

El Caso de las Avícolas

–Cuando el Abuso del Estado niega la Empresa–

Pinkas Flint Blanck*
Carlos Flores Espinoza**

SUMILLA

Las sanciones en el control de Libre Competencia bajo el Decreto Legislativo N° 701. Descripción del fundamento del sistema Antitrust peruano. Predictibilidad de fallos administrativos y judiciales en el ámbito del Derecho de la Competencia y nuevas reglas sobre carga de la prueba que sustituye la regla *per se*. Comentarios al caso más emblemático y antiguo del *antitrust* en el Perú con conocimiento del expediente administrativo. Descripción de posibles consecuencias de la aplicación del Decreto Legislativo N° 1034 a tres años de su vigencia. Razones del cambio de la regla *per se* a la regla de la razón. Razones que explican el abuso del Estado vulnerando el debido proceso en el caso de las Avícolas y la evolución del Derecho en resguardo de los ciudadanos con la aplicación de la regla de la razón.

"People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices".

Adam Smith

I. Prohibiciones y Régimen Sancionatorio Peruano de las Prácticas Anticompetitivas. Algunas preguntas fundamentales

¿Es legítimo o económicamente sostenible que el Estado pueda, vía sanciones, confiscar la propiedad de empresas cuando no existen pruebas de perjuicio?

¿Puede el Estado intervenir donde no se ha demostrado que los agentes han perjudicado a los consumidores? ¿Cuál es el marco teórico de la actuación estatal? ¿Hasta dónde puede llegar el Estado en la afectación de los derechos de los ofertantes?

La jurisprudencia nos indica que actualmente ello no es posible, porque existen suficientes garantías desarrollados por el Tribunal Constitucional, las mismas que controlan el actuar del Estado.

Sin embargo, lo que hoy es una norma general no lo era una década atrás. En un contexto diferente se presentó el **caso Avícola** que motivó un cambio legislativo drástico¹.

Este es el caso de singular interés que explicaremos, pues aplicando la regla *per se* y elucubraciones teóricas se sancionó a todo un gremio. La importancia radica en que el pollo es parte importante de la canasta familiar y cada vez que sube su precio el Gobierno grita concertación de precio, pero no lo hace cuando este baja.

II. El Caso de las Avícolas

El Estado debe respeto a los derechos de cualquier ciudadano investigado. Esto incluye el debido proceso legalmente establecido.

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor en Ciencias de la Administración por la Universitat Ramon Llull -Escuela Superior de Administración y Dirección de Empresas-ESADE. Máster en Derecho de la Universidad de Harvard. MBA por la Université du Québec à Montréal- UQAM. Diplomado en Empresariado por Harvard Business School y en Alta Gerencia, Universidad de Oxford.

** Abogado, Máster en Tributación y Política Fiscal Universidad de Lima.

¹ <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/2/par/leyescl/dl1034.pdf>

Hace 12 años INDECOPI intervino, sin presencia de abogados y sin notificación previa, las oficinas de la Asociación Avícola y a más de una docena de empresas avícolas incautando documentos (papel y soporte informático) sin medida judicial de por medio y se procedió a realizar duros interrogatorios a empresarios y asesores principalmente agrónomos e ingenieros ignorantes de sus derechos o cómo responder preguntas complejas. Estas diligencias incluían la filmación de personas físicas. Todo ello es un contexto propio de un Estado policiaco y no uno de derecho. Las amenazas eran frecuentes y la presión enorme.

El resultado de estas indagaciones conllevó a más de una tonelada de pruebas cuyo análisis final lo culminó el Poder Judicial, institución que no tiene los cuadros ni la preparación en economía o en ciencia empresarial para ello. La investigación apuntaba a la manipulación de la oferta en perjuicio del consumidor. La evaluación confirmó la Resolución de la Comisión de Libre Competencia que impuso una multa millonaria a varias empresas avícolas.

La investigación puede ser consultada en INDECOPI². El detalle de la actividad probatoria de la instancia sancionadora se aprecia en la Resolución N° 001-97-INDECOPI/CLC del 15 de enero de 1997. Aunque luego se relativizara la aplicación de la regla *per se* en el caso de empresas aseguradoras³. Así ante hechos similares los criterios fueron distintos por el impacto político.

INDECOPI señaló en su página web el carácter político de la sentencia con miras a fortalecer la actividad del Estado⁴. El economista Jorge Fernández-Baca señaló recientemente fórmulas económicas para determinar el **mercado relevante**, pero recién en el año 2011⁵, en un estudio prolijo, llama la atención en el caso avícola la necesidad de recurrir a que jurisprudencia de observancia obligatoria para poner en vigencia la regla *per se*. “Lo primero que llama la atención a un observador independiente es la necesidad que tuvieron tanto la CLC como el Tribunal de emitir precedentes de observancia obligatoria para evitar que todos los acuerdos horizontales señalados en el artículo 6° del Decreto Legislativo N° 701 sean considerados ilegales *per se*”.

La simple lectura de estos documentos arroja dudas sobre los cambiantes criterios del INDECOPI.

En lo que respecta al fondo del asunto, **todo parece indicar que las empresas denunciadas no tenían suficiente capacidad para manejar precios y mucho menos para obstruir el ingreso de nuevos competidores**. Está claramente comprobado que existían más de 180 empresas en el mercado y que las diez más grandes llegaban a concentrar el 57% de la producción total. La entrada y salida del mercado era sumamente fácil especialmente para las pequeñas empresas.

Al hablar de concertación horizontal tenemos dos casos. El de **precio** que sin lugar a dudas es sancionable tanto por la regla *per se* como por la regla de la razón. Siempre es malo y negativo para la eficiencia del mercado. Pero en el caso de manejo de la oferta se debe tomar el concepto de **daño del mercado** o el de **mercado relevante** tanto por producto como por zona geográfica. Con miles de empresas entrando y saliendo fácilmente al mercado avícola no hace sentido acusar de la concertación. Es fácil la sustitución del pollo por pollo congelado, pescado o verduras. Es fácil traer pollo de la provincia, pues los bajos costos en alimentos compensan el transporte.

El mercado relevante que fue considerado en primera y segunda instancia era el del **pollo vivo**, lo cual podía resultar justificable desde una perspectiva estática, pero no desde un contexto dinámico donde los supermercados venían ganando cada vez mayor poder en la negociación de precios” Uno como pollo vivo, fresco o congelado.

La opinión técnica señala: “También debió haberse tomado en cuenta que la lógica detrás de los acuerdos de las empresas avícolas no era elevar los precios para obtener sobre-ganancias ilícitas, a costa de los consumidores. Las empresas buscaban estabilizar los precios; es decir, eliminar los picos, lo cual si bien es cierto que impediría que los consumidores se beneficien de la caída brusca de precios, también evita que ellos se vean perjudicados por la ausencia de alzas repentinas. Esta mayor estabilidad de los precios incentivaría la inversión, lo que redundaría en un mayor beneficio para la sociedad en el largo plazo.”

El estudio realizado por la Universidad del Pacífico señala: “En otras palabras, se trataba de una acción concertada que posiblemente habría traído más beneficios que costos para la sociedad,

² <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/clc/ResolucionN0276-1997-TDC.pdf>

³ <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/er/-1/ResolucionN0224-2003-TDC.pdf>

⁴ http://www.indecopi.gob.pe/0/modulos/NOT/NOT_DetallarNoticia.aspx?PFL=0&NOT=252

⁵ http://cies.org.pe/files/documents/investigaciones/politica-macroeconomica-y-crecimiento/Experiencias_de_Politica_Antimonopolica_en_el_Peru.pdf

puesto que en ningún momento se acordaron acciones para bloquear el ingreso al mercado. La decisión del Tribunal fue desconcertante, porque da la impresión de que si las mismas acciones se hubieran tomado dentro de un proceso de fusión, no las habría considerado ilegales.”

El economista Jorge Fernández-Baca coincide en la evaluación expresada por el mismo Tribunal que rebajó la multa impuesta por la Comisión en un 60% del total inicial. “Se tomó en cuenta la relativa novedad de la legislación antimonopolio peruana, además de la necesidad que la cultura de mercado y de la competitividad se vaya consolidando a través del rol promotor que le corresponde desarrollar al INDECOPI” entre otras excusas que demuestran que la Comisión había sido excesiva, no solo en la tramitación de las pruebas, sino también al momento de aplicar la regla *per se*, **estableciendo innecesariamente que INDECOPI no estaba obligado a definir la existencia de un perjuicio económico para sancionar.**

El Tribunal de INDECOPI mediante Resolución N° 276-97-TDC del 27 de noviembre de 1997 confirmó en parte la resolución de primera instancia. La comparación de multas en la etapa sancionatoria y en la etapa impugnativa deja en evidencia el enorme retroceso que significó el resultado administrativo frente a la defensa de la industria en segunda instancia.

Según la Universidad del Pacífico hasta la Corte Suprema de los Estados Unidos promueve una orientación a regla de la razón (Fernández-Baca), en contra de la tendencia que INDECOPI pretendió imponer para sancionar hace 12 años.

La instancia sancionatoria estableció las siguientes multas según el grado de participación de cada empresa en la formulación, adopción y ejecución de los acuerdos restrictivos: Asociación Peruana de Avicultura (APA) 100 UIT, Avícola San Fernando S.A. 1050 UIT, Molinos Mayo S.A. 1050 UIT, Granja Los Huertos S.A. 1050 UIT, Corporación Ganadera S.A. 1050 UIT, Granjas Avivet Corporación Avícola Germán Orbezo Suárez 384 UIT, Molinera San Martín de Porres S.A. 349 UIT, Alimentos Protina S.A. 348 UIT, Redondos S.A. 248 UIT, Avícola Galeb S.A. 115 UIT, Avícolas Asociadas S.A. 115 UIT, Agropecuaria Villavictoria S.A. 100 UIT, Avícola Rosmar S.A. 75 UIT, Avícola del Norte S.A. 64 UIT, Avícola El Rocío S.A. 64 UIT, El Palomar E.I.R.L. 60 UIT, Agropecuaria El Pilar S.A. 56 UIT, F. Car S.A. 37 UIT, Agropecuaria Contán S.A. 30 UIT, Granjas Reproductoras El Hatillo S.A. 10 UIT y Haidarliz S.A. 10 UIT.

Podemos ver el retroceso luego de considerar nociones que se habían ignorado como la del mercado relevante. La instancia administrativa revisora en la apelación determinó la reducción de las multas a los siguientes montos: Asociación Peruana de Avicultura (APA) 50 UIT, Avícola San Fernando S.A. 450 UIT, Molinos Mayo S.A. 450 UIT, Corporación Ganadera S.A. 340 UIT, Granjas Avivet Corporación Avícola Germán Orbezo Suárez 140 UIT, Molinera San Martín de Porres S.A. 220 UIT, Alimentos Protina S.A. 130 UIT, Redondos S.A. 100 UIT, Avícola Galeb S.A. 50 UIT, Avícolas Asociadas S.A. 50 UIT, Avícola Rosmar S.A. 30 UIT, Avícola El Rocío S.A. 30 UIT, El Palomar E.I.R.L. 20 UIT, Agropecuaria El Pilar S.A. 25 UIT, F. Car S.A. 15 UIT, Agropecuaria Contán S.A. 20 UIT.

Sirva lo dicho como antecedente para comentar la **Sentencia de la Corte Suprema**

III. Sentencia de la Corte Suprema

La Sentencia de la Corte Suprema del Perú no analiza tendencias, sino simplemente señala en su exposición de motivos que se estableció la *ratio iuris* de la norma modificatoria del Decreto Legislativo N° 701, señalando que no existía duda respecto a la aplicación de la regla de la razón y mantiene las sanciones establecidas por el Tribunal de INDECOPI.

La votación de los vocales requirió la participación de nueve magistrados, dado que el colegiado inicial no logró votos suficientes para dejar sin efecto las sanciones ni para mantener la sanción. En ese sentido, alcanzando los votos necesarios (5 a favor y 4 en contra de la sanción), para mantener la sanción la Corte Suprema, se demoró diez años en un caso que debió ser ejemplar.

Por ello consideramos que se ratificó un despropósito que la Ley actual corrigió y que otorgaba al Estado aplicación automática de sanción sin necesidad de probanza.

IV. Interés jurídico en la Libre Competencia

El daño que produce un ofertante a otro al lograr que el consumidor lo elija como proveedor es el único daño que el Estado protege, esto es, el Principio de la Competencia. El consumidor elige y los consumidores se desplazan de uno a otro. Al Estado no le preocupa que los competidores establezcan sus precios dado que el mercado funciona como proveedor de bienes y servicios a precios competitivos. La competencia se perjudica entre ella, pero beneficia al consumidor.

Cuando los competidores eligen no competir impiden la formación natural de los precios a expensas de sus clientes y del mercado.

Los mecanismos *Antitrust* o de prevención del abuso de prácticas monopólicas busca impedir que los ofertantes se pongan de acuerdo antes de emitir la información de sus ofertas y que el precio de los bienes se forme con la sincera elección de la demanda de los consumidores. Cuando los competidores entran en acuerdos con el fin de obtener mayores rendimientos, concurriendo ilícitamente al mercado, se encuentran en franco incumplimiento de la Constitución Política del Estado pues la economía es de libre mercado.

La alteración de este mandato constitucional que señala que los precios son formados por la oferta y demanda en concurrencia lícita en el mercado, legitima al Estado para regular vía legislación *Antitrust* el combate a la concurrencia ilícita en el mercado. El Estado debe plantear reglas claras, prohibiciones expresas y definir con precisión las infracciones y sanciones, así como proceder a intervenir donde sea oportuno y efectivo para evitar que los agentes pretendan alterar la libre formación de precios como conocemos. El precio se forma entre empresas y consumidores, siendo ilícito manipular el precio a partir de la concertación entre empresas, incrementando ilegalmente su poder de acción en la formación del precio en perjuicio del consumidor. En esta circunstancia se faculta al Estado a intervenir y eliminar estas inconsistencias y sancionar a quienes se hubiesen beneficiado con este actuar ilícito. Esta es la base de las normas que protegen la Libre Competencia. La competencia es buena para el mercado, los consumidores y para las nuevas empresas que deberán ser innovadoras y reducir costos permanentemente.

V. La Constitución Económica, la Ley N° 27444 y el Interés Público

En el año 2001, la Ley N° 27444 dispuso dudas respecto a la aplicación de procedimientos sancionadores y proscribió la posibilidad de interpretar como sustitución a la necesidad de probar. Este esquema cobra especial importancia cuando se aplica a la Economía Social de Mercado. Por ello, la Constitución Económica,

tanto de 1979 como la del año 1993⁶ refieren al Estado como ente protector de una economía social, pero siempre de mercado.

El mercado implica formación de precio como resultado de la competencia y no artificial o direccionada por el Estado. En ese sentido este principio de mercado implica construir tres reglas principales:

1. Proteger la propiedad.
2. Proteger las transacciones, así como la libertad para contratar.
3. Establecer un sistema estatal de control y respeto a las transacciones, protegiendo su cumplimiento y sancionando el incumplimiento con un Poder Judicial a la altura de dicha circunstancia, al que se conoce como Estado de Derecho.

Sin estos principios no es posible definir reglas de mercado o pensar en la libre determinación de oferta y demanda. Esto sería una utopía. Solo existen dos excepciones al principio de propiedad. El primero son los impuestos y el segundo la expropiación. La Constitución proscribió cualquier forma de expropiación ilegal o impuesto confiscatorio. Por ello, el abuso de un Estado en limitar la propiedad a partir de sanciones administrativas constituye una regla implícita en un sistema de sanción.

Se aprecia que los autores de los proyectos de la Ley N° 27444 establecieron un procedimiento sancionador con principios aplicables que **respetan el debido proceso** y la **defensa del usuario** o empresa investigada. La regla general es respetar la propiedad privada. No olvidemos que la expropiación y los impuestos son la excepción. Cualquier confiscación sobre la base de procedimientos irracionales y desproporcionados resulta una confiscación ilícita en contra de la regla general del respeto a la propiedad privada.

Ahora bien, creemos que un claro ejemplo de confiscación, vulnerando las reglas constitucionales de legalidad y la definición de infracción, fue el caso Avícola. Una descripción del procedimiento puede verificarse en recientes comentarios⁷ de una sentencia de la Corte Suprema en la que se

⁶ Artículo 58°.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado./Artículo 59°.- El Estado estimula la creación de riqueza.

⁷ Comentarios sin verificar el contenido del expediente administrativo se encuentran en: Tomo 13, Enero 2011 del RAE Jurisprudencia Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia, artículos Notas sobre el caso de concertación de las avícolas Trece años después y Polleros Unidos ... sí fueron vencidos, Análisis de la Sentencia Definitiva en el caso de las Avícolas.

necesitaron varios votos para definir si el Estado había actuado con legalidad⁸.

La protección a la propiedad y la proscripción de acciones tendientes a la afectación indebida y confiscatoria está recogida no solo en la Constitución peruana vigente sino también en Tratados Internacionales suscritos por el Perú, por ejemplo, el Convenio entre el Gobierno de la República del Perú y el Gobierno de la República Popular China sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. Ejemplo de afectación indebida a la propiedad lo hallamos en el reciente fallo del **CENTRO INTERNACIONAL DE ARREGLO DE DIFERENCIAS RELATIVAS A INVERSIONES** (CIADI) al respecto. SEÑOR TZA YAP SHUM (DEMANDANTE) y LA REPÚBLICA DEL PERÚ (DEMANDADA) Caso N° ARB/07/6 7 de julio de 2011. En una época donde el mercado es globalizado resulta un desatino invertir en un país que de mayor protección a nacionales de un tercer país que tenga tratado con el Perú. No olvidemos que el inversionista peruano no puede acceder a este tipo de protección⁹.

Consideramos que solo se debe sancionar a quien perjudica el sistema de mercado. No todas las concertaciones se encuentran prohibidas¹⁰. Resulta indispensable que no existan dudas respecto a lo que el Estado debe y puede restringir y, en este caso, siempre resulta conveniente utilizar prohibiciones claras y precisas.

Prohibir¹¹ es un verbo que debe ser utilizado en forma restrictiva por el legislador y sólo para resguardar bienes jurídicos. Aquellos que afectan el mercado lo realizan omitiendo reglas de Libre

Mercado. Una Ley que no prohíba en forma clara y adecuada deviene en un escollo para eliminar la actividad indeseada y tendrá dificultades en calcular sus infracciones y sanciones.

VI. La Interpretación

La investigación de INDECOPI que concluyó con sentencia de la Corte Suprema por estrecha votación mayoritaria ha señalado que en el Perú del 1995 estaba vigente la regla per se. Debemos recordar que en dicho año aún no existía la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444) que ha establecido legislativamente los principios¹² del Derecho Sancionador Administrativo. Tampoco regía la actual Ley de Represión a las Prácticas Monopólicas que ha establecido una **solución probatoria** sobre el contexto del caso avícola. En el momento de los hechos que motivaron la investigación de INDECOPI la norma aplicable era clara y nos referimos al artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701 que establecía literalmente que se debía demostrar el daño al interés público.

Dado el avance indiscutible de las normas peruanas en doce años podemos analizar el escenario jurídico con menos imprecisiones. Hoy en día el Estado escoge el camino constitucional para lograr la sanción y es el mismo camino el que se debió transitar para evaluar los hechos investigados, dado que el respeto al debido proceso no sólo es seguir el procedimiento legal establecido sino también evitar la interpretación de normas para encontrar el supuesto real y hacerlo coincidir con el supuesto legal.

⁸ Nos referimos a los documentos incluidos en el expediente administrativo en los que se deja en evidencia que el Estado había incautado documentos sin previo mandato judicial e intervenido discos duros de entidades privadas sin la autorización judicial respectiva y sesgando la prueba de los informes privados o en todo caso sesgando inadecuadamente el mercado de pollos vivos con datos de pollos sujetos a la cadena fría de distribución de pollo comercializado inerte. Como sabemos la población peruana sigue en este siglo consumiendo mercado de pollo vivo pero INDECOPI realizó su investigación en base precios del mercado de pollo distribuido inerte pero con cadena de enfriamiento en la distribución. En ese sentido recordemos que en plena intervención existió un desatino procesal temporal, dado que el mismo Estado había dejado sin Tribunal Constitucional al ordenamiento jurídico peruano donde no se pudo actuar con un esquema de defensa constitucional como consecuencia del auto golpe del año 1992.

⁹ Las estadísticas no deben ser impuestas por funcionarios públicos, sino discutidas o puestas en análisis en un franco debate desprovisto de control. El Estado puede acceder a las bases de datos de los agentes privados en actuación probatoria. Recordemos que en Argentina viene produciéndose multas a los economistas que se atreven a definir indicadores inflacionarios diferentes a los que el gobierno puede establecer.

¹⁰ Una consecuencia injusta de dicha información resultaría en proscribir cualquier herramienta común de las empresas para conciliar situaciones de bienestar o responsabilidad social como lo son las cámaras de comercio o industrias o las asociaciones de exportadores resulta concertaciones beneficiosas para los concertantes y para la sociedad.

¹¹ "PROHIBITION [L. *pro* + *habere* / to have] The act of enjoining or forbidding the commission of some act or activity, such as the sale of alcoholic beverages or of drugs. From 1920 to 1933, the manufacture, sale and distribution of alcoholic beverages was prohibited under the 18th Amendment to the Constitution." Citado en *LATIN FOR LAWYERS The Language of the Law* By LAZAR EMANUEL J.D., Harvard Law School. En latitudes anglosajonas las prohibiciones requieren afectaciones constitucionales en el ordenamiento romano germánico o continental peruano solo se requiere una ley honestamente clara desprovista de exposiciones de motivo. El caso de la regla per se es un principio que quiso ponerse en vigencia sin afectar la redacción de la norma (modificación deficiente del Decreto Legislativo N° 701). Cabe advertir que semejante falta de técnica legislativa resulta un buen ejemplo académico de lo que no se debe hacer cuando se realiza una modificación legislativa.

¹² Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa en la Ley N° 27444.

Actualmente se prefiere una evaluación literal de las normas jurídicas a fin de demostrar que existe una conducta susceptible de sanción. **El principio de legalidad** es un principio vigente en el derecho sancionador administrativo, pero como sabemos no es necesario que una legislación recoja este principio para que exista. El derecho punitivo del Estado exige que exista una Ley para que exista punición. Esto es lo que no sucedió en el caso más importante que ha tenido la investigación *Antitrust* en el Perú. Corresponde por ello diferenciar que hoy en día el espectro de las normas limita la capacidad del Estado en el uso de herramientas legales.

Por ello, es necesario dejar claramente establecido que el Decreto Legislativo N° 701 tenía serias deficiencias pero establecía literalmente exigencias adicionales para lograr la punición de actos al haber optado el legislador peruano en redactarlo extrayendo partes de normas argentinas. Luego los funcionarios de INDECOPI, con tendencias del derecho anglosajón, pretendieron solucionar dicho problema con la emisión de dos Decretos Legislativos (el N° 788 y el N° 807) pésimamente redactados. Sin embargo, aquellos que calificaron administrativamente el caso Avícola y que con antelación recomendaron los cambios normativos citados, no cambiaron el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701. En plena investigación del caso Avícola pretendieron aplicar principios, cuando lo ideal hubiese sido **atenerse al texto expreso de la Ley** dado que al emitir sus resoluciones no se encontraban generando doctrina, sino intentando proscribir actividades que la Ley impedía de forma equivocada pero autorizaba por nuestra Constitución Económica.

La determinación de precios en el mercado debe ser libre pues provee beneficios a los consumidores. Los ofertantes deben estar prohibidos de intervenir, concertadamente, en el precio de compra de sus productos. Los ofertantes tienen posibilidad de éxito en ponerse de acuerdo para lograr ventajas indebidas a costa de los consumidores quienes no tienen la capacidad de organización para generar una fuerza suficiente opositora. En ese sentido, la debilidad negociadora de los consumidores exige constitucionalmente que el Estado intervenga procurando que la libre determinación de precios sea el único referente. Se debe prohibir cualquier actividad que bloquee artificialmente la formación del precio. No obstante, el Decreto Legislativo N° 701 carecía de prohibiciones expresas, carecía de definiciones y se limitaba a ser una copia de normas argentinas de protección a los consumidores.

Hoy en día encontramos casos jurisprudenciales y constitucionales que establecen reglas para la persecución de prácticas anticompetitivas. El Estado no interpreta normas para encuadrar la realidad al supuesto de la norma emitiendo reglas durante la realización del proceso. Hoy se exige, en cualquier procedimiento sancionador, que los entes estatales se abstengan de interpretar la norma sancionatoria. Más bien deben exclusivamente realizar una labor de subsunción dado que el realizar interpretación de la norma para detectar infracción o sancionar resulta del todo antitécnico por dos razones, a saber:

1. La parte sancionadora tiene su actividad reglada cuando se trata de invadir la esfera de libertad de las personas. Lo contrario implica un abuso de poder. El supuesto de interpretar la norma sancionatoria por parte del ente sancionador crea un desequilibrio en el procedimiento en el que siempre se debe garantizar probanza de supuestos que la Ley en vigor establece.
2. La falta de seguridad jurídica que implica el dar a un tribunal o comisión administrativa la facultad de entender cómo y cuándo una conducta está prohibida y menos aun cuando la debe sancionar. Se debe tener reglas para las normas con mayor razón si estas son limitantes de derechos no solo de los ciudadanos, sino de empresas con cuotas de poder económico.

El principal problema del Decreto Legislativo N° 701 es que aplicaba sanciones a una serie de conductas pero no establecía prohibiciones expresas que limitaran constitucionalmente la actividad de las empresas.

Con la vigencia de la Ley N° 27444 resulta nulo no hacer alusión al texto expreso de la Ley para sancionar. No es admisible que el Estado pueda interpretar la norma, calificando prohibiciones inexistentes. Dicha prohibición en el año 1995 no era expresa y peor aún, al contrario de lo sentenciado por la Corte Suprema, no es técnicamente admisible que se interprete sin tomar en cuenta que el texto expreso de la Ley señalaba el camino del Estado para sancionar una conducta.

Como puede verse de los documentos que fluyen del caso, se intentó arreglar el problema normativo vigente a la fecha en que se realizó la investigación por concertación oligopólica, sin realizar subsunción directa. Se decidió, en sede administrativa, crear la vigencia en el Perú del principio de la regla *per se*, a pesar de que esta regla generaba una seria contradicción con las palabras

escogidas por el legislador en el artículo 3° del mismo Decreto N° 701. Lo importante era aplicar una norma para sancionar. La solución defectuosa fue recurrir a la aplicación de un principio para justificar la ausencia de actividad probatoria que la Ley había redactado como crucial (el perjuicio económico al bienestar general).

Normalmente encontramos que los principios son usados por la parte acusada. El esquema constitucional señala que no es suficiente la calidad de la prueba ofrecida del denunciante, lo cual lo exonera de pena. Hoy en día es incuestionable que una sanción solo se mantiene en la medida en que se quiebre la presunción de inocencia. El órgano sancionador debe aplicar subsunción para lograr su objetivo. Por ello, no era correcto que INDECOPI utilizara una fórmula interpretativa para señalar que no es necesario demostrar que el empresario había ocasionado daño al interés general.

En la legislación *Antitrust* no existía prohibiciones, sino supuestos en los que la ley aplicaba una sanción. El ente sancionador restringió la subsunción y tras reunir pruebas en relación con la conducta limitó la probanza del perjuicio económico, a pesar de que así se había diseñado, redactado, aprobado y publicado el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 701.

En esta conducta corresponde analizar los cambios que introduce al esquema establecido en el Decreto Legislativo N° 1034. Este introduce situaciones prohibidas como situaciones que no requieren probanza de perjuicio y aquellas en las que sí se requiere probanza del perjuicio a la sociedad.

Como comentario final a la sentencia de la Corte Suprema podemos señalar que trata una situación definida en el ámbito del Decreto Legislativo N° 701. Correspondía a la Comisión y al Tribunal evitar casos jurisprudenciales americanos y proceder a un análisis de los hechos que demostraran que existió un perjuicio, en vez de la actuación en ámbito administrativo al renunciar a la tarea de analizar el mercado relevante con datos económicos. La ausencia de actividad probatoria del Estado para sancionar es la principal razón por la que la Corte Suprema no ha podido mantener la sanción impuesta a la Industria Avícola en votación única. Mantener la sanción ha costado varias votaciones en la que es evidente todo lo contrario a lo redactado en la sentencia que mantiene la sanción (9-4). Así cuatro

jueces creen que no se puede usar un principio no redactado en normas peruanas, para decidir la existencia de una infracción. El sancionado debe incurrir en los supuestos establecidos en la Ley y perjudicar efectivamente a los consumidores al haber alterado el precio en forma efectiva y no supuesta. Dicha suposición es la que habilita una sanción y sabemos que **una suposición no justifica punición**.

Ni el retroceso de INDECOPI, en disminuir la sanción inicialmente impuesta por la comisión, ni la cantidad de votos de vocales de la Corte Suprema presta la certidumbre para alegar que el comportamiento del ente sancionador fue un procedimiento legítimo.

VII. Proscripción del principio *Per se* y reafirmación del principio de la Razón en el Decreto Legislativo N° 1034

En los artículos 8°, 9° numerales 10.4, 11.2, 11.3, 12.4 la norma introduce una visión¹³ del bienestar, brindando a la administración de herramientas de prohibición y una redacción endógena de la norma más comprensible para el escenario económico de crecimiento.

Tal como lo señalan los considerandos del dispositivo legal: "resulta pertinente la dación de una nueva ley de control de conductas anticompetitivas que precise su finalidad, en consonancia con el objetivo previsto en el acuerdo de promoción comercial antes mencionado; clarifique su ámbito de aplicación (subjeto, objetivo y territorial); destaque el **principio de primacía de la realidad**; establezca conceptos claros y criterios de análisis que generen mayor predictibilidad en su aplicación al establecer las conductas consideradas como anticompetitivas, como prohibir de manera absoluta aquellas conductas colusorias consideradas en el ámbito internacional como inherentemente anticompetitivas; redefina y mejore sustancialmente el procedimiento administrativo, incorporando plazos razonables y realistas, la preclusión en el ofrecimiento de pruebas pero sin afectar el derecho de defensa, un mejor tratamiento de las medidas cautelares y una diferenciación más clara entre el rol instructor y el resolutorio; **dote de mayor capacidad disuasiva el esquema de sanciones, mejorando los criterios** para establecerlas, incrementando el tope para casos de infracciones muy graves y desarrollando la facultad de la autoridad de

¹³ Hayek, abogado con maestría en Economía, premio Nóbel de Economía.

competencia para dictar medidas correctivas; entre otros.”

El Decreto Supremo N° 009-2009-MINCETUR publicado en el Diario Oficial “El Peruano” dispuso la puesta en vigencia y ejecución del Acuerdo de Promoción Comercial (APC) Perú-Estados Unidos. Ello se verifica a partir del 1 de febrero de 2009. El Capítulo Trece trata de la Política de Competencia, Monopolios Designados y Empresas del Estado. Respecto de las políticas de competencia, el acuerdo establece que cada parte deberá mantener o desarrollar legislación que en materia de competencia prohíba prácticas de negocios anticompetitivas y promueva la eficiencia económica, así como el bienestar del consumidor. Asimismo, cada parte deberá mantener una autoridad de Libre Competencia que fundamente su actuar en la no discriminación de sujetos debido a su nacionalidad. Esta autoridad deberá permitir el ejercicio de la debida defensa antes de imponer una sanción, y contar con una instancia superior revisora. Se establece como principio de actuación de las entidades de Libre Competencia de cada Parte la cooperación, a fin de facilitar sus investigaciones y aplicación de normas. Esto se denomina “cortesía positiva”. Asimismo, se establece que los monopolios privados o estatales, designados o a designarse (autorizarse, en los casos en que aplique), no deben actuar de tal manera que creen obstáculos al comercio y a la inversión. Respecto de las empresas del Estado, se establece la misma obligación¹⁴.

La incertidumbre que introduce la aplicación de la regla *per se* en la jurisprudencia administrativa y lineamientos expedidos posteriormente al caso de las Avícolas en la cual la sanción se dio vía interpretación, no solo es inseguridad jurídica para inversionistas sino que resulta evidente que el funcionario público no debe ser un obstáculo y debe realizar su labor respetando el derecho a la debida defensa, lo cual resulta imposible si el servidor desconoce el texto expreso y empieza a interpretar, no para promover una actividad, sino para cuestionar conductas e imponer sanciones siendo una obligación supranacional del Estado que existan prohibiciones a la defensa al consumidor.

La sentencia con respecto a Avícolas en el Perú ha sido emitida en plena vigencia de la nueva Ley

de Represión de Conductas Anticompetitivas y la toma en cuenta como un factor de revisión de la actividad sancionadora. La predisposición del mercado hacia la fijación efectiva de los precios antes que sean participados a los agentes de la demanda constituye la principal razón, por la cual se busca proscribir la concertación de precios y sancionar. En algunos casos dicha prohibición requiere ser absoluta y en otros supuestos requiere probanza del perjuicio de la conducta.

En este sentido es necesario identificar qué conductas requieren una mayor evaluación para ser consideradas sancionables. La efectividad de la cartelización y su probabilidad son criterios que requieren la regla de la razón.

Como se aprecia en el ámbito americano del caso Celofán y de Microsoft¹⁵ ha llevado a una discusión científica del concepto de mercado relevante.

La regla de la razón no es una herramienta para evadir la responsabilidad, sino para garantizar su efectiva prosecución. INDECOPI aún con prohibición absoluta debe investigar a fin de que el público conozca la dimensión del perjuicio y la ganancia indebida en tiempos de crecimiento.

Debemos tomar en cuenta que hace 25 años la imagen de ejecutivos involucrados permitía la conciliación de multas como en el caso Farmacias Ahumada en Chile, quienes decidieron conciliar por más que los demás concertadores no lo hicieron y provocaron la venta de la transnacional a un conglomerado mexicano, dado que no se resistió la imagen pública de la alteración indebida de los precios de productos farmacéuticos en forma técnica. **Entre abril y agosto de 2009 la cadena puso fin a una investigación por concertación de precios con otro grupo económico en arreglo oficial y legal con el gobierno chileno ratificado por la Corte Suprema del mismo país¹⁶.**

VIII. Las reglas de subsunción e interpretación cambian cuando se trata de un Régimen Sancionatorio

A diferencia de otros Stucchi¹⁷ señala que constituye un rasgo común en la actividad sancionatoria de

¹⁴ http://www.munizlaw.com/Productos/Informativo_TLC/2009/Marzo/Boletin%20TLC.pdf 16.ENE.2011

¹⁵ Para un estudio de la jurisprudencia revisar el trabajo del Economista Fernandez-Baca, Universidad del Pacifico 2011. http://cies.org.pe/files/documents/investigaciones/politica-macroeconomica-y-crecimiento/Experiencias_de_Politica_Antimonopolica_en_el_Peru.pdf

Revisar la jurisprudencia norteamericana citada por la investigación realizada por la Universidad del Pacifico. ¹⁶ <http://mailweb.fne.gob.cl/db/tabla.nsf/f96e968b2c90447e8425733e00602335/02583F756F51F82D84257631007B0775?OpenDocument>

¹⁷ http://pierinostucchi.net/articulos/derecho_competencia_proteccion_consumidor_propiedad_intelectual/regla_aplicable_fijacion_concertada_precios%20-Stucchi-2009.pdf 16.ENE.2011

INDECOPI la facultad de sancionar debidamente otorgada por Ley. Nuestra opinión debe basarse en un Procedimiento Administrativo Sancionador, quedando claro que la interpretación de conductas debe estar dispuesta por la norma con supuestos que involucren un quebrantamiento de la Ley.

La regla de la razón es preponderante en la nueva legislación. Esta Ley sí establece la facultad amplia para actuar pruebas. Así, por ejemplo, la Secretaría Técnica podrá actuar y las partes ofrecer los siguientes medios probatorios: a) Documentos; b) Declaración de parte; c) Testimonios; d) Inspecciones; e) Pericias; u, f) Otras pruebas si a criterio de la Secretaría Técnica son necesarias para el esclarecimiento de los hechos denunciados o imputados.

El nuevo ordenamiento legal trae precisiones y reduce la arbitrariedad. Sin embargo, la Ley no regula el cálculo de los beneficios indebidamente obtenidos por quienes incurran en la conducta punible, esto es, el supuesto prohibitivo debiera generar una sanción superior que implique la asignación de estas ganancias a la sociedad.

IX. Potestad Probatoria

Solo se admite la subsunción para sancionar. Cualquier actuación estatal en la detección de una infracción o en la calificación de una sanción vía interpretación se elimina en virtud con la nulidad del artículo 10° de la Ley N° 27444.

El artículo 230° de la Ley N° 27444 presenta requisitos ineludibles para el ente sancionador. Este dispositivo obliga a la tipicidad, como regla absoluta. Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación, sin admitir interpretación extensiva o analógica. Las disposiciones reglamentarias pueden especificar o graduar las conductas y determinar sanciones. Sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la Ley permita tipificar vía reglamentaria.

La carga de la prueba se encuentra a cargo del Estado y sólo puede abarcar una conducta que está descrita en supuestos de hecho previamente contemplados en una norma con rango de Ley. Si la conducta no se halla tipificada en la Ley no se encuentra acreditada la infracción y es imposible jurídicamente pasar a la segunda etapa, esto es, la sanción.

El ente debe investigar y demostrar intencionalidad así como perjuicio afectado. Mandatos legales

los que se deben cumplir para poder tener herramientas para sancionar.

X. Potestad Sancionadora y prohibiciones del Decreto Legislativo N° 1034

Las normas del artículo 230° de la Ley N° 27444 incluyen la regla de la razonabilidad que suele articularse conforme al artículo III del Título Preliminar (Artículo III.- Finalidad La presente Ley tiene por finalidad establecer el régimen jurídico aplicable para que la actuación de la Administración Pública sirva a la protección del interés general, garantizando los derechos e intereses de los administrados y con sujeción al ordenamiento constitucional y jurídico en general.)

El esquema sancionador recoge la regla de la razón como rasgo primordial en el procedimiento dado que constituye mandato legal que el ente determine la sanción considerando criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción.

Existe coherencia como principio, no solamente del ordenamiento, sino como directriz señalada por el legislador buscando demostrar la intencionalidad y el perjuicio causado al momento de aplicar las sanciones, pues esta intencionalidad demostrará si la conducta está sujeta a la protección del bien jurídico y por ello limitada constitucionalmente.

La ausencia de la actividad probatoria es calificada como nula y su sustitución mediante interpretación debe ser proscrita.

La modificación introducida en el Decreto Legislativo N° 1034 es una mejora de la legislación, porque la anterior era deficiente. Respecto de la sanción aplicada la misma no es disuasoria y existen alternativas mejores para los tiempos actuales.

El sancionar sin tener que probar el perjuicio en el caso de prácticas colusorias contiene una peligrosa continuación de la regla *per se*.

En el caso Avícola se escogió aplicar la regla *per se*. El Estado no tuvo que probar la afectación del interés público, por lo que nunca sabremos si las actividades de las empresas avícolas realmente afectaron la economía del país.

El consumidor no conoce sus derechos frente a la oferta. La norma es defectuosa en la descripción

de prohibiciones. Una adecuada estructura de prohibiciones permitirá no solo difundir la ilicitud de prácticas, sino también una descripción típica de las infracciones para su adecuada sanción.

La regla *per se* ha sido prácticamente sustituida por la inversión de la carga de la prueba, pero con defectos, dado que en ciertos casos no importa que el sancionado haya demostrado fehacientemente que no perjudicó al mercado o que más bien lo benefició. El peligro de esta norma está en la posibilidad que las personas que la apliquen se acostumbren a utilizar el poder administrativo en forma desmedida y sin discreción, perjudicando la imagen del Estado.

Compartimos la opinión de Fernández – Baca cuando señala que “para los acuerdos horizontales se aplica el criterio de prohibición absoluta, puesto que es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta para verificar que existe una infracción.” Sin embargo, consideramos que la mejora en la técnica de la prohibición de la norma contrae los precedentes administrativos así como la jurisprudencia de la Corte Suprema comentada a la mínima expresión, pues se han creado en un sistema distinto y defectuoso, hoy superado, lo cual coincide con la restricción que actualmente existe en la página web de INDECOPI¹⁸ sobre el pasado indecoroso al que llevó la mala redacción del Decreto Legislativo N° 701, que convertía al control en una práctica infructuosa tal como lo demuestra la enorme duda expresada por la Corte Suprema al necesitar más votos de los normales para definir una supuesta sanción en el caso Avícola.

Si la Comisión y el Tribunal deciden mencionar la jurisprudencia del caso Avícola para sancionar a partir de la regla *per se* aplicándola a supuestos de infracción cometidos durante la vigencia de la actual Ley estarían cometiendo un gravísimo error. La nueva norma implica un sistema de prohibición distinto, que descarta la regla *per se*. Es taxativa en los supuestos y no deja la ilegalidad a criterio del servidor público.

Según Fernández-Baca “en el artículo 6° se hace una clara definición de lo que es el mercado relevante, señalando que este está integrado por el mercado del producto y el mercado geográfico. El mercado del producto comprende el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución. El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas

donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante.

Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes. Este cambio contribuye a establecer herramientas económicas que, aplicado por profesionales verdaderamente expertos, puedan impedir mezclar la data estadística en la forma en que se hizo en el caso Avícola. La definición del mercado relevante no debe estar sujeto al libre albedrío del servidor público que aplica la norma, si no constituye un requisito de procedibilidad ineludible, dado que la actual legislación administrativa y de derecho de la competencia obliga al investigador a precisar un perjuicio económico que servirá para poner sanciones ejemplares evitando la falta de idoneidad que existió en los procedimientos que aplicó el ente sancionador en el caso Avícola.

XI. Conclusión

La complejidad del Decreto Legislativo N° 1034 continuará dificultando su comprensión. Grifos, bancos, empresas de saneamiento y demás pueden estar tranquilos dado que la norma continúa siendo difícil en su comprensión lo que deja campo a especialistas y reduce a la mínima expresión la comprensión necesaria del público respecto de sus derechos. Sería razonable que el Congreso intente una redacción que permita su difusión y no solo para los consumidores.

El objetivo de INDECOPI es la difusión y comprensión de los derechos del ciudadano. Por ello, no queda descartada la posibilidad que alegando la redacción difícil, el ente sancionador pueda desconocer su contenido. La diferencia respecto al caso Avícola es que hoy **sí existe** un sistema eficaz de amparo que impide una práctica ilícita en el procedimiento al existir un Tribunal Constitucional que impone su interpretación a los órganos colegiados nacionales.

El caso Avícola es emblemático, pero no de colusión o concertación de precios, sino de la vulneración del debido proceso, del uso de la interpretación para crear una realidad y de la ignorancia de criterios fundamentales como el mercado relevante y la posibilidad de manejar el mercado. Cuando no se pudo probar nada se recurrió al facilismo de, vía indicios y regla *per se*, condenar a los investigados. Con el nuevo ordenamiento legal ello no es posible y el abuso del Estado tampoco.

¹⁸ Dichos precedentes ya no se mencionan en la página web de la Comisión, partir de este año.