lado luminoso de la Fuerza» intenta hacer pasar desapercibido, mediante un hábil juego de palabras, es que la institucionalidad real del Indecopi se debe construir día a día a través, precisamente, de decisiones técnicamente tomadas, respetuosas de la legalidad y consistentes con nuestro sistema jurídico, aún cuando ellas provoquen malestar en el «lado luminoso de la Fuerza».

Los ideólogos del «pensamiento único», a fin de conseguir el establecimiento de un pensamiento económico «políticamente correcto», utilizan una red de comunicaciones e influencias a fin de «orientar» a la opinión pública hacia ideas y postulados propios de su ideología, la cual constituye o, en todo caso, se identifica, con lo «políticamente correcto». Este hecho puede constatarse a través de la lectura de ciertas columnas en medios de comunicación masivos de circulación nacional relacionadas con temas de Derecho y Economía.

Los ejemplos más claros del pensamiento «políticamente correcto» se encuentran en los procesos de liberalización de los mercados de bienes y del mercado de capitales. En primer lugar nos referiremos a la liberalización de los mercados de bienes o liberalización del comercio. Este tema plantea problemas relacionados con el Derecho de la Competencia, las grandes concentraciones económicas internacionales y los subsidios en los países desarrollados. Cada uno de estos problemas tendrá una respuesta sugerida por el pensamiento «políticamente correcto».

En lo referido al Derecho de la Competencia, los ideólogos del pensamiento económico «políticamente correcto» sostendrán que la competencia es un fin en sí misma -no una herramienta económica de control- que debe ser promovida a toda costa, incluso en mercados altamente concentrados, ya sean oligopolios o monopolios. El pensamiento «políticamente correcto» no reconoce que la competencia no es más que un mecanismo económico es decir, un instrumento que permite el funcionamiento eficiente del mercado y, por ello, incrementa o maximiza el bienestar general. El pensamiento «políticamente correcto» rechaza definitivamente cualquier intento de anotar que el bienestar general es la finalidad perseguida por el Derecho de la Competencia y por el sistema económico de mercado. Esta última opinión será catalogada y descalificada por los ideólogos del pensamiento «políticamente correcto» simplemente como «comunista».

Los ideólogos del pensamiento «políticamente correcto» no advierten que su prédica fundamentalista, al ser excesivamente simplista, no es más que una caricatura de la competencia y el mercado. Al mismo tiempo, al ser una prédica fundamentalista -como toda prédica «políticamente correcta»-, es intolerante y maniquea: quienes aceptan el paquete ideológico completo serán «los académicos», mientras quienes se atrevan a cuestionar algún punto del paquete, se aparten en algo de éste o sugieran alternativas para una aplicación

más racional de medidas económicas, serán «los políticos» -utilizando este término con una connotación peyorativa. La contraposición básica que los ideólogos del «pensamiento único» efectúan es la siguiente: «nosotros somos liberales, quienes se oponen son comunistas». Esta contraposición se basa en una falacia: ellos no son liberales -en realidad son fundamentalistas intolerantes- y quienes se oponen no son comunistas -son liberales con un poco de sentido común, que intentan aplicar las reformas pero con cierta racionalidad que permita que éstas tengan los efectos deseados, sean percibidas como adecuadas y apoyadas por la población y perduren en el tiempo. Todo aquello que la miopía de los fundamentalistas no permite hacer. La actuación y prédica del «pensamiento único» no corresponde al credo liberal, por el contrario, se asemeja más al credo de los comunistas o de los fascistas, pues su pensamiento es totalitario, niega la libertad de discrepar y busca «uniformizar» a las personas.

No obstante, lo que los ideólogos del «pensamiento único» pudieran afirmar, lo cierto es que la dimensión internacional del Derecho de la Competencia se ve potenciada por la globalización y encuentra desafíos significativos para los diversos sistemas de Derecho de la Competencia mundial: los efectos económicos de los cárteles, del abuso del poder de mercado y de las concentraciones, no se detienen ante las fronteras nacionales. Los ideólogos del pensamiento «políticamente correcto» no reconocen los problemas que pueden traer estos procesos económicos a economías de países en desarrollo como el Perú. Un sistema de control previo de concentraciones económicas que pudieran afectar al mercado nacional es algo que atenta contra el «pensamiento único» pues, de acuerdo a éste, un sistema de ese tipo devendría en un mecanismo de intervención excesiva del Estado en la economía nacional y detendría la llegada de inversiones necesarias para el desarrollo del país.

Las lecciones del caso Microsoft, un ejemplo de una empresa global que ha sido objeto de investigación por muchas autoridades de competencia a nivel mundial, incluyendo a las norteamericanas y comunitarias europeas, no han sido recogidas por los ideólogos del pensamiento «políticamente correcto», al igual que no lo han sido las lecciones de la aplicación del primer Consenso de Washington cuyos postulados han sido corregidos por sus propios autores, en un esfuerzo serio e inteligente de buscar alternativas para salvar y promover un modelo liberal que incremente el bienestar general.



En cambio, los ideólogos locales del «pensamiento único» siguen insistiendo en políticas económicas regresivas y en políticas de competencia de *laissez faire*, que no tienen en cuenta la generación de empleos ni la promoción del interés general.

Un ejemplo claro de desafío al pensamiento «políticamente correcto» lo brinda la actitud tomada por Chile y China frente a la liberalización del mercado de capitales. A pesar que la prédica «políticamente correcta» haría pensar que no desregular rápida y totalmente los mercados de capitales podría desincentivar o detener la llegada de capitales e inversiones necesarios para hacer crecer la economía del país, los efectos positivos de la cautela mostrada por los gobiernos de Chile y China frente a la desregulación total del mercado de capitales contrastan con los efectos nocivos de una desregulación total - con la consiguiente inestabilidad macroeconómica observada en el sudeste asiático. Actualmente, se reconoce que los capitales especulativos no sirven para el crecimiento de un país sino, por el contrario, sirven para generar inestabilidad macroeconómica debido a su volatilidad. El pensamiento «políticamente correcto» en materia económica no acepta tampoco las lecciones de los diferentes resultados obtenidos por China y Chile, por un lado y por los países del sudeste asiático, del otro. La receta planteada por este pensamiento sigue consistiendo en la liberalización total del mercado de capitales.

En resumen, la liberalización del comercio, para el pensamiento «políticamente correcto», debería finalizar con la desaparición del Derecho de la Competencia en aras del predominio de una mal entendida soberanía del consumidor y de la mano invisible del mercado, mientras que la liberalización del mercado de capitales debería significar la desaparición de la Regulación Económica, la cual se vería reemplazada, paradójicamente, por la promoción de la competencia.

A pesar de las actitudes de los ideólogos del «pensamiento único», del mismo modo que no puede identificarse a la democracia con la corrupción que muchas veces surge en su seno, el radical «pensamiento económico único» no puede ser identificado con la globalización, únicamente constituye un vicio o una perversión de ésta. La globalización no postula la desaparición del Estado y la caducidad de las políticas económicas nacionales, quienes postulan estas ideas son los predicadores del pensamiento «políticamente correcto». Por el contrario, el mayor alcance y la mayor complejidad de los problemas planteados por la globalización en el terreno de la competencia en el comercio y la regulación del mercado de capitales, hacen necesarias políticas económicas nacionales mucho más decididas y creativas -es decir, lo menos intrusivas posibles- que permitan obtener las ventajas de la globalización y desechar los efectos negativos que se producirían por una falta de control. Esta es, precisamente, la agenda futura que plantea la globalización al Derecho de la Competencia