

# Derecho y Política de la Competencia en Perú



Examen inter-pares



BANCO INTERAMERICANO  
DE DESARROLLO

DICIEMBRE 2004

OCDE 



ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y  
EL DESARROLLO ECONÓMICOS



BANCO INTERAMERICANO DE  
DESARROLLO

## **DERECHO Y POLÍTICA DE LA COMPETENCIA EN PERÚ**

### **EXAMEN INTER PARES**

Informe elaborado para la OCDE por Terry Winslow, en la actualidad consultor de la OCDE, tras haber sido seis años responsable de actividades con países no miembros, en el seno del Departamento de Competencia de la OCDE

## **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS**

En virtud del Artículo 1º de la Convención firmada en París el 14 de diciembre de 1960, y que entró en vigor el 30 de septiembre de 1961, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) se propone promover políticas dirigidas a:

- lograr el mayor crecimiento sostenible de la economía y del empleo y mejorar el nivel de vida en los países Miembros, manteniendo la estabilidad financiera, y contribuyendo así al desarrollo de la economía mundial;
- contribuir a una expansión económica saneada tanto en los países Miembros como en los no-miembros, con miras al desarrollo económico;
- contribuir a la expansión del comercio mundial sobre una base multilateral y no discriminatoria de acuerdo con los compromisos internacionales.

Los firmantes de la Convención constitutiva de la OCDE son Alemania, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, los Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia, Suiza y Turquía. Los siguientes países se convirtieron en Miembros por adhesión en las fechas indicadas a continuación: Japón (28 de abril de 1964); Finlandia (28 de enero de 1969); Australia (7 de junio de 1971); Nueva Zelanda (29 de mayo de 1973); México (18 de mayo de 1994); la República Checa (21 de diciembre de 1995); Hungría (7 de mayo de 1996); Polonia (22 de noviembre de 1996); Corea (12 de diciembre de 1996) y la República Eslovaca (14 de diciembre de 2000). La Comisión de las Comunidades Europeas participa en el trabajo de la OCDE (Artículo 13 de la Convención de la OCDE).

© OCDE 2004

Las solicitudes de permiso de reproducción parcial de este trabajo para usos no venales o bien académicos deberán dirigirse al Centre Français d'exploitation du droit de Copie (CFC), 20, rue des Grands-Augustins, 75006 París, Francia, tel. (33-1) 44 07 47 70, fax (33-1) 46 34 67 19, para todos los países excepto Estados Unidos. Para Estados Unidos, la autorización deberá obtenerse del Copyright Clearance Center, Inc. (CCC), Customer Service, (508)750-8400, 222 Rosewood Drive, Danvers, MA 01923 EE.UU., cuyo sitio web es: [www.copyright.com](http://www.copyright.com). Todas las demás solicitudes para obtener el permiso de reproducción o traducción total o parcial de esta publicación deben dirigirse al Departamento de Publicaciones de la OCDE, 2, rue André-Pascal, 75775 París Cedex 16, Francia.

## *Prefacio*

El examen inter pares (*peer review*) ha sido siempre un elemento central de cooperación en la OCDE. Los mecanismos de examen inter pares varían, pero la cooperación en la OCDE siempre se ha fundado en la disposición de todos los países Miembros a someter su legislación y políticas a un riguroso examen por otros miembros. Este proceso no sólo promueve la transparencia y el entendimiento mutuo en beneficio de todos, sino que proporciona al país examinado una información valiosa sobre posibles mejoras.

Las ventajas de este proceso son en especial patentes tratándose de leyes y políticas en materia de defensa de la competencia. Como resultado de las actividades del Comité sobre Competencia, los países de la OCDE que alguna vez tuvieron conflictos reales en asuntos relacionados con la defensa de la competencia se han convertido en socios para intentar frenar fusiones y cárteles internacionales perjudiciales. El Comité también se ha convertido en un foro importante para evaluar y poner de manifiesto la utilidad de aplicar principios de defensa de la competencia en sistemas económicos y en otros sistemas regulatorios.

El informe de evaluación por iguales que sigue refleja la aplicación, por cuarta ocasión, del proceso de examen inter pares a un país no-miembro de la OCDE. Sudáfrica y Rusia se sometieron a este proceso en reuniones del Foro Global de Competencia de la OCDE (GFC). Chile, y ahora Perú, han sido objeto de examen en sendas reuniones del Foro Latinoamericano de Competencia (LACF), organizadas conjuntamente por la OCDE y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Estos cuatro exámenes confirman, sin excepción, que el examen inter pares es un medio extraordinariamente útil de promover la cooperación y convergencia voluntaria entre las economías de la OCDE y las de países no pertenecientes a la OCDE, proporcionando transparencia y un debate sincero de qué constituyen las “mejores prácticas” en distintas situaciones.

La OCDE necesita socios para ampliar esta forma de cooperación más allá de las reuniones del GFC. Para nuestras actividades en América Latina encontramos en el BID un socio natural. La OCDE se congratuló en especial

cuando, en 2002, las conversaciones iniciales condujeron a la creación de un programa de cooperación entre ambas instituciones en el que está incluida la reunión anual del LACF, de la que constituye un elemento importante el examen inter pares. Los objetivos generales de la colaboración entre BID y OCDE en este ámbito son contribuir a promover el crecimiento económico y el empleo, una mayor eficiencia económica y un aumento del nivel de vida medio a medio y largo plazo. Existe un creciente consenso en que unas leyes y políticas de defensa de la competencia razonables son importantes para alcanzar estos objetivos. Las reuniones de la LACF que incluyen exámenes inter pares permiten al BID y a la OCDE aunar recursos y aprovechar las ventajas comparativas de cada institución para promover el desarrollo de mercados competitivos y de la economía. Los exámenes inter pares de Chile y Perú han sido financiados por el BID.

Queremos agradecer al Gobierno de Perú la candidatura de su país para someterse a examen inter pares en la Segunda Reunión del LACF, celebrada en Washington, D.C., los días 14 y 15 de junio de 2004. Fue alentador oír a la Delegación Peruana en la reunión confirmar que las recomendaciones del informe eran útiles, y a los Delegados de otros países afirmar que el examen había mejorado su comprensión de las leyes y políticas de Perú en materia de defensa de la competencia. Por último, queremos expresar nuestro mayor agradecimiento a los numerosos responsables de políticas de defensa de la competencia cuyas contribuciones, ofrecidas verbalmente o por escrito, han sido decisivas para el éxito de este Foro.

Eric Burgeat

Director del Centro de la OCDE para la  
Cooperación con países no-miembros

Carlo Binetti

Representante Especial del BID  
en Europa

## *Índice*

<b>1.</b>	<b>Antecedentes e historia de la Política de defensa de la competencia.....</b>	<b>11</b>
1.1	Contexto económico y cultural .....	11
1.2	Antecedentes de las reformas económicas de mercado en Perú.....	12
1.3	Estableciendo el marco legal para una economía de mercado .....	13
1.4	Reforma económica y auge del Indecopi en la década de 1990.....	14
1.5	2000-2004: la reforma pierde impulso y el Indecopi poder. Los nuevos desafíos .....	16
<b>2.</b>	<b>Asuntos sustantivos: alcance y contenido de las leyes de defensa de la competencia peruanas .....</b>	<b>20</b>
2.1	La Ley de Libre Competencia.....	20
2.2	La Ley de Acceso al Mercado.....	37
2.3	Las leyes sobre publicidad engañosa y competencia desleal .....	40
2.4	La Ley de Protección al Consumidor .....	42
2.5	Normas Técnicas y de Acreditación .....	46
2.6	Las leyes sobre la Propiedad Intelectual .....	46
2.7	La ley de Salida del Mercado.....	47
<b>3.</b>	<b>Cuestiones institucionales .....</b>	<b>47</b>
3.1	Estructura organizativa del Indecopi.....	48
3.2	Procedimientos de tramitación de causas, y otros, del Indecopi .....	51
3.3	Facultades de investigación y correctoras del Indecopi .....	53
3.4	Recursos relativos al derecho de la competencia y carga procesal del Indecopi.....	54
3.5	Acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios .....	57
3.6	La amplitud del mandato del Indecopi.....	58
3.6	Asuntos internacionales .....	61
<b>4.</b>	<b>Política de la competencia en sectores regulados.....</b>	<b>61</b>
4.1	El sector de las telecomunicaciones .....	62
4.2	El sector del transporte.....	64
4.3	El sector de la energía .....	65
4.4	Otros sectores.....	67
<b>5.</b>	<b>Propugnación de la competencia por el Indecopi.....</b>	<b>68</b>
<b>6.</b>	<b>Evaluación y Recomendaciones.....</b>	<b>71</b>



## SUMARIO

Perú es un país en vías de desarrollo con un historial proteccionista, de “sustitución de importaciones” y una considerable intervención estatal en la vida económica. Esto ha impedido su crecimiento económico sostenido, al excluir la inversión extranjera al tiempo que dilapidaba sus propios recursos en subsidiar ineficiencias. A finales de la década de 1980, Perú experimentó una contracción acelerada del PBI y una tasa de inflación de cuatro dígitos.

La legislación y las políticas en materia de competencia se introdujeron formalmente en Perú en 1991 dentro de un amplio programa de liberalización, si bien el verdadero punto de inflexión lo marcó en 1993 la creación de una nueva agencia pública “autónoma”, el Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. El Indecopi, como se le conoce, fue responsable de la “ley de libre competencia”, de una “ley de acceso al mercado” contra reglamentaciones que imponían barreras de acceso injustificadas, y de una amplia gama de otras normas pertinentes para las reformas económicas basadas en el mercado. Con el decidido apoyo del Presidente, Indecopi pronto devino un potente impulsor de las reformas internas de Perú y uno de los más elocuentes paladines de la competencia entre los países en vías de desarrollo.

Las leyes de libre competencia y de acceso al mercado de Perú constituyen el núcleo de la legislación y de las políticas en materia de defensa de la competencia: prohibición de conductas contrarias a la competencia por las empresas y aplicación del principio fundamental de que los gobiernos no deben restringir la actividad económica más allá de lo imprescindible para alcanzar otros objetivos sociales. La amplitud del mandato de Indecopi ha facilitado la función de la agencia como promotora de mercados competitivos en un sentido amplio, si bien muchas de sus actividades –particularmente las relacionadas con los procedimientos concursales, los procesos de normalización y homologación y la protección de la propiedad intelectual– guardan mucha menor relación con aspectos clave de la política de defensa de la competencia que otras numerosas actuaciones acometidas por autoridades públicas, como la promulgación de normas de interconexión o la privatización de activos estatales, materias en las que el Indecopi carece por completo de competencias. De esta forma, incluso el amplio mandato conferido al Indecopi deja al margen algunos aspectos importantes de la política de defensa de la competencia, y algunos de sus órganos funcionales contribuyen poco a la elaboración de políticas por el Indecopi o a la propia eficiencia operativa del Instituto.

.../



Durante la década de 1990, las actividades del Indecopi relacionadas con la competencia consistieron principalmente en labores de formación y promoción, así como en la resolución, tanto por conciliación voluntaria como cuasi-judicial, de conflictos entre empresas o entre uno o más consumidores y una empresa. La agencia intervino en varios casos importantes, pero concitó las críticas de algunos sectores que le reprocharon la falta de un mayor compromiso en exigir el cumplimiento de la ley. En la actualidad, parece existir un creciente consenso (tanto en el seno del propio Indecopi como fuera de éste) favorable a dicho enfoque más proactivo en lo que respecta a exigir el cumplimiento de la ley, y algunos consideran que el Indecopi ya ha avanzado en esa dirección. Aunque la formación y la promoción continúan siendo esenciales, el Indecopi debería ciertamente procurar conocer de oficio un mayor número de casos de libre competencia y acceso al mercado para así poner mejor de manifiesto la utilidad práctica de su trabajo.

Sin embargo, se impone también reformar el Indecopi para reforzarlo. Durante el gobierno de transición de 2000-2001, así como con el gobierno actual, varios acontecimientos han confirmado lo que desde hace años algunos venían advirtiendo: que la agencia carecía de suficientes salvaguardas de su autonomía. Como resultado de esos sucesos, la reputación del Indecopi como árbitro independiente e imparcial quedó mellada. Es importante, pues, que Perú revise la ley por la cual se rige el Indecopi para reforzar la autonomía –tanto real como percibida– de los órganos que adoptan las decisiones en primera instancia en el Indecopi, como la Comisión de Libre Competencia, y del órgano decisorio en segunda instancia, el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual.

Por otra parte, el Indecopi ya no recibe financiación alguna del Tesoro Público. La agencia siempre ha confiado en gran medida en la autofinanciación, y los profundos problemas de incentivos inherentes a dicho sistema se hicieron más visibles y graves cuando la financiación pública cesó por completo en 2003. En la actualidad, el Indecopi sólo puede realizar sus funciones directamente relacionadas con la defensa de la competencia (así como otras actividades no remuneradas) subiéndole de forma desproporcionada las tasas de registro y las que percibe por otros servicios, o bien determinando el importe de sus multas de forma que éstas cubran sus propios costes, en lugar de tomar en consideración el objetivo de penalizar y disuadir las conductas que constituyen infracción de ley. De proseguir en esta línea de actuación, el Indecopi no podrá recuperar o mantener la confianza de los peruanos ni de la comunidad internacional.

Pese a las numerosas demandas de provisión de fondos públicos que revisten importancia, Perú debería proporcionar financiación suficiente a las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado, de forma que éstas pudieran ocuparse de los casos instados mediante “denuncia” y dedicar recursos

.../

adicionales a investigar de oficio otros casos. La financiación de una institución de este tipo podría ser más que rentable, beneficiando a todos los peruanos al incrementar la eficiencia y reducir el tamaño de la economía sumergida peruana, que asciende al 60 por ciento del PIB (y parece aumentar). Ambas Comisiones deberían seguir fundamentando sus decisiones en consideraciones de eficiencia económica, y al mismo tiempo no desdeñar la posibilidad de haber confiado en exceso, en decisiones anteriores, en conceptos propugnados por la Escuela de Chicago.

Un Grupo de Trabajo del Indecopi estudia en la actualidad eventuales modificaciones alternativas a la Ley de Libre Competencia. En particular, se hace imperativo establecer algún sistema de control de las concentraciones, así como tipificar legalmente las medidas jurídicas de carácter general aplicables a los cárteles explícitos. Quizá también convenga realizar otras modificaciones.

Por otra parte, además de continuar con su labor de promoción de la competencia, tarea por la cual se ha ganado justificadamente cierto renombre, el Indecopi debería poner un mayor énfasis, y por separado, en sus funciones en materia de Libre Competencia y de Acceso al Mercado, y debería explicar de la manera más clara posible cómo estas funciones pueden beneficiar –y benefician de hecho– a toda la economía peruana, y no solamente al denunciante “formal” o a otras “víctimas” directas de infracciones concretas. El público debe entender que estos casos implican asuntos importantes de política económica, en los que tienen un interés directo, y que no se trata de disputas básicamente privadas (como puede ser el caso en los supuestos de competencia desleal).

El desafío al que se enfrentan el Indecopi y Perú es grande. El Plan de Acción Individual (IAP) oficial que Perú remitió recientemente al APEC afirma:

“Las políticas orientadas a la competencia y al mercado en Perú y en la Región Andina han de afrontar la oposición de la mayoría de la población empobrecida, que no tiene una percepción clara de las ventajas de una economía de mercado... La creciente oposición ha paralizado todo intento de implementar reformas que son necesarias y de mejorar el entorno de la competencia.”

Por supuesto, la actividad reformadora no se ha detenido por completo y el IAP ofrece la conclusión optimista de que “existe una oportunidad de cambiar la percepción negativa de la población sobre las políticas orientadas por la competencia y el mercado”. Pero la descripción del IAP deja claro que las reformas de mercado exigen no sólo que se fortalezca al Indecopi, sino un apoyo mayor y visible por el gobierno y sus ministros para lo que el gobierno continúa describiendo como su programa de liberalización del mercado. Las autoridades públicas deberían tratar de explicar las ventajas de una economía de mercado y rechazar con firmeza, en lugar de repetir, las críticas populistas que contribuyen a aumentar los miedos y percepciones erróneas del público.

.../

Entre otras estrategias posibles, el gobierno debería destacar el hecho de que las reformas inspiradas en el mercado están mejorando las condiciones de vida de la mayoría de los peruanos, por ejemplo al reducir el coste y mejorar el alcance y la calidad del servicio telefónico y de la electricidad. También debería darse publicidad a investigaciones financiadas por el BID que muestran los resultados satisfactorios del trabajo del Indecopi en materia de defensa de la competencia. Y, asimismo, explicarse el programa de reforma del sistema judicial propuesto recientemente como una manera de mejorar la capacidad del mercado para proporcionar ventajas reales al público. Tanto el Indecopi como el resto del gobierno peruano deberían aprovechar cualquier oportunidad para mostrar que, a pesar de dificultades transitorias que pudiesen requerir especial atención, los ciudadanos de Perú estarán mejor cuando sea el mercado –y no los oportunistas, monopolistas y burócratas– el que determine el precio y la calidad de los bienes y servicios que demandan.

## 1. Antecedentes e historia de la Política de defensa de la competencia

La política en materia de competencia se introdujo en Perú a principios de la década de 1990 en el marco de un programa general de liberalización económica. Décadas de proteccionismo y de intervencionismo estatal habían conducido al colapso económico, pero el Presidente recién elegido que introdujo estas políticas había hecho campaña contra ese programa. Además, la ley de libre competencia y otros aspectos del programa de reformas se adoptaron mediante Decretos Presidenciales, muchos de ellos promulgados durante un período en que el Congreso se encontraba disuelto. Uno de los resultados de esta situación es que las leyes reflejan un compromiso más claro con la eficiencia económica que el de muchos otros países, y durante toda la década de los noventa los funcionarios peruanos competentes en la materia recibieron el decidido apoyo del Presidente. Ahora bien, aunque las reformas tuvieron éxito y algunas veces contaron con el apoyo popular, las leyes y políticas no obtuvieron amplio consenso entre el público, ni siquiera entre los funcionarios públicos. En los últimos años, una evidente caída del apoyo al Presidente y varios acontecimientos han menoscabado la política en materia de competencia y otros aspectos de la reforma económica.

### 1.1 Contexto económico y cultural

Un análisis de los retos que conllevaba introducir en Perú la legislación y las políticas en materia de competencia debe comenzar con un repaso a la historia política y económica reciente del país, lo que a su vez requiere considerar el tamaño de Perú y su asombrosa diversidad en aspectos tales como su topografía, composición étnica, idioma, riqueza y costumbres.

Situado en la costa occidental de América del Sur, Perú es por extensión el tercer mayor país de Sudamérica y el vigésimo del mundo. (En términos comparativos, es algo mayor que Sudáfrica, casi el doble que Chile y apenas menor que Francia, Alemania y España juntos.) Su punto más septentrional está en el Ecuador, limitando con Ecuador y Colombia. Desde ahí Perú se extiende hacia el sudoeste abarcando planicies costeras de clima moderado, y, hacia el sudeste, parte de la casi impenetrable cuenca amazónica. Estas dos regiones están divididas por la cordillera de los Andes, cuyas laderas tropicales dan paso a picos nevados que rondan los 7.000 metros de altitud.

Perú, con unos 30 millones de habitantes, es, por población, el quinto país de Sudamérica y el 39º del mundo. Los mestizos (descendientes tanto de indígenas como de europeos) se han convertido en el grupo predominante y constituyen aproximadamente el 50 por ciento de la población. Los nativos americanos constituyen el 35 por ciento, pero este grupo es muy diverso. Por

ejemplo, los amerindios andinos son étnica y lingüísticamente diferentes de los diversos grupos indígenas que viven en el lado oriental de las montañas y en las llanuras tropicales que bordean la cuenca Amazónica. La población caucásica, que vive principalmente en Lima y en otros lugares de la costa, se ha reducido al 10 por ciento de la población y ha ido perdiendo su posición en la élite política y económica. Los antepasados del 5 por ciento restante de la población son mayormente africanos y asiáticos.

En términos económicos, el Comité de Asistencia al Desarrollo de la OCDE clasifica a Perú como país de renta media-baja (PRMB). En términos comparativos, otros países PRMB de América Central y del Sur y del Caribe son Belice, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Paraguay y Surinam.<sup>1</sup> Seis países de Centro y Sudamérica están clasificados como de renta media-alta: Argentina, Brasil, Chile, Costa Rica, Panamá, Uruguay y Venezuela. En concreto, el PIB de Perú es el quinto de Centro y Sudamérica y el 47º del mundo; pero su PIB *per capita* es muy inferior: el noveno de Centro y Sudamérica y el 120º del mundo. Aproximadamente el diez por ciento del PIB procede de la agricultura, representando la industria casi el 27% y los servicios el restante 63%. Al menos el 60% de la actividad económica de Perú se desarrolla en el ámbito de la economía sumergida, lo que origina, entre otras cosas, problemas de sanidad y seguridad, al tiempo que priva a la hacienda pública de ingresos tributarios.

## ***1.2 Antecedentes de las reformas económicas de mercado en Perú***

El sistema político y las políticas económicas de Perú también han experimentado cambios asombrosos. Aunque está en marcha un programa de descentralización, el gobierno peruano siempre estuvo muy centralizado y, como muchos países de la zona, Perú tiene una arraigada tradición de participación estatal o de control estatal de la actividad económica. A partir de 1963, Perú se centró en particular en un modelo de desarrollo económico de “sustitución de importaciones”, que incluye la manipulación del comercio y de los tipos de cambio, así como una amplia regulación de los precios y de la entrada. En los años 70, el gobierno militar de Perú estrechó lazos con el mundo comunista, llegando a ser el principal cliente militar de la Unión Soviética en América Latina.

En 1979 se adoptó una nueva Constitución y en 1980 el nuevo gobierno, democráticamente elegido, buscó entablar mejores relaciones con sus países vecinos y otros países occidentales. No obstante, en 1985, con la elección de Alan García como Presidente, Perú retornó a posiciones de no-alineamiento, al populismo económico y a políticas “anti-imperialistas”. Estas políticas económicas, unidas a la creciente violencia del “Partido Comunista de Perú –

Sendero Luminoso”, de tendencia maoísta, y a una grave epidemia de cólera, contribuyeron a la virtual desintegración de la economía, del sistema de partidos políticos y del Estado. El resultado fue la concurrencia en las elecciones presidenciales de 1990 de dos políticos novatos, Alberto Fujimori y el novelista Mario Vargas Llosa<sup>2</sup>. Unas elecciones que ganó Fujimori, en parte porque Vargas Llosa comprometió su imagen de independiente al unirse a un partido político tradicional.

### ***1.3 Estableciendo el marco legal para una economía de mercado***

Al no tener obligaciones hacia ningún partido tradicional, Fujimori pudo seguir un enfoque de gobierno pragmático. Durante la campaña, se había opuesto a las reformas económicas “neoliberales” propugnadas por Vargas Llosa, pero la necesidad de controlar la inflación pronto condujo a Fujimori a emprender esas mismas reformas. Eliminó la mayoría de los subsidios, renegoció el pago de la deuda que García había suspendido y logró que el Congreso promulgara una nueva ley de inversión extranjera que eliminó la mayoría de las medidas discriminatorias aplicadas a los extranjeros en esta materia. Además, se levantaron todas las restricciones cuantitativas directas a las importaciones y se redujeron los aranceles de manera sustancial. Estas reformas condujeron a considerables subidas de precios y la popularidad de Fujimori declinó durante un tiempo, pero, hacia finales de 1991, la inflación anual se había reducido a “sólo” el 139 por ciento y Perú había iniciado un período de crecimiento económico sostenido.

Pese a haber conseguido obtener del Congreso la aprobación de algunas reformas e imponer otras por Decreto Presidencial, Fujimori consideraba al Congreso como un obstáculo tanto para la reforma económica como para una actuación eficaz contra la intensidad creciente del terrorismo de Sendero Luminoso. Más aún, consideraba que la Constitución de 1979 contenía disposiciones no democráticas y que establecía una planificación económica permanente y la intervención pública del mercado. Por tanto, con el respaldo de las fuerzas armadas, Fujimori protagonizó un “autogolpe” el 5 de abril de 1992, suspendiendo la Constitución de 1979 y disolviendo el Congreso. Aunque generó preocupación en la comunidad internacional, el autogolpe, al parecer, gozó de popularidad entre muchos peruanos, en especial entre los militares, la comunidad empresarial y las clases medias y bajas urbanas. La Constitución modificada, que se aprobó en diciembre de 1993, contiene diversas reformas democráticas y también introduce una disposición sobre la política en materia de competencia. El Artículo 61 prescribe lo siguiente:

“El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.”

La Constitución también establece que el Estado únicamente puede asumir una actividad económica si (a) ha sido autorizado expresamente por ley, (b) el sector privado no puede satisfacer la demanda, y (c) la actividad sirve al interés público y a la “conveniencia nacional”. (Este tercer requisito parece significar que el Estado deberá concentrarse en funciones esenciales tales como la seguridad nacional y la administración de justicia.)

La mayor parte de las disposiciones legales de Perú que conforman la legislación y las políticas en materia de competencia son “decretos-leyes” que Fujimori promulgó en 1991 y 1992, en el marco de su impulso inicial por sentar las bases de una economía de mercado. Uno de dichos decretos creó una nueva agencia, el Indecopi (Instituto de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual), destinada a ejercer de árbitro y como promotor de la actividad del mercado. A esta entidad le fue otorgado un mandato asombrosamente amplio, que incluía la resolución de conflictos y competencias ejecutivas en cuanto a la aplicabilidad de la ley en los siguientes campos: (a) la ley de libre competencia; (b) una “ley de acceso al mercado” contraria a normativas oficiales que imponían injustificadas barreras de acceso al mercado; (c) una “ley de publicidad y competencia desleal”, cuyo objetivo es proteger a las empresas contra determinadas prácticas “deshonestas”; (d) una ley de protección del consumidor que regule no sólo las prácticas desleales o engañosas, sino casi todos los aspectos relacionados con la actividad del consumidor; (e) procedimientos anti-dumping y de salvaguardia; (f) leyes de protección de los derechos de autor, marcas y patentes; (g) el establecimiento de estándares voluntarios y obligatorios para productos y de entidades de homologación; y (h) una “ley de salida del mercado” que establecía un procedimiento cuasi-judicial para gestionar las insolvencias.

Aunque con respecto a ciertos asuntos estaba subordinado al Ministerio de Industria, el Indecopi fue creado como una agencia autónoma, con el fin de limitar la interferencia de los Ministerios tradicionales. Por otra parte, debido a que el gobierno quería proporcionar una alternativa al poder judicial peruano, el cual era (y es) considerado lento, impredecible y corrupto, el Indecopi se creó al menos tanto para resolver conflictos privados como para dedicarse a hacer cumplir la ley. Estos problemas referentes al poder judicial peruano (y, más generalmente, a la aceptación del imperio de la ley) han sido y continúan siendo impedimentos muy importantes para el desarrollo económico de Perú.

#### ***1.4 Reforma económica y auge del Indecopi en la década de 1990***

El Indecopi abrió sus puertas en marzo de 1993 y rápidamente adquirió una reputación de transparencia, eficiencia y predecibilidad no habitual en Perú. El Presidente Fujimori respaldó la misión de la agencia, respetó su

autonomía y movilizó a todo el gobierno en pro de las reformas de mercado. Tanto el Indecopi como Perú experimentaron un éxito considerable durante la década de 1990. Lo que es más, hasta 1998 al menos, cuando la economía peruana fue golpeada por la crisis económica internacional y el fenómeno meteorológico de “El Niño”, el porcentaje de peruanos que vivía en extrema pobreza disminuyó considerablemente.<sup>3</sup> Sin embargo, el descontento popular que siguió a estos contratiempos puso de manifiesto la falta de una amplia comprensión de estas reformas, y de apoyo a las mismas.

Con respecto a la legislación y a las políticas en materia de competencia, competencia desleal y protección del consumidor, las actividades del Indecopi consistieron inicialmente en labores de promoción y formación,<sup>4</sup> así como en la resolución voluntaria o cuasi-judicial de conflictos entre empresas, o entre uno o más consumidores y una empresa. La agencia desarrolló una actividad mucho menor en hacer cumplir la legislación, aunque adoptó una postura firme ante determinados cárteles explícitos (por ejemplo, el famoso “Caso de los Pollos”)<sup>5</sup> y al valorar el fundamento de normativas oficiales (por ejemplo, aboliendo una disposición municipal que exigía que los taxis fueran pintados de amarillo). En el ámbito de la propiedad intelectual, el Indecopi también fue mucho más activo en su papel de promotor que de vigilante del cumplimiento de la legislación.<sup>6</sup> En cierta medida, la preferencia del Indecopi por las labores de promoción sobre la acción coercitiva (salvo para abolir reglamentaciones contrarias a la competencia) hizo manifiesta la intención generalmente aceptada de introducir la legislación y las políticas en materia de competencia, pero también reflejó lo que algunas veces pudo haber sido una excesiva dependencia de las teorías de la Escuela de Chicago,<sup>7</sup> y algunos expertos abogaron por un enfoque más proactivo en el ejercicio por la agencia de sus competencias para hacer cumplir la ley.<sup>8</sup>

En otras áreas, la Comisión Antidumping mostró un respeto poco habitual hacia consideraciones en materia de competencia. Se dice que la Comisión de Salida del Mercado se creó y encomendó al Indecopi por dos razones: (i) los Tribunales eran ineficientes y carecían de procedimientos para abordar las insolvencias al margen del proceso de liquidación; y (ii) las liquidaciones y reestructuraciones pueden afectar a los niveles de concentración. Sin embargo, teniendo en cuenta que la ley de competencia no mostró interés sobre los efectos de las fusiones o adquisiciones sobre los niveles de concentración, la última explicación parece dudosa.

Se ha escrito bastante acerca de las actividades del Indecopi en la década de 1990; su disposición a auspiciar el debate de políticas y a participar en el mismo fue, al parecer, una de sus señas de identidad. Sin embargo, al revisar dicho material desde la perspectiva de la legislación y las políticas en materia de competencia, algunas personas han extraído conclusiones exageradas sobre los asuntos “directamente relacionados” con la competencia abordados por el



Indecopi, es decir, las actividades de las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado. El problema es que gran parte de la documentación se refiere a *todos* los procedimientos de Indecopi, exceptuando los relacionados con la propiedad intelectual, como casos de “competencia”, simplemente porque el conocimiento de dichos casos en apelación corresponde al Tribunal de Defensa de la Competencia. Así, un informe señala que entre 1993 y 1997 el Indecopi tramitó 8.648 procedimientos en materia de “competencia”, pero el 51 por ciento de éstos fueron quiebras y el 45 por ciento consistieron en supuestos de protección al consumidor y publicidad y competencia desleales. Incluso sumados a los casos sobre estándares y los casos de anti-dumping, los asuntos puramente de competencia representaron solamente el 4 por ciento de los denominados procedimientos en materia de competencia.

Pese al número relativamente bajo de procedimientos específicamente de competencia, a finales de los años 90 el Indecopi se había convertido en una institución respetada tanto en Perú como en el ámbito internacional por su transparencia, integridad y competencia en asuntos directamente relacionados con la defensa de la competencia.<sup>9</sup> Sin embargo, ya existía cierta preocupación sobre lo que un observador ha denominado la “fragilidad institucional” del Indecopi<sup>10</sup> y su capacidad para mantener la autonomía y eficacia, en especial a la vista de que algunos Ministerios continuaban resistiéndose a las reformas inspiradas en el mercado y de que los Tribunales podían paralizar las acciones del Indecopi.<sup>11</sup>

### **1.5 2000-2004: la reforma pierde impulso y el Indecopi poder. Los nuevos desafíos**

Aunque Fujimori fue reelegido para ocupar la presidencia en el año 2000, los escándalos de corrupción (relacionados sobre todo con su jefe de espionaje ahora encarcelado, Vladimiro Montesinos) lo llevaron a buscar refugio en Japón, donde permanece. Un gobierno de transición rigió entre noviembre de 2000 y julio de 2001, cuando Alejandro Toledo asumió su cargo de Presidente elegido democráticamente. Estos dos gobiernos han continuado promoviendo en principio reformas económicas basadas en la defensa del mercado pero, ante una oposición creciente, no han sido capaces de explicar o no han tenido la voluntad de impulsar con éxito la agenda de las reformas de mercado. Por ejemplo, la privatización del sector eléctrico deparó beneficios a muchos, al aumentar la disponibilidad de electricidad y mejorar así las condiciones de vida. Sin embargo, en julio de 2002 el gobierno estimó oportuno cancelar dos privatizaciones de empresas eléctricas al haber sido incapaz de persuadir a los ciudadanos afectados sobre esos beneficios y de afrontar objeciones sustantivas, tales como la falta de transparencia al otorgar concesiones y una regulación tarifaria supuestamente inadecuada.

La situación es grave. De acuerdo con el Plan de Acción Individual (IAP) que Perú presentó recientemente ante la APEC:

“Las políticas orientadas a la competencia y al mercado en Perú y en la Región Andina han de afrontar la oposición de la mayoría de la población empobrecida, que no tiene una percepción clara de las ventajas de una economía de mercado... La creciente oposición ha paralizado todo intento de implementar reformas que son necesarias y de mejorar el entorno de la competencia.”

El IAP prosigue para finalmente concluir que “hay una oportunidad de cambiar la percepción negativa de la población hacia las políticas orientadas a la competencia y el mercado”. Pero la descripción del IAP deja en claro que la reforma del mercado requiere no sólo que se fortalezca al Indecopi, sino un apoyo mayor y visible por parte del gobierno y sus ministros para lo que el gobierno continúa describiendo como su programa de liberalización del mercado. En la actualidad, sin embargo, está claro que los burócratas de alto nivel no respaldan uniformemente dicha reforma y no están contribuyendo a educar al público sobre sus ventajas. Por ejemplo, en una conferencia de la UNCTAD celebrada recientemente en Lima, el Vicepresidente Segundo de Perú pronunció un discurso introductorio crítico con la liberalización del mercado y la privatización, quejándose de tarifas abusivamente elevadas en las telecomunicaciones, sin mencionar que son menores gracias a las reformas económicas, condenando a la Organización Mundial del Comercio y a las empresas multinacionales por destruir empresas peruanas y acusando al Indecopi de no hacer nada para detener el dumping por empresas extranjeras.

Es más, varias medidas adoptadas durante la legislatura actual o por el actual gobierno han menoscabado no poco la autoridad del Indecopi. Unos dos meses después de constituirse el gobierno actual, todos los miembros de la Comisión Antidumping del Indecopi renunciaron a su cargo el mismo día y fueron reemplazados cuatro días más tarde por Comisionados presididos por un directivo petrolero y funcionario de la Sociedad Nacional de Industrias de Perú. Poco después, la Secretaría Técnica de la Comisión dimitió. Estos sucesos son importantes porque se cree que un ministro del gobierno orquestó los cambios al nivel de comisión, y que la Secretaría optó por renunciar antes que implementar las nuevas políticas, supuestamente más proteccionistas, de la Comisión. Como consecuencia de la reciente división del Ministerio de Industria en un Ministerio de la Producción y un Ministerio de Comercio y Turismo, el Indecopi rinde ahora a la Presidencia del Consejo de Ministros en lugar de al Ministerio de Industria, pero la independencia de quienes toman decisiones en primera y segunda instancia en Indecopi continúa en entredicho.

Además, si bien los tres primeros presidentes del Indecopi poseían capacidad y experiencia relevante, el gobierno actual nombró al (entonces)

poco conocido asesor presidencial, César Almeyda. El nombramiento mismo alimentó especulaciones de que el gobierno intentaba controlar el Indecopi, quizás con el fin de frustrar en lugar de promover la competencia. Desde entonces, Almeyda mismo creó controversia con declaraciones públicas sobre el fondo de casos aún pendientes en las unidades “independientes” cuasi-judiciales del Indecopi. Asimismo, Almeyda ocasionó una notable rotación de funcionarios en el Tribunal y las Comisiones durante el periodo comprendido entre febrero de 2002 y febrero de 2003, mientras ocupó la presidencia. Una consecuencia de esta rotación de funcionarios fue que, de los cuatro miembros del Tribunal de Defensa de la Competencia, únicamente su presidente puede acreditar un conocimiento relevante sobre legislación y política en materia de competencia. Los otros miembros bien pueden ser académicos ilustres, pero su relativa falta de experiencia profesional en temas de competencia suscita controversia, especialmente porque se añade a la preocupación que se expresa con frecuencia de que el Indecopi no es independiente del gobierno. Los efectos de todos estos cambios aún no están claros, ya que Almeyda ha sido encarcelado acusado de corrupción (por asuntos del todo ajenos al Indecopi) y el ex gerente general de Indecopi, Fernando Arrunátegui Martínez, lleva más de un año como Presidente Interino del Instituto. *[Con posterioridad al debate de este informe, el 14 de junio de 2004 fue nombrado Presidente de Indecopi Santiago Roco, miembro del Tribunal.]*

Debido por lo menos en parte a las preocupaciones sobre la independencia de Indecopi, la política en materia de competencia es un asunto que hoy en día genera cierta controversia en Lima. Por ejemplo, un amplio sector considera que el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Indecopi están adoptando una “línea más dura” hacia el Antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas o que el Ministerio de Comercio. Más aún, algunas decisiones recientes del Tribunal crearon controversia, al rectificar un dictamen previo que tipificaba específicamente a los cárteles explícitos, corregir su posición anterior sobre publicidad comparativa subjetiva y aparentemente implicar (por vez primera) que la fijación de un precio excesivo vulneraba la ley sobre la competencia. Incluso la comunidad empresarial y los abogados defensores, los supuestos beneficiarios de estas resoluciones, las consideraron confusas y expresaron su temor a que unas resoluciones impredecibles pudieran traslucir la influencia del gobierno tras bambalinas. Los partidarios de la reforma económica reclaman nuevas medidas legales para garantizar la autonomía del Indecopi y, mientras, sus órganos directivos se enfrentan al reto de recuperar su independencia real y percibida.

El Indecopi también ha de afrontar serios problemas presupuestarios. En 2003 el gobierno dejó de prestar financiamiento al Indecopi, si bien el Tesoro nunca ha proporcionado más del 30 por ciento de su presupuesto. Hubo un tiempo en que el resto provenía principalmente de tasas y cánones percibidos

por registros de la propiedad intelectual y trabajos relacionados con quiebras, así como por los exiguos expedientes previos a fusiones tramitados en relación con adquisiciones en el sector eléctrico (el único sector en el que Perú tiene alguna forma de control sobre las fusiones). En la actualidad, sin embargo, las multas que el Indecopi impone representan el 58 por ciento de su presupuesto.

En el pasado, algunos consideraban el autofinanciamiento del Indecopi como una ventaja, ya que podría proporcionarle independencia financiera del gobierno, pero se ha hecho evidente ahora que el sistema incentiva al Indecopi a centrarse en los servicios por los que cobra (y a cobrar un precio excesivo) y en imponer grandes multas. No hay pruebas de que el Indecopi haya impuesto multas o incrementado su importe para financiar sus actividades, pero los administradores del Indecopi, por necesidad, intentarán anticipar en qué casos terminará imponiéndose una multa. Es sintomático, tanto del precario estado financiero del Indecopi como del problema del autofinanciamiento a partir de multas, el hecho de que la agencia afronte problemas nuevos y considerables debido a una nueva ley que suspende automáticamente todas las multas hasta tanto no concluya por completo el proceso de revisión judicial, lo que puede suponer fácilmente unos ocho años.

Este problema de falta de recursos se ve exacerbado por el hecho de que las Comisiones del Indecopi se crearon en gran medida para proporcionar una alternativa a los tribunales judiciales. En Perú, cualquier persona física o jurídica puede instar un procedimiento formal presentando una “denuncia” y depositando una suma. De esta manera, cualquier ingreso con que el Indecopi pudiera contar para subvenir necesidades creadas por actividades relacionadas directamente con la defensa de la competencia deberá estar disponible para conocer de casos que podrían tener poca relevancia pública. Pese a su aparente deseo de ejercer de oficio su facultad de vigilancia del cumplimiento de la ley, el mandato de resolución de conflictos del Indecopi y su escasez de recursos hacen muy difícil su ejercicio efectivo.

A pesar de los desafíos afrontados en estos últimos años, el Indecopi ha obtenido algunos éxitos sonados en algunos casos relacionados con la defensa de la competencia, reforzando la confianza en el mercado con la resolución de conflictos en las áreas de publicidad, competencia desleal y protección del consumidor, y con su dedicación a promover la competencia. La cuestión que hoy se plantea es si el Indecopi –con su propio esfuerzo y un mayor respaldo del gobierno a su misión– puede recuperar la independencia y competencia, tanto reales como percibidas, que necesita para poner en práctica un programa que demuestre el valor de la legislación y las políticas en materia de defensa de la competencia y, en general, de las reformas basadas en el mercado.

## 2. Asuntos sustantivos: alcance y contenido de las leyes de defensa de la competencia peruanas

Perú dispone de dos leyes que regulan las dos materias más directamente relacionadas con la defensa de la competencia, a saber, la represión de conductas restrictivas de la competencia por empresas y la abolición de restricciones a la competencia por organismos públicos. La Ley de Defensa de la Competencia es la ley de defensa más convencional de Perú, aplicable a todas las personas naturales y jurídicas que realicen una actividad económica, así como a todas aquellas personas que ejerzan la dirección o la representación de entidades que incurran en actividades ilegales. La ley no prevé un régimen de exención, pero, en virtud de su tenor, sus términos no se aplican a entidades que no realicen actividad económica, quedando excluidas de su alcance, por tanto, los organismos públicos con funciones puramente regulatorias. Por otra parte, la ley no se aplica a las cuestiones de acceso o interconexión en sectores de infraestructuras en régimen monopolístico, que están bajo la jurisdicción de entes reguladores sectoriales. No se prevé ningún régimen especial para las pequeñas empresas, ni para prácticas o conductas no significativas (regla *de minimis*).

Además, al igual que un número creciente de países, Perú no hace de la defensa de la competencia el único medio para eliminar regulaciones que restrinjan la competencia. La Ley de Acceso al Mercado de Perú proporciona un medio de oponerse a normas reglamentarias restrictivas de la competencia cuando éstas no estén refrendadas por ley o cuando no guarden una relación razonable con fines autorizados.

El Indecopi también vigila el cumplimiento de otras leyes relacionadas de una u otra manera con las reformas de mercado. Debido a que a menudo se alega que las múltiples funciones del Indecopi potencian su capacidad de promover la política de defensa de la competencia y de reformas de mercado, en este apartado también se abordan dichas leyes, prestándoseles mayor o menor atención según el grado de relación que guarden con asuntos centrales para la defensa de la competencia.

### 2.1 *La Ley de Libre Competencia*

La finalidad de la Ley de Libre Competencia se enuncia en su artículo 1, y consiste en “eliminar las prácticas monopolísticas, de control 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”. La mención que hace el artículo a la libre competencia y a los beneficios para el consumidor, junto con la ausencia de cualesquiera objetivos distintos de la eficiencia, hace de esta disposición una declaración singularmente clara de la

intención de promover la eficiencia económica. Esta falta de ambigüedad, inusual, podría deberse a que la ley es un Decreto Presidencial, y no producto de un compromiso del tipo que los legisladores suelen considerar necesario.

#### Recuadro A

##### Herramientas básicas de la Ley de Defensa de la Competencia

Las leyes generales de defensa de la competencia suelen abordar los problemas del poder monopolístico en tres entornos formales: relaciones y acuerdos entre empresas que, bajo cualquier otro aspecto, son independientes entre sí; actuaciones por parte de una sola empresa, y combinaciones estructurales de empresas independientes. La primera categoría, relativa a los denominados **acuerdos**, a menudo se subdivide con fines analíticos en dos grupos: acuerdos “horizontales”, entre empresas que desarrollan las mismas actividades, y acuerdos “verticales”, entre empresas que operan en diferentes etapas de la producción o distribución. A la segunda categoría se la denomina “**monopolización**” en algunas legislaciones y, en otras, “**abuso de posición dominante**”; los ordenamientos jurídicos que utilizan terminologías diferentes han desarrollado enfoques algo distintos respecto al problema del poder económico de una sola empresa. La tercera categoría, a menudo denominada “**fusiones**” o “**concentraciones**”, por lo general incluye otros tipos de combinación estructural de empresas, tales como adquisiciones de acciones o bienes, constitución de filiales comunes o sociedades conjuntas (*joint ventures*), participaciones accionariales cruzadas y órganos de administración entrelazados.

Los **acuerdos** pueden permitir que un grupo de empresas actúe de forma concertada para lograr algunas características de una situación de monopolio, como subir precios, limitar la producción o impedir el acceso al mercado o la innovación. Los acuerdos **horizontales** más problemáticos son los que impiden la rivalidad sobre los elementos dinámicos fundamentales de la competencia de mercado: precios y producción. La mayoría de las leyes actuales sobre defensa de la competencia penan severamente los acuerdos cuyo único fin es concertar precios, limitar la producción, cometer colusión en licitaciones o repartirse mercados. Para hacer cumplir tales acuerdos, los competidores también pueden acordar tácticas para impedir que surjan nuevos competidores o disciplinar a las empresas que no se sometan a ellas; así, las leyes también tratan de impedir y sancionar los boicots. La cooperación horizontal en otros aspectos, como la estandarización de productos, la investigación y la calidad, también podrían afectar a la competencia, si bien la determinación de si el efecto de esta cooperación es positivo o negativo puede depender de las condiciones del mercado. Así, la mayoría de las leyes lidian con estos otros tipos de acuerdos valorando una amplia gama de posibles beneficios y perjuicios o tratando de diseñar reglas más detalladas para identificar y eximir las conductas beneficiosas.

Los **acuerdos verticales** se proponen controlar aspectos relativos a la provisión de los suministros y la distribución. Los motivos de preocupación son los mismos: que los acuerdos puedan conducir a aumentos de precios, a una cantidad (o calidad) menor o impedir el acceso al mercado y la innovación. Debido a que los efectos sobre la competencia de estos acuerdos pueden ser más complejos que los producidos por acuerdos horizontales, el tratamiento legal de los distintos tipos de acuerdo vertical es aun más variado que el de los acuerdos horizontales.

.../

Un tipo básico de acuerdo es el que versa sobre la fijación del precio de reventa: los acuerdos verticales pueden controlar precios mínimos o máximos. En algunos supuestos, el resultado puede acarrear un freno a los abusos cometidos por los distribuidores; en otros, sin embargo, puede traducirse en que se duplique o instaure un cártel horizontal. Los acuerdos mediante los cuales se otorgan territorios o derechos comerciales exclusivos pueden constituir un incentivo para dedicar mayor esfuerzo a vender el producto del proveedor, pero también pueden proteger a los distribuidores de la competencia o impedir la entrada de otros proveedores. Dependiendo de las circunstancias, los acuerdos sobre combinaciones de productos, como los que obligan a los distribuidores a llevar líneas de productos completas, o a comercializar diferentes productos juntos, pueden facilitar o desalentar, según los casos, la introducción de nuevos productos. Las franquicias a menudo implican un conjunto complejo de acuerdos verticales, con posible relevancia competitiva: un contrato de franquicia puede contener disposiciones acerca de la competencia dentro de territorios geográficos, sobre exclusivas con proveedores y sobre derechos de propiedad intelectual tales como marcas registradas.

El **abuso de posición dominante o monopolización** es una categoría principalmente relacionada con las conductas y algunas circunstancias de empresas individuales. Un verdadero monopolio, que no se enfrenta a competencia efectiva ni potencial, cobrará mayores precios y producirá menor cantidad de producto o bien de menor calidad; también es menor la probabilidad de que introduzca métodos más eficientes o productos innovadores. Por lo común, las leyes contra el abuso de posición dominante tienen en su punto de mira tácticas excluyentes mediante las que las empresas tratarían de obtener o proteger posiciones monopolísticas. Las leyes contra el abuso de posición dominante abordan los mismos temas y pueden también plantear el ejercicio efectivo del poder de mercado. Por ejemplo, bajo ciertos sistemas de abuso de posición dominante, cobrar precios exageradamente altos puede constituir un supuesto de infracción de ley.

El **control de fusiones o concentraciones** trata de impedir la creación, mediante adquisiciones u otras combinaciones estructurales, de empresas con el incentivo y la capacidad para abusar de su posición dominante en el mercado. En algunos casos, la prueba de legalidad se deriva de las leyes sobre posición dominante o restricciones a la competencia; en otros, se establece un examen individualizado atendiendo al efecto probable sobre la competencia en general. El proceso analítico que se aplica comúnmente exige determinar los productos que compiten, las empresas que podrían ofrecer competencia, las cuotas de mercado relativas y la importancia estratégica de esas empresas en los mercados del producto. Un factor importante es la probabilidad de entrada de nuevos competidores y la existencia de barreras reales de acceso al mercado. La mayoría de los sistemas aplican algún tipo de examen de cuotas de mercado, ya sea para orientar investigaciones adicionales o como presunción de legalidad. Se considera que las fusiones en mercados con niveles inusuales de concentración, o que crean empresas con cuotas de mercado inusualmente altas, tienen mayor probabilidad de afectar a la competencia. Y la mayoría de los sistemas establecen procedimientos de notificación previa a las autoridades competentes de vigilar el cumplimiento de la ley para las transacciones más voluminosas e importantes, así como procedimientos especiales de investigación a fin de poder identificar los problemas antes de que se materialice la reestructuración.

Según se ha mencionado, la ley se aplica a todos los sectores económicos. El Indecopi vela por la aplicación de ésta en todos ellos, salvo en el sector de las telecomunicaciones, cuyo ente regulador propio es Osiptel (*Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones*).<sup>12</sup> Las funciones regulatoria y de asegurar la competencia del Osiptel se abordan en el apartado 4, más adelante.

El artículo 3 de la ley prohíbe toda conducta relacionada con una actividad económica que constituya un abuso de posición dominante o que restrinja la libre competencia de forma tal que perjudique el bienestar económico general. El artículo 4 define el concepto de posición dominante, el artículo 5 describe las prácticas constitutivas de abuso de posición dominante, y el artículo 6 describe los acuerdos y otras prácticas que restringen o pueden restringir la libre competencia. El artículo 3, según parece, está basado en la legislación argentina. El Indecopi se refiere a los artículos 82 y 83 del Tratado de Roma como equivalentes a sus artículos 5 y 6, aunque, no obstante el obvio aire “europeo” de éstos, existen diferencias potencialmente significativas entre ambos regímenes. Por ejemplo, la disposición peruana sobre abuso de posición dominante no menciona los supuestos de “imposición de precios de compra o de venta injustos u otras condiciones de transacción no equitativas” ni de “limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores”. Asimismo, la disposición peruana sobre “prácticas restrictivas” no contiene la importante referencia del artículo 81(1) a las prácticas que tienen por *objeto* mismo la restricción de la competencia, y establece una relación algo diferente de prácticas restrictivas.

La ley no exige la notificación previa de las fusiones o adquisiciones, ni tampoco prohíbe aquéllas que son o podrían ser contrarias a la competencia. Una ley distinta, de cuyo cumplimiento también vela la Comisión de Libre Competencia, establece un régimen de control de fusiones sólo aplicable al sector eléctrico.

### 2.1.1 Acuerdos horizontales

Los únicos casos que el Indecopi ha incoado de oficio en aplicación de la Ley de Libre Competencia han versado sobre cárteles explícitos y, para ser una agencia de defensa de la competencia de reciente creación, ha obtenido un éxito inusual en dichos casos. El artículo 6 de la Ley de Libre Competencia contiene una lista bastante convencional de acuerdos horizontales, incluyendo las prácticas colusorias para concertar precios u otras condiciones comerciales, limitar la producción, repartir mercados o amañar licitaciones. Originalmente, el artículo 7 contenía un supuesto de exención comparable al artículo 81(3) del Tratado de Roma, si bien la única manera de acogerse a dicha exención era obtener autorización previa de la Comisión de Libre Competencia. En 1994,



como parte de lo que se describió como un intento de hacer la transición del modelo europeo al estadounidense, se abolió el artículo 7.

El primer caso importante referente a un cártel sobre el que se pronunció el Indecopi fue el “Caso del Pan” de 1996<sup>13</sup>, contra los productores de harina de trigo y su asociación. La asociación alcanzó una transacción para cerrar el caso, comprometiéndose a no hacer más recomendaciones sobre el precio del pan, y de esta forma evitó ser sancionada. Sin embargo, se descubrió que once productores habían dado por terminada una guerra de precios celebrando un acuerdo de concertación de precios, y a cada una de estas empresas se impuso una multa de unos 50.000 USD. Los oponentes particulares y públicos a la reforma económica procuraron que el Indecopi desistiera de su acción, incluso apelando a Fujimori, pero el caso se prosiguió y contribuyó a establecer la reputación de independencia de Indecopi.

El caso más impresionante de Indecopi es el bien conocido “Caso de los Pollos” de 1997,<sup>14</sup> en el que se descubrió que las empresas avícolas peruanas y su asociación realizaban lo que, en la práctica, constituía una concertación de precios, al acordar el impedimento de nuevas entradas en el mercado, excluir a competidores existentes y limitar la disponibilidad de aves vivas en venta con el fin de subir o mantener los precios. El monto total de las multas se fijó inicialmente en algo más de 5 millones de USD, pero después se redujo hasta situarlo en algo más de 2 millones de USD.

Lamentablemente, el Caso de los Pollos también es un buen ejemplo de las severas deficiencias del sistema judicial peruano. El caso se recurrió ante los tribunales en 1997 y aún no se ha dictado sentencia. La lentitud del proceso de revisión judicial no es un problema sustancial en la mayoría de las funciones del Indecopi, ya que se recurren relativamente pocos casos, pero el 90 por ciento de los casos que versan sobre la aplicación de la ley de defensa de la competencia son objeto de recurso.

#### El enfoque general del Indecopi ante los casos de acuerdo horizontal

También en 1997, el Tribunal de Defensa de la Competencia determinó la interpretación del artículo 6 en su aplicación a las restricciones horizontales en varios “precedentes de observancia obligatoria” (decisiones que se declaran expresamente como precedentes vinculantes y se publican como normas *de facto*). Basándose exclusivamente en escritos del juez estadounidense Robert Bork, el Tribunal sostuvo que la concertación de precios “pura y simple” es ilegal *per se*, pero que debe ser juzgada conforme a la “regla de la razón” (*rule of reason*) cuando pueda estar razonablemente asociada a una integración que favorezca la competencia.<sup>15</sup> Asimismo, sostuvo que los acuerdos colusorios comprendidos en la categoría *per se* son sancionables sin necesidad de entrar a

valorar si (i) tienen, o son siquiera capaces de tener, un efecto perjudicial, ni si (ii) pueden, en algún sentido, ser razonables. Este enfoque era ampliamente consistente con la práctica internacional, que cada vez más considera ilegales *per se* o en absoluto los cárteles explícitos.

Sin embargo, en un caso de seguros automovilísticos de 2003, el Tribunal declaró este enfoque incompatible con la Ley de Libre Competencia.<sup>16</sup> El caso implicaba la concertación de precios en el sector asegurador de automóviles, y el Tribunal sostuvo que, aunque se presume por ley que los acuerdos de los cárteles perjudican al bienestar económico general, se debe dar a los denunciados una oportunidad de probar que su acuerdo no tiene dicho efecto. Se dice que esto viene exigido por el artículo 3, y que vuelve a re-enfocar la práctica peruana hacia sus orígenes europeos, al darles a los miembros de los cárteles la misma oportunidad que tienen en virtud del Artículo 81(3) y el Reglamento Europeo 1/2003.

Esta decisión ha causado polémica en la creciente comunidad limeña de expertos en materia de competencia. Sin embargo, a menos que la decisión augure algún cambio adicional, parece poco probable que tenga algún efecto real en los casos de cárteles de los que se ocupa el Indecopi. La terminología puede ser más europea, pero la Comisión Europea ha considerado durante un tiempo los acuerdos de cárteles explícitos como esencialmente “ineximibles *per se*”. Por tanto, si el Tribunal siguiera el enfoque de la Comisión Europea, la oportunidad brindada por la ley de presentar defensa podría ser mayormente teórica. A decir verdad, su única aplicación evidente se podría dar en el caso muy raro de que las partes acordaran fijar precios, pero luego abandonarían el acuerdo antes de adoptar ninguna medida encaminada a aplicarlo. Aunque el Indecopi señala, al remitirse a la decisión del Tribunal, que ésta obliga a realizar un análisis caso por caso y conforme a “criterios de razonabilidad”, la agencia aplicó a lo sumo un criterio de razonabilidad “truncado”, condenando el acuerdo tras rechazar toda justificación y sin indagar en la posición de mercado u otros elementos propios de un análisis “cabal” basado en criterios de razonabilidad.<sup>17</sup>

Así pues, parece que los cárteles continuarán siendo condenados en juicio sumario. En efecto, el nuevo enfoque del Tribunal no fue de utilidad a los acusados en el caso de los Seguros de Automóviles, quienes esgrimieron alegaciones en favor de este cambio y sostuvieron la necesidad de que fuera revocada la decisión de la Comisión de Libre Competencia. A pesar de que ello supusiera rectificar un precedente, el Tribunal ratificó la resolución de la Comisión de Libre Competencia que estimó la existencia de ilegalidad e impuso multas a los ocho miembros del cártel por un importe total aproximado de 235.000 USD.

Algunos consideran que esta sanción fue benigna, dado que el cártel estaba constituido principalmente por grandes empresas (muchas de ellas asociadas a bancos) que vendían a consumidores cautivos (en el sentido de que el seguro es obligatorio). Por otro lado, el Tribunal observó que sólo se había efectivamente vendido a los consumidores un número muy reducido de pólizas del seguro cuyo precio estaba siendo concertado.

Con carácter general, el Tribunal tiene una tradición de reducir las multas impuestas por la Comisión de Libre Competencia, por no estar de acuerdo, por lo que parece, con el enfoque de la Comisión, que apuesta por la disuasión.<sup>18</sup> A este respecto, cabe mencionar que existe un considerable consenso en la comunidad internacional sobre la conveniencia de que las multas a los cárteles sean lo suficientemente importantes como para tener un efecto disuasivo de las conductas prohibidas, y de que esto implica que las multas deberían ascender al doble o al triple del perjuicio ocasionado por el cártel o de la ganancia ilegal obtenida por sus miembros.<sup>19</sup>

#### El Caso de los “Prácticos”

Menos controvertida, aunque a las claras más problemática, fue la forma en la que el Indecopi gestionó un caso de presuntas prácticas restrictivas de la competencia en el que estaban implicados 36 prácticos marítimos con licencia para dirigir las naves en el principal puerto de Perú, el Terminal Portuario del Callao, en Lima. Los prácticos habían prestado sus servicios tradicionalmente como autónomos o como empresas integradas por una o dos personas, pero las reformas de mercado introdujeron competencia real y redujeron drásticamente las tarifas que podían cobrar. En enero de 2001, con el fin de incrementar sus ingresos, los prácticos se agruparon en tres empresas (temiendo que una sola pudiera ser considerada un monopolio) y decidieron que una empresa administradora de prácticos “contrataría” a los 36 prácticos y que cada una de las otras dos contrataría a uno o dos de ellos. Los 36 profesionales daban la impresión de trabajar para la primera empresa, pero no existía una verdadera integración en sus operaciones; simplemente, se limitaban a cobrar el mismo precio. Las otras dos empresas sólo existían sobre el papel. Unos meses después, una nueva compañía decidió entrar en el mercado y persuadió a dos de los prácticos para que se incorporasen a ésta. Los otros 34 prácticos y su asociación procuraron impedirlo cometiendo diversas formas de acoso, entre otras una acusación penal por inducción a incumplimiento de contrato.

En febrero de 2001, la Comisión de Libre Competencia comenzó a investigar a la asociación de prácticos y a las tres empresas por presuntas prácticas de concertación de precios, y poco después Maersk Perú, S.A., una compañía que contrata los servicios de los prácticos, denunció dichas prácticas como concertación ilegal de precios y como abuso de posición dominante. La

Comisión declaró improcedente el extremo de la denuncia referido al abuso de posición dominante y Maersk interpuso un recurso de apelación. El Tribunal revocó inicialmente la decisión de la Comisión, declarando insatisfactoria su motivación, pero en diciembre de 2001, tras haber fundado la Comisión su decisión y haberse ratificado en ella, se pronunció el Tribunal de Defensa de la Competencia señalando el acierto de la Comisión al no admitir a trámite la denuncia que alegaba abuso de posición dominante. En junio de 2002, la Comisión adujo que los prácticos y su asociación habían incurrido en un supuesto de concertación de precios y que no podía encubrir su infracción de ley el hecho de que hubiesen constituido empresas. Esta resolución se basó en parte en el Caso de los Pollos, en el cual el Tribunal rechazó el argumento de las empresas avícolas de que la fijación conjunta de precios había sido tan sólo un paso hacia su fusión. Este enfoque del caso se centra en la conducta de los prácticos cuando, siendo competidores, decidieron eliminar la competencia en precio constituyendo las empresas; también podría centrarse en la conducta seguida por las tres empresas.

En abril de 2003, sin embargo, el Tribunal rectificó su decisión previa y revocó la decisión de la Comisión. El nuevo argumento del Tribunal era que, puesto que los prácticos habían constituido una sociedad y eran ahora parte de una misma empresa, su conducta no podía ser considerada constitutiva de una práctica de concertación de precios. Esta perspectiva no considera la conducta seguida por los prácticos cuando aún eran competidores (ni la seguida por las tres empresas), sino que se centra más bien en la decisión de determinación de precios adoptada por la empresa mayor. En opinión del Tribunal, el caso debería considerarse como abuso de posición dominante, y debía desestimarse debido a que la resolución anterior del Tribunal había rechazado la denuncia referida a ese extremo. En la actualidad, la Comisión de Libre Competencia instruye un nuevo procedimiento por presunto abuso de posición dominante.

Si la conducta de los prácticos queda caracterizada mejor como un cártel o como abuso de posición dominante escapa del alcance de este informe, pero el caso suscita una serie de cuestiones. ¿Por qué un caso aparentemente simple ha llevado tanto tiempo? Aun cuando las partes no estuvieran “urgiendo” una pronta resolución del caso, la demora menoscaba la reputación del Indecopi. El brusco cambio de opinión por el Tribunal respecto a la tipificación legal apropiada también melló su reputación entre la comunidad empresarial y entre otros actores que valoran que la toma de decisiones sea predecible. Se pueden alegar argumentos respetables desde cada enfoque, que incluso podrían haber sido fundamentos alternativos para una pronta decisión. En lugar de ello, dos años de litigio condujeron a la conclusión de que será preciso abrir un caso completamente nuevo para decidir sobre la conducta abiertamente contraria a la competencia de los prácticos.

Un caso reciente, importante y cerrado con éxito de concertación de precios –relacionado con el transporte terrestre– se abordó desde la Ley de Acceso al Mercado, en vez de desde la Ley de Libre Competencia, porque la concertación de precios había sido propugnada por el Ministerio de Transporte (véase el apartado 2.2, más adelante). El Indecopi conoce actualmente de un caso de gran trascendencia relacionado con una supuesta concertación de comisiones por las cuatro administradoras de los fondos de pensiones de los trabajadores peruanos. Esta conducta también fue denunciada como abuso de posición dominante, un elemento que se considerará más adelante.

#### **Recuadro B**

##### **Otros casos de acuerdos restrictivos de la competencia horizontales**

En un caso de 2000, tres empresas contratistas del sector de la construcción fueron sancionadas por concertarse para amañar licitaciones públicas. Junto con la prohibición de proseguir dicha práctica, se impuso a cada una de ellas una multa por importe de 2.000 USD (Resolución No. 017-00). El caso ejemplifica la resistencia a imponer sanciones de entidad, que parece disminuir desde 2002.

Los concesionarios de sistemas de transporte público urbano acordaron dejar de prestar servicio debido al encarecimiento de los carburantes y a la aprobación de nuevos estándares de emisiones de vehículos a motor. La denuncia contra los operadores del sistema se declaró improcedente con base en que su actuación fue simplemente una manifestación de su libertad de expresión (Resolución No. 016-00). Si el acuerdo de interrumpir la provisión del servicio fue sólo por un período breve y predefinido (como por ejemplo un día o unos pocos días), la decisión de la Comisión de considerarlo una “manifestación” no tiene nada de especial. Ahora bien, si lo acordado era aprovechar el poder económico de los concesionarios para perturbar el transporte hasta que la ciudad respaldase sus demandas, el acuerdo podría ser ilegal en, cuando menos, algunas jurisdicciones.<sup>20</sup>

Varias compañías de taxis y su asociación sectorial fueron condenadas por haber acordado incrementar las tarifas (Resolución No. 003-00). Salvo una, todas las compañías firmaron un acuerdo comprometiéndose a desistir de dicha práctica. La compañía que no firmó fue multada con 1.000 USD.

En un caso de 2003, se encontró fundada una denuncia interpuesta contra el Colegio de Notarios de Lima por fijación ilegal de precios, al haber negociado éste un convenio con el Registro Predial Urbano en virtud del cual el Registro pagaría a los notarios una comisión establecida (Resolución No. 002-03). La Comisión condenó el convenio, considerándolo comprendido bajo la regla “per se”, y el Tribunal, aplicando el enfoque anunciado en el caso de Seguros de Automóviles, lo condenó utilizando una “regla de la razón” truncada.

### 2.1.2 *Acuerdos verticales*

La lista de “prácticas restrictivas que afectan la libre competencia” del artículo 6 contiene solamente tres prácticas verticales obvias: discriminación de precios, imposición de cláusulas de atadura (“ventas atadas”) y negativa a comprar o a vender. La lista incluye acuerdos relacionados con el reparto del mercado, cuotas y calidad del producto, pero no está claro si el artículo busca incluir los acuerdos verticales en estas categorías. La lista también menciona “otras prácticas similares”, pero el significado de esta disposición tampoco es claro, en particular debido a que la relación no incluye el acuerdo vertical restrictivo de la competencia que más comúnmente se prohíbe: reservarse la fijación de los precios de reventa.

La interpretación de estas disposiciones se complica más, pero también deviene menos importante, por el hecho de que el Indecopi nunca ha aplicado el artículo 6 a una restricción anticompetitiva por acuerdo vertical. Hasta este año, la Comisión de Libre Competencia parecía haber adoptado la postura de que las restricciones verticales nunca perjudican a la competencia a menos que una de las partes tenga una posición dominante, y tenía una política no escrita pero sí reconocida de rehusar investigar las restricciones verticales al amparo del artículo 6.<sup>21</sup> A comienzos de año, la Comisión abrió el primero de tales casos, aparentemente señalando un cambio de política, pero aún no ha habido decisión y por tanto no hay indicios de cuál será el enfoque de la Comisión.

No obstante, la Comisión considera regularmente los acuerdos verticales en los casos por abuso de posición dominante. Por ejemplo, en uno de los casos por abuso de posición dominante que se resumen en el Recuadro C, el presunto abuso incluía la reserva del precio de reventa. La Comisión declaró probado que la empresa tenía una posición dominante, pero determinó que las prácticas no constituían abusos.

### 2.1.3 *Abuso de posición dominante*

La mayoría de denuncias que recibe la Comisión de Libre Competencia lo son por abuso de posición dominante, y la mayoría de ellas se resuelve sin que la Comisión se pronuncie sobre la legalidad o ilegalidad de la conducta. En los últimos cinco años, por ejemplo, la Comisión ha incoado 18 procedimientos formales, concluyendo en cinco de ellos que hubo infracción de ley. Debido al escaso número de casos, es difícil presentar una descripción matizada del enfoque del Indecopi hacia los casos típicos de abuso de posición dominante.

Tanto la Comisión de Libre Competencia como el Tribunal parecen haber adoptado ante la definición de mercado una perspectiva que es coherente con la adoptada, por ejemplo, por la Unión Europea y Estados Unidos. Aun así, a diferencia del Osiptel, el regulador encargado de hacer cumplir la ley de

defensa de la competencia en el sector de las telecomunicaciones, el Indecopi no tiene directrices ni precedentes obligatorios que condicionen su definición de los mercados ni cómo ha de valorar la existencia de posición dominante.

Uno de los primeros casos, que fue muy popular, implicaba al aeropuerto de Lima, ya que éste había ordenado el tráfico de su vía de acceso de forma que obligaba a pagar precio de estacionamiento incluso a quien simplemente iba al aeropuerto a dejar o recoger sobre la marcha a un pasajero.

En otro de los primeros casos se denunciaba a la empresa administradora de un puerto por abuso de posición de dominio al prohibir que otras empresas prestasen servicios de remolque. La denuncia por abuso se declaró fundada.<sup>22</sup>

En otro caso más reciente también se acusaba a la empresa pública encargada de un puerto de negar a una compañía acceso a las instalaciones del puerto y discriminarla de otras maneras. La Comisión desestimó la denuncia alegando que, en virtud de la Ley de Acceso a la Infraestructura Pública, los reguladores sectoriales tienen jurisdicción exclusiva sobre temas de acceso que surjan dentro de su sector.<sup>23</sup> No está claro el alcance preciso y la importancia de esta exención de la Ley de Libre Competencia.

Dos casos recientes de abuso de posición dominante han causado notable controversia. Una de las ellas afecta a si la Ley de Libre Competencia prohíbe los precios “excesivos” (o “monopolísticos”). Una diferencia entre el artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia y el artículo 82 del Tratado de Roma es que el primero no menciona la aplicación de precios excesivos como un abuso. La omisión es claramente deliberada y, aunque una disposición modificatoria del artículo introducida en 1996 añadió una referencia a “otros casos de efecto equivalente”, parece ser de aceptación general que la ley no prohibía los precios excesivos.

Cuando un congresista denunció a las administradoras de pensiones de Perú de practicar concertación de precios y de imponer precios excesivos, la Comisión aceptó la demanda por concertación de precios pero no admitió (ni rechazó explícitamente) el cargo de determinación de precios excesivos. En su lugar, parece ser que trató la denuncia como si alegara concertación de precios e imposición de cláusula de atadura, y rechazó una demanda de venta atada que nunca fue formulada. En la apelación, el Tribunal revocó la decisión de la Comisión y devolvió el caso utilizando un tenor literal que la mayoría de los expertos en materia de competencia, la comunidad empresarial y el público consideraron que implicaba que la ley *prohíbe* la imposición de precios excesivos.<sup>24</sup> El tenor empleado originó fuerte polémica porque se consideró que se había quebrantado un precedente, un indicio de los posibles controles de precios a través del Indecopi, y una señal de que el Indecopi estaba siendo controlado por el gobierno. El Tribunal finalmente emitió una aclaración en la que declaraba que su intención simplemente había sido rechazar la omisión de

la Comisión de resolver sobre la demanda de determinación de precios excesivos, pero la controversia persiste debido a que algunas personas ven la aclaración como un pretexto para retractarse de una decisión que no habían previsto sería tan contestada. Incluso aquellos que menos desconfían de la intención del Tribunal están perturbados por los que consideran decisiones que son impredecibles y que no están bien fundamentadas.

Con respecto a los fundamentos de derecho, más cuestionable es otro caso de abuso de posición dominante. El caso tiene que ver con una disputa entre la única aerolínea peruana y la sucursal de un banco en Puerto Maldonado, un pueblo aislado de la región amazónica de Perú. Tras expresarse preocupación por la posible involucración de la aerolínea en el tráfico ilícito de drogas, el banco pidió información a la aerolínea sobre el origen de sus fondos. En lugar de satisfacer la petición, la aerolínea cerró su cuenta, pero dos años después aportó los documentos requeridos y solicitó abrir una nueva cuenta. El banco denegó la solicitud; la aerolínea interpuso una demanda alegando abuso de posición dominante; la Comisión de Libre Competencia no aceptó la denuncia y el Tribunal revocó la decisión de la Comisión. El Tribunal consideró que la sucursal del banco era una “instalación esencial” y resolvió que ésta no podía negarse sin más a abrir una cuenta sin examinar la documentación aportada.<sup>25</sup>

El banco respondió abriendo una cuenta, y el impacto económico del caso es de escasa entidad, pero muchos han cuestionado que el banco pudiera ser considerado una instalación esencial (o, en cualquier otro sentido, dominante). En primer lugar, hay otro banco en el pueblo (aunque sucursal del Banco de la Nacional, que carga comisiones muy altas). Aun cuando el otro banco no fuese una alternativa realista, no se demostró que la aerolínea necesitara una cuenta en una sucursal bancaria en esa ciudad, ni se explicaron los efectos competitivos de negarse a abrir la cuenta. Para muchos, la decisión parece tener un cariz más bien regulatorio (una prohibición a los bancos de negarse a establecer relación de negocio) que sustentarse en principios de defensa de la competencia.

Actualmente hay dos importantes casos pendientes por abuso de posición dominante, uno en la Comisión y otro en el Tribunal. El caso pendiente en el Tribunal está relacionado con la denuncia de que una empresa que vende materiales de construcción ha abusado de su posición dominante al vender discriminando precios entre empresas afiliadas y no afiliadas, y supeditando la venta de cemento a la de materiales de construcción. La Comisión determinó que la compañía tiene una posición dominante, pero rechazó la demanda de abuso, al hallar que la discriminación de precios estaba justificada a la luz de los servicios prestados por las empresas afiliadas y que no existía venta atada.<sup>26</sup>



### Recuadro C

#### Otros casos de abuso de posición dominante

Se determinó que una empresa de propiedad estatal con monopolio legal para la venta legal de hojas de coca había abusado de su posición dominante al negarse a vender hoja de coca a empresas que querían venderla en bolsitas filtrantes para infusiones (Resolución No. 16-94).

Un caso más convencional implica una demanda presentada por la Sociedad Nacional de Industrias que alegaba abuso por Centromín Perú de su posición dominante en el mercado del plomo refinado utilizado para preparar óxidos de plomo. El presunto abuso consistía en una discriminación de precios. La Comisión determinó que Centromín tenía una posición dominante, pero que las prácticas no eran abusivas (Resolución No. 001-98).

En otro caso relacionado con la misma compañía (pero diferente producto), la Comisión rechazó una demanda de que Centromín había abusado de su posición dominante al decidir interrumpir la venta de zinc refinado y utilizar todo su zinc para fabricar productos de zinc refinado. La Comisión resolvió que Centromín no tenía una posición dominante (Resolución No. 013-97).

Otro caso en el cual el presunto abuso fue negarse a vender fue rechazado con el mismo fundamento. La Comisión sostuvo que Minsur, una compañía minera que era el único productor de estaño concentrado y refinado en Perú, no tenía una posición dominante debido a que se enfrentaba a una considerable competencia extranjera (Resolución No. 007-98).

El Diario Oficial de Perú, que publica los documentos legales oficiales, fue denunciado por negarse a publicar los avisos de un demandante de marcas y patentes. La Comisión determinó que tal negativa constituía un abuso, pero el Tribunal revocó la decisión de la Comisión, alegando como fundamento que la negativa era razonable (Resolución No. 007-2002).

El único transportista ferroviario de Cuzco a Machu Picchu y otro pueblo fue denunciado por abusar de su dominio al brindar servicios diferentes de los que ofrecía. La Comisión determinó que la demanda era improcedente porque no afectaba a la competencia, pero observó que la conducta podía ser condenada en virtud de la Ley de Protección al Consumidor (Resolución No. 046-2003).

La Comisión está considerando un caso que implica a Backus, una cervecería (y compañía de bebidas gaseosas) cuyas adquisiciones en los últimos años la han convertido en la única fábrica peruana de cerveza. Una de las mayores cervecerías del mundo ha presentado una denuncia, alegando que el “sistema de intercambiabilidad de envases” de Backus –en virtud del cual los compradores reciben un crédito cuando devuelven botellas y compran más– es un abuso que evita que ésta acceda al mercado a través de inversión en lugar de importaciones.

#### 2.1.4 Fusiones y adquisiciones, incluyendo la notificación previa

Como se mencionó antes, la Ley de Libre Competencia ni siquiera se aplica a fusiones o adquisiciones, haciendo de Perú uno del número cada vez menor de países sin control de fusiones. Sin embargo, Indecopi está considerando la propuesta de que la ley se aplique a dichas transacciones y crear un sistema de notificación previa a las fusiones. Esta sección examina primero el debate en Perú sobre la conveniencia de una propuesta de ese tipo, y luego explica la experiencia de Indecopi en la única área en la que Perú sí sujeta las fusiones al análisis de la legislación en materia de la competencia y a la notificación pre-fusión.

#### Debate sobre el control de fusiones en general

Aun cuando Indecopi se ha opuesto en el pasado a la creación de un sistema de control de fusiones en Perú, está claro que muchos expertos dentro y fuera de Indecopi consideran ahora necesario el control de fusiones. Dos razones explicarían este creciente interés por el control de las fusiones.

Primero, existe ahora un reconocimiento más amplio de que los viejos argumentos contra el control de fusiones son incorrectos o exagerados.

- Un viejo argumento era que el control de fusiones podría ser perjudicial en economías pequeñas y abiertas en las cuales las empresas nacionales pueden necesitar acometer fusiones para lograr economías de escala y competir con eficacia contra empresas extranjeras. Este argumento ha sido desacreditado, y en general se reconoce que el control de fusiones no evita tales fusiones.<sup>27</sup>
- También se afirmaba que los sistemas de notificación pre-fusión imponen altos costes sobre gobiernos y empresas. De hecho, tales sistemas pueden ser costosos, pero el coste puede ser minimizado fijando umbrales altos para la exigencia de comunicación de información. Además, algunos países reducen aún más los costes prohibiendo fusiones contrarias a la competencia, pero sin establecer sistemas de notificación previa.
- El tercer argumento tradicional contra el control de fusiones en Perú era que, dado que el análisis de fusiones es particularmente complejo, hay un riesgo desproporcionado de que las autoridades en materia de competencia tomen decisiones incorrectas. La premisa de este argumento es cuestionable, y en todo caso el argumento ha perdido en buena parte cualquier validez que tuviera ahora que Indecopi lleva operando más de diez años y tiene cierta experiencia en análisis de fusiones.
- El cuarto y último argumento es que la complejidad del análisis de fusiones permite una discrecionalidad que puede utilizarse para controlar la economía en formas incompatibles con el programa de reformas económicas. Por

ejemplo, el gobierno podría bloquear fusiones que no fueren de su agrado con el pretexto de que probablemente sean anticompetitivas. Dada la historia de control gubernamental de Perú y su compromiso aparentemente incompleto con la reforma económica liberal, es comprensible que los reformadores peruanos sean particularmente sensibles a este riesgo. Sin embargo, debe recordarse que este riesgo existe en todos los países y que la experiencia internacional proporciona métodos para abordarlo. La interferencia política generalmente se combate dando autoridad para tomar decisiones a agencias cuasi-judiciales independientes o al poder judicial, implementando procedimientos transparentes y políticas basadas en principios, y proveyendo la revisión judicial de casos particulares y la supervisión legislativa de las políticas de la agencia.

Segundo, se han realizado numerosas fusiones en Perú desde finales de los noventa, y algunas de ellas suscitaron no poca inquietud en cuestiones de competencia.

- En los últimos años, el número de empresas que administran fondos de pensiones se ha reducido de siete u ocho a cuatro, y ahora estas empresas han sido acusadas de concertación de precios. No se han hallado pruebas de ello, pero la colusión es más fácil con cuatro empresas que con siete u ocho.
- Una sola cervecera ha adquirido recientemente todas las otras cerveceras de Perú y está ahora acusada de abusar de posición dominante en el mercado cervecero. No se han hallado pruebas de dominio o abuso, pero sin algunas de estas fusiones, no habría existido posibilidad de dominio.
- Telefónica, el monopolio proveedor de telefonía fija de Perú, recientemente adquirió BellSouth, una de las principales empresas de telefonía móvil del país. La ausencia de control de fusiones en Perú significa que no hay oportunidad de considerar si esta adquisición afectará a los consumidores peruanos y a la economía peruana en su conjunto.

Es digno de mencionarse que la legislación en materia de competencia en Argentina, que fue el principal modelo latinoamericano para la ley peruana, no se aplicaba originalmente a las fusiones. Argentina añadió control de fusiones a su ley en 1999, después de que una fusión de Carrefour con otra firma francesa le diera el 70 por ciento del mercado en una ciudad argentina. Sin ninguna provisión de control de fusiones, Argentina no tenía forma de defender los intereses de sus ciudadanos. Lo mismo cabe decir de Perú.

### Control de fusiones en el mercado eléctrico

Desde 1996, Perú ha contado con una ley separada aplicable a fusiones y adquisiciones en el sector eléctrico.<sup>28</sup> Se ha sugerido que esta ley se promulgó “debido a razones políticas relacionadas con el hecho de que productores

chilenos suministran una parte importante de la electricidad en Perú”.<sup>29</sup> La ley prohíbe fusiones que tengan la posibilidad de dañar la competencia en el mercado eléctrico y mercados relacionados, definiendo “fusión” de una forma aparentemente convencional, salvo por una provisión que excluye todas las adquisiciones de acciones que no resulten en “control” de otra compañía.<sup>30</sup> Las fusiones incluyen adquisiciones de activos estatales que estén siendo privatizados, haciendo de ésta la única área en la cual Indecopi tiene un papel importante en el proceso de privatización. La ley contiene una lista exhaustiva y convencional de los factores que la Comisión de Libre Competencia debe considerar al tomar su decisión, y autoriza a la Comisión a prohibir fusiones anticompetitivas o a autorizar fusiones propuestas sujetas a condiciones que den cuenta de las preocupaciones en materia de competencia de la Comisión.

La ley también establece un sistema de notificación previa. Todas las concentraciones empresariales deberán notificarse, a menos que (a) una fusión horizontal no resulte en que una firma tenga una cuota de mercado igual o superior al 15 por ciento; (b) una fusión de integración vertical no resulte en que una firma tenga una cuota de mercado igual o superior al 15 por ciento; (c) la fusión incluya la adquisición de activos cuyo valor sea inferior al 5 por ciento de los activos totales de la forma adquirente; o (d) la fusión dé a la firma adquirente menos del 10 por ciento de las acciones de la adquirida. Las exclusiones basadas en la cuota de mercado se critican con frecuencia porque permiten a las partes definir el mercado y pueden, por tanto, permitirles evitar la notificación. Sin embargo, este puede ser un problema menor cuando se trate de empresas reguladas. El bajo umbral de notificación para las fusiones verticales aparentemente refleja la creencia extendida en Perú de que en la actualidad hay demasiada integración vertical en el sector de la electricidad.

La ley especifica cierta información que las partes han de presentar, y la Comisión ha elaborado un cuestionario que debe cumplimentarse y remitirse en el marco de la notificación. A continuación, la Comisión tiene cinco días para determinar si la notificación está completa y, una vez expirado este plazo o corregidas cualesquiera deficiencias, dispondrá de 30 días para tomar una decisión. En casos particularmente complejos, el plazo podrá ampliarse en diez días adicionales. Durante este proceso, la Comisión puede exigir a las partes que faciliten información adicional y requerir a instituciones públicas que aporten estudios u opiniones, pero los plazos finales de la Comisión no se ampliarán hasta tanto no se presente dicha información. Las partes se exponen a multas en caso de facilitar información “inexacta” en sus notificaciones, y a multas por importes mucho mayores por fusionarse sin la autorización de la Comisión o por no cumplir las condiciones impuestas por ésta.

Las notificaciones previas a una fusión irán acompañadas del pago de una tasa administrativa que ascenderá al 0,1 por ciento del valor de la transacción, hasta un máximo de unos 45.000 USD. Desde 1992, la Comisión ha recibido

8 notificaciones, y los derechos (y una multa) que las acompañaron han sido muy importantes para Indecopi vistos sus problemas generales de recursos y su estatuto de institución en gran parte (ahora completamente) autofinanciada.

Seis de las notificaciones de fusión recibidas por Indecopi estaban relacionadas con privatizaciones. Una reciente privatización se canceló debido a protestas de la población local, que tiende a apoyar las políticas de corte izquierdista de la década de los ochenta. En el caso de otra transacción notificada, se determinó que quedaba fuera de la jurisdicción del Indecopi. Las otras cuatro adquisiciones se autorizaron sin condiciones. Un experto internacional ha cuestionado la conclusión del Indecopi de que estas fusiones no fueron anticompetitivas porque redujeron el índice HHI, haciendo notar que, dada la gran cuota de mercado del Estado, cualquier privatización tendría este efecto.<sup>31</sup> Las adquisiciones han aumentado el índice HHI si uno considera solamente las empresas de propiedad privada. Con todo, el Indecopi defiende su metodología.

#### **Recuadro D**

##### **Una muestra de casos de fusión sometidos al Indecopi**

A finales de los noventa, dos fusiones internacionales aumentaron el nivel de concentración vertical en el sector eléctrico peruano. La Comisión multó a las partes por importe de unos 120.000 USD por no haber notificado inicialmente la transacción, pero autorizó las fusiones imponiendo dos requisitos diseñados para minimizar los problemas que pudiera causar la integración. Un requisito fue que, en ciertas circunstancias, una de las empresas generadoras se abstendría de votar en una asociación del sector sobre la asignación y precios de transferencia de la electricidad. Las condiciones que activan este requisito no se han materializado. El segundo requisito fue que la compañía distribuidora adquiriera electricidad a través de licitación pública abierta a todas las compañías generadoras (Resolución No. 012-99). El regulador del sector energético, Osinerg, parece supervisar el cumplimiento de este requisito.

Una oferta pública de acciones en una empresa de generación de electricidad resultó en una fusión vertical que la Comisión consideró irreprochable y autorizó sin imponer ninguna condición (Resolución No. 31-2001).

Una más reciente adquisición de una empresa de generación de electricidad constituyó una fusión horizontal que la Comisión autorizó sin imponer ninguna condición (Resolución No. 20-2002).

Hace aún menos, Perú privatizó dos importantes empresas de transporte de electricidad, una de las cuales operaba en el sur, la otra en el norte. La firma que adquirió estas empresas estaba ya en el negocio del transporte de electricidad, pero la Comisión autorizó la transacción sin condiciones (Resolución No. 16-2002).

Las otras dos fusiones que Indecopi consideró fueron transacciones internacionales no notificadas originalmente, pero que el Indecopi finalmente autorizó con condiciones. El Recuadro D contiene información adicional sobre algunos de los casos de fusión sometidos al Indecopi.

## 2.2 *La Ley de Acceso al Mercado*

Aun cuando muchos países no incluyen en sus leyes de defensa de la competencia ninguna prohibición exigible sobre impuestos, actividades o regulaciones del gobierno contrarias a la competencia, dichas prohibiciones (de alcance variable) se contienen en las leyes generales de competencia de Rusia, México y otros países, así como en el Tratado de Roma. En Perú, dichas prohibiciones están incluidas en el Decreto Legislativo 807, que se aplica a regulaciones y otras actividades, y en el Decreto Legislativo 776, que se aplica a impuestos que limitan el acceso al mercado. La vigilancia del cumplimiento de ambas leyes es actualmente competencia de la Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi.<sup>32</sup> Dicha facultad ejecutiva significa que el Indecopi ha podido en ocasiones imponer reformas regulatorias favorables a la competencia que la mayoría de autoridades en materia de competencia sólo puede recomendar.

La Comisión recibió originalmente autorización para tomar decisiones administrativas que anulasen barreras gubernamentales al acceso al mercado, y sus decisiones fueron una parte importante de la misión principal del Indecopi en materia de defensa de la competencia, tanto en forma directa (al aumentar la eficiencia) como indirecta (al mostrar a la comunidad empresarial que la política de competencia puede ser buena para los negocios). Sin embargo, en octubre de 2001 le fue retirada a la Comisión la facultad administrativa para prohibir regulaciones. La Comisión podía y de hecho continuaba analizando regulaciones y abogando por la reforma de aquellas que encontraba injustificadas, pero empezó a recibir menos denuncias y sus recomendaciones eran con frecuencia ignoradas. En julio de 2003, una nueva ley restableció algunas de las facultades de la Comisión. Actualmente, la Comisión puede emitir informes declarando que ordenanzas municipales o regionales, y ciertas órdenes ministeriales, representan barreras injustificadas de acceso al mercado. Los informes se envían al concejo competente, sea Municipal o Regional, o al Consejo de Ministros. Si el concejo no responde en 30 días, la ordenanza es automáticamente derogada. Si el concejo toma una decisión para retener la restricción, la Comisión puede iniciar una acción legal para requerir su eliminación.

Este nuevo sistema parece ser una forma constructiva de proporcionar a los responsables en temas de competencia facultades que van más allá de la “simple” defensa de la competencia, al tiempo que concede a los reguladores

una oportunidad de defender sus normativas públicamente y en los tribunales. Además, el sistema parece estar funcionando bien. Entre julio de 2003 y marzo de 2004, la Comisión ha emitido 46 informes. En 44 casos, el informe llevó a la supresión de la norma, casi siempre por inacción del concejo, pero en un caso debido a que el Consejo de Ministros eliminó oficialmente la norma. Hubo dos decisiones de concejo para retener normas, y en ambos casos la Comisión emprendió una acción legal contra ellos.

Como se explicó en el examen inter pares de Rusia durante la reunión del Foro Global de Competencia de la OCDE en febrero de 2004, las leyes que contienen prohibiciones exigibles sobre regulaciones anticompetitivas deben prever algún medio de tomar en cuenta las necesidades gubernamentales que la regulación pretendía satisfacer. En Perú, hay un marco legislativo para este análisis.

Primero, la Comisión de Acceso al Mercado examina si la regulación es “legal”, en el sentido de estar comprendida en la facultad normativa del organismo oficial que la promulga. Si no es así, la regulación puede ser censurada sin ulterior análisis. Por ejemplo, el Ministerio de Trabajo cobraba a las empresas una tasa por procesar información a cuyo envío les requería. La Comisión de Acceso al Mercado encontró que la tasa no estaba autorizada, ya que la ley peruana prohíbe a todos los organismos públicos cobrar tasas salvo para cubrir los costes de servicios que provean a quienes les exijan su pago.

Segundo, si una regulación está comprendida en la facultad normativa del organismo oficial, la Comisión examina si ésta es “racional”, en el sentido de estar razonablemente relacionada con sus fines. Por ejemplo, la Comisión anuló el requisito de que la fibra de algodón importada a Perú fuese fumigada en cámaras de vacío, ya que encontró que la fumigación a presión atmosférica era igualmente eficaz y significativamente menos costosa.

Por razones obvias, los desafíos a las regulaciones oficiales pueden causar problemas políticos. Es por tanto notable que el Indecopi haya tenido éxito en desafiar varias acciones tanto de Ministerios como de municipalidades. Por ejemplo, eliminó una variedad de barrera no arancelaria al comercio impuesta por el Ministerio de Agricultura y otros organismos.<sup>33</sup> También anuló la exigencia de que los exportadores pagaran una tasa por hacer que el Ministerio de Industria les revisara sus recibos.<sup>34</sup> Dado que el Indecopi era en ese momento oficialmente parte del Ministerio de Industria, esta acción ilustra la autonomía que una vez tuvo. Sin embargo, los casos de la Comisión no han sido siempre tan exitosos. En un caso de oficio, la Comisión decretó que el Ministerio de Economía y Finanzas cobraba ilegalmente derechos por emitir y renovar pasaportes por encima de sus costes.<sup>35</sup> Aun cuando el caso legal prosperó, una legislación especial revirtió el resultado.

La Comisión de Acceso al Mercado también puede conocer de medidas oficiales que provocan conductas anticompetitivas por parte de las empresas. En un importante caso reciente, la Sociedad Nacional de Industrias presentó una denuncia cuestionando regulaciones del Ministerio de Transporte que en esencia fijaban precios de mercado para el transporte terrestre de mercancías. Existen importantes problemas en este mercado, debido en parte a que operan empresas “informales” con conductores no autorizados, no registrados y con vehículos inseguros, etc., pero también debido a la indolencia en la exigencia del cumplimiento de las normativas sobre seguridad y de otro tipo a empresas formales. En cualquier caso, el sector informal obviamente tiene ventajas en costes sobre las empresas legales, y la respuesta del Ministerio fue fijar precios. En principio, esta directiva podía ayudar a los transportistas legales al aumentar sus tarifas, pero también permitiría que los transportistas informales aumentaran las suyas e impusieran costes innecesarios e injustificados tanto a las empresas peruanas que contratan transportistas como a los consumidores peruanos en general. La Comisión encontró que la directiva era tanto no autorizada como irracional, y la decisión fue confirmada por el Tribunal.<sup>36</sup> El caso ilustra la importancia del trabajo del Indecopi al revelar (i) el fracaso del Ministerio de Transporte en considerar principios de política de competencia y (ii) la gran escala de algunas de las barreras que han sido eliminadas.

Numerosos casos del Indecopi han tenido por objeto impuestos menores, pero claramente anticompetitivos e ilegales, sobre el comercio interregional y el uso de vías públicas. Además, muchos casos han incluido intentos por parte de las municipalidades de imponer costes ilegales sobre empresas de servicios públicos por instalar postes para cableado eléctrico o de telecomunicaciones.

El Indecopi ha aplicado también la Ley de Acceso al Mercado para obligar a las administraciones públicas a volverse más transparentes. La ley peruana exige que cada administración pública tenga TUPAs (Textos Únicos de Procedimientos Administrativos) públicamente disponibles: descripciones por escrito de lo que alguien debe hacer para conseguir que la administración actúe dentro de su campo de competencia. Un TUPA podría, por ejemplo, recoger toda la información que debe enviarse para solicitar una licencia para constituir una empresa, explicar cómo se analiza la información, establecer qué costes están incluidos y estimar en qué plazo cabe esperar una decisión. Al comienzo, el Indecopi desplegó una notable actividad para intentar obligar a las administraciones públicas a redactar TUPAs y a ponerlas a disposición del público, así como impugnando requisitos anticompetitivos contenidos en los TUPAs. Existe la impresión de que el Indecopi abandonó por un tiempo tan útil labor, pero éste insiste en que el programa continúa operativo (aun cuando el personal de la Comisión ha quedado reducido a sólo tres personas).

Un destacado caso local se planteó cuando la municipalidad de Lima exigió el requisito de que todos los autobuses y “combis” (minibuses que en



teoría recorren rutas fijas pero solapadas y se detienen en cualquier parte para recoger pasajeros) debían utilizar las terminales de la municipalidad. Antes, muchas empresas en este negocio (algunas, individuos que habían comprado un solo autobús o minivan) habían creado, por su cuenta o colectivamente, sus propias estaciones terminales, y la nueva regla de Lima iba a convertir dicha inversión en inútil y perjudicar a las empresas con terminales particularmente ventajosas. La Comisión concluyó que la Ley de Municipalidades de Perú autorizaba a la municipalidad de Lima a asignar rutas obligatorias y a regular la creación de terminales de empresas a través de procedimientos de zonificación y licencia, pero no la autorizaba a obligar a usar *sus* terminales. Puesto que la regla excedía de la autoridad de la municipalidad, era ilegal.<sup>37</sup>

Los casos de acceso al mercado son más complejos cuando implican determinar si una regulación autorizada guarda relación razonable con su objetivo legítimo. Durante la década de 1990, la Comisión era aparentemente muy estricta al aplicar esta parte de la prueba, dando relativamente poco peso a los objetivos regulatorios de los organismos públicos. En un conocido caso de 1997, por ejemplo, el Indecopi anuló una ordenanza municipal que requería que los taxis fuesen pintados de amarillo. La mayoría de los países considera que en el mercado del taxi se dan fallos de mercado que requieren alguna regulación para proteger a los consumidores, y la ordenanza habría provisto dicha protección. Sin embargo, el Indecopi condenó el requisito como barrera “irracional” de acceso al mercado debido a que (a) el coste del repintado habría sido prohibitivo para algunos conductores y (b) habría evitado el uso de vehículos familiares como taxis a tiempo parcial.<sup>38</sup> Aunque el caso ha sido citado como prueba de cómo las múltiples funciones del Indecopi permiten un enfoque equilibrado que reconoce los puntos de vista del consumidor y de la competencia,<sup>39</sup> también se critica como ejemplo de un enfoque excesivamente simplificado y antigubernamental asociado con la Escuela de Chicago. Un enfoque más matizado, por ejemplo, podría haber permitido una introducción gradual de la regulación para reducir costes y podría haber eximido a los vehículos familiares utilizados como taxi a tiempo parcial.

Más recientemente, se piensa que la Comisión ha adoptado un enfoque más equilibrado y toma más claramente la iniciativa. En el período 1993-1998 tramitó 265 casos, el 93 por ciento de los cuales implicó denuncias y el 7 por ciento fue de oficio. Hoy, cerca del 50 por ciento de los casos son de oficio.

### ***2.3 Las leyes sobre publicidad engañosa y competencia desleal***

De la administración de las normas que prohíben la competencia desleal<sup>40</sup> y la publicidad engañosa<sup>41</sup> vela la Comisión de Represión de la Competencia Desleal del Indecopi. Su vigilancia consiste principalmente en procedimientos para resolver disputas entre dos o más empresas; hay muy pocas actuaciones

de oficio al amparo de supuestos de competencia desleal y sólo algunas más de supuestos de publicidad engañosa. Más aún, dado que formular una demanda ante la Comisión de Competencia Desleal cuesta unos 180 USD, los consumidores rara vez recurren a ésta, lo que tiene su importancia, siendo así que a esta Comisión se reserva la jurisdicción exclusiva sobre los casos de publicidad. Una parte creciente del trabajo de la Comisión de Competencia Desleal implica casos de publicidad, pero en 2003 los casos de competencia desleal aún representaban el 55 por ciento del trabajo de la Comisión.

Las Normas de la Publicidad en Defensa del Consumidor suelen aplicarse a las denuncias de publicidad falsa o engañosa. Las disputas de competencia desleal estarían comprendidas en cuatro categorías principales, con tres de ellas relacionadas de una forma u otra con realizar manifestaciones falsas o engañosas. Una categoría importante es la de “hacer pasar por” cuando ello no implica la infracción de una marca registrada (cuando afecta a una marca registrada, el caso lo lleva la Oficina de Signos Distintivos del Indecopi). Otras formas de engaño (por ejemplo, manifestaciones falsas sobre el origen o el contenido de un producto) constituyen una segunda categoría importante. Manifestaciones falsas sobre una firma o producto es la tercera categoría principal de casos. La cuarta categoría –abuso de secreto industrial e inducción a incumplimiento de contrato– no tiene muchos casos.<sup>42</sup>

Como es generalmente el caso en otros países, la competencia desleal y la publicidad falsa o engañosa son ilegales en Perú, sin importar si la conducta tiene algún efecto sobre el mercado como un todo. Más aún, muchos de los casos de la Comisión son esencialmente conflictos privados. Sin embargo, las actividades de la Comisión hacen una valiosa contribución a las reformas de mercado de Perú, al ayudar a establecer las “reglas del juego” y desalentar formas de conducta que merman la confianza del público en el mercado.

Una de las sinergias de combinar el trabajo sobre competencia desleal (y protección al consumidor) con la vigilancia de la competencia consiste en que el primero es un recordatorio de que el funcionamiento de los mercados no es perfecto, y la segunda lo es de que las regulaciones diseñadas para proteger a las empresas o consumidores individuales pueden causar más perjuicio que beneficio si restringen innecesariamente la actividad empresarial. Un contexto en el que se han planteado estos asuntos en el Indecopi está relacionado con la aplicación a la publicidad comparativa de las restricciones que establecen las Normas de Publicidad.

El enfoque original de Indecopi se estableció en la década de los noventa en un caso que trataba sobre un anuncio en el que se afirmaba que un producto era “más suave” y brindaba “más protección” que otro. La Comisión de Competencia Desleal consideró dichas manifestaciones como apreciaciones subjetivas lícitas que no inducirían a confusión a un consumidor razonable. El

Tribunal adoptó un enfoque diferente, sosteniendo que los anuncios no son comparativos dentro del significado de la ley a menos que hagan afirmaciones objetivas. Dado que la parte dispositiva especial de la ley sobre publicidad comparativa no era aplicable, el anuncio debería ser analizado como un anuncio “común”, es decir que era legal a menos que se considerara engañoso. El Tribunal coincidió con la Comisión en que el anuncio no era engañoso, y declaró infundada la denuncia.<sup>43</sup> La teoría fundamental bajo ambos enfoques era que la publicidad promueve la competencia, y no debe prohibirse a menos que sea falsa o engañosa.

Aunque una enmienda en 1997 supuestamente codificó dicho enfoque “americano”, un caso reciente del Tribunal se encuadra aparentemente en el intento de éste por realinearse con un modelo europeo. El anuncio en cuestión mostraba personas bebiendo una bebida gaseosa oscura y exclamando cuánto les gustaba Coca Cola, sólo para que se les dijera que en realidad estaban bebiendo Perú Cola. El Tribunal halló que el anuncio infringía las Normas de la Publicidad y emitió un precedente de observancia obligatoria declarando que las afirmaciones comparativas subjetivas son esencialmente ilícitas per se; es decir, presentan un riesgo inherente de “confusión” y son por tanto ilícitas, sin necesidad de probarse que sean falsas o engañosas.<sup>44</sup> Aparentemente, esta decisión parece consistente con la última directiva de la Unión Europea.<sup>45</sup>

Un aspecto interesante de este caso es que, con arreglo al menos a algunos criterios, la afirmación publicitaria no era subjetiva. La afirmación implícita del anuncio puede ser vista como que un importante número de peruanos no distingue al gusto la diferencia entre Coca Cola y Perú Cola. Dicha afirmación no es ni subjetiva ni no verificable. Perú Cola de hecho no ofreció encuesta alguna ni otra prueba que respaldase la afirmación, y la afirmación podría justificablemente ser censurada por falsa. Sin embargo, al tratar la afirmación como subjetiva, el Tribunal aparentemente tornó irrelevante la veracidad de ésta. A medida que desarrolle su enfoque en este ámbito, el Tribunal deberá considerar que combinar una prohibición esencialmente per se de difundir comparaciones subjetivas con una visión expansiva de lo que es subjetivo podría conducir a decisiones que perjudicasen la competencia al prohibir afirmaciones que sean verificables, verificadas y no engañosas.

#### **2.4 La Ley de Protección al Consumidor**

La Ley de Protección al Consumidor<sup>46</sup> peruana la aplica la Comisión de Protección al Consumidor del Indecopi. Aun cuando esta ley no regula la publicidad falsa o engañosa, en otros aspectos su alcance es bastante amplio. La ley establece un amplio rango de derechos de los consumidores, incluido el derecho a una protección eficaz frente a productos insalubres y peligrosos, y de obligaciones de los proveedores, incluyendo la obligatoriedad de emitir una

factura en toda transacción; mostrar precios; mantener listas de precios y ponerlas a disposición de los consumidores cuando lo pidan; advertir a los consumidores de posibles problemas para obtener prontamente repuestos o accesorios; brindar servicios diligentemente; proporcionar información suficiente sobre productos y servicios; asegurarse de que los productos de manufactura extranjera tengan la información de garantías y advertencias en idioma castellano; hacer reparaciones, reemplazos o reembolsos de productos defectuosos, y compensar a los consumidores por daños causados por servicio inadecuado. También regula la concesión de crédito al consumidor.

La Secretaría Técnica de la Comisión de Protección al Consumidor dedica gran parte de su tiempo a gestionar consultas informales de consumidores y empresas. Además, en 2003 intervino en 4.700 conflictos en los que aplicó el procedimiento de conciliación informal, resolviéndose en forma satisfactoria el 80 por ciento de éstos. Los consumidores pueden iniciar procedimientos formales ante la Comisión presentando una denuncia y pagando un derecho de unos 9 USD; en 2003 se presentaron 1.150 denuncias. Estas 1.150 denuncias, más 50 asuntos investigados de oficio, produjeron un total de 1.200 procesos en 2003. La Comisión se declaró incompetente para conocer del caso en 216, resolvió 300 por conciliación después de presentada la denuncia y 684 casos requirieron resolución formal. De éstos, en 264 casos se declaró infundada la denuncia y en 420 casos se concluyó la existencia de conducta ilegal.

Entre los innovadores proyectos de protección al consumidor de Indecopi en los noventa estuvo una campaña contra la discriminación racial en los clubes nocturnos de Lima.<sup>47</sup> Indecopi empezó la campaña recopilando y publicando información, e inició procesos –e impuso multas– sólo después de que una organización de consumidores denunciase a empresas que rehusaron cambiar voluntariamente sus políticas. La campaña fue popular y exitosa, pero para los propósitos actuales merece especial atención el análisis de política de la competencia que subyace a la campaña. Obviamente, la desigualdad de oportunidad para participar en actividades empresariales distorsiona mercados y bloquea la eficiencia, pero Indecopi amplió esta consideración y razonó que los mercados y la eficiencia también resultan perjudicados cuando el valor del dinero depende del color de piel de su propietario. Además del perjuicio inmediato de esta ineficiencia, dicha discriminación racial impide el desarrollo de una cultura de la competencia al hacer que la gente confíe menos en poder beneficiarse de reformas inspiradas en la economía de mercado.

Otra iniciativa más típica de protección de los consumidores implicó la recopilación y publicación de información sobre tiempos de espera promedio de los consumidores haciendo cola para cobrar un cheque en el banco. El resultado fue una mayor demanda de servicio rápido por los consumidores y una mayor competencia entre bancos.

Como en otras áreas, Indecopi era inicialmente muy reticente a implicarse en exigir el cumplimiento de la ley. Por ejemplo, lanzó un programa en el que miembros de su personal iban a mercados y ofrecían volver a pesar la carne u otros productos que los consumidores acabaran de comprar. El programa ayudó directamente a algunos consumidores y le proporcionó una publicidad muy beneficiosa, pero algunos cuestionaron si la política de Indecopi de no inspeccionar las balanzas de los vendedores y multar a los “tramposos” había renunciado a otro útil elemento de disuasión. Recientemente, el Indecopi y la Comisión se han orientado más hacia la facultad de hacer cumplir la ley, aun cuando la resolución de conflictos continúe recibiendo mayor atención.

Parece que la movilización de los consumidores en Perú está aún en una etapa temprana de desarrollo. Una organización de consumidores, ASPEC, parece ser seria y activa en trabajar para ayudar a los consumidores a conocer sus derechos y protegerlos en una economía de mercado, pero muchas otras agrupaciones de consumidores combinan algunas actividades valiosas con la promoción de agendas políticas o personales. Se piensa que el Indecopi es útil, pero que hace demasiado poco y trabaja muy lentamente, pese a afirmar la Comisión de Protección al Consumidor que la duración promedio de sus procesos es actualmente de sólo dos meses. Algunas de las preocupaciones expresadas por organizaciones de consumidores parecen reflejar un deseo de que el Indecopi proteja a los consumidores de formas que pueden estar fuera de su mandato orientado al mercado.

#### **2.4 Reglamentos internos antidumping y sobre salvaguardias**

La Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios (Antidumping) del Indecopi es, como su nombre sugiere, responsable de elaborar las normas reglamentarias en materia antidumping y de salvaguardias de Perú. En casos antidumping, determina si se produce dumping ilegal comparando los precios nacionales y de exportación de empresas extranjeras, calculando el margen de dumping y, en su caso, valorando en qué medida resultan perjudicadas las empresas nacionales por el dumping. Si concluye que existe dumping ilegal, la Comisión establece un arancel de importación adicional recomendado que eleve el precio del producto hasta hacerlo retornar a su “valor normal”. La Comisión adopta dichas decisiones de común acuerdo con una delegación del Ministerio de Economía y Finanzas<sup>48</sup> y, si bien la Comisión tiene autonomía para decidir en casos particulares, debe consultar con el Ministerio en cuestiones de política, incluidos los reglamentos que aplica en estos casos.

Esta delegación de la facultad de adopción de decisiones en el Indecopi es muy inusual. Funcionarios y expertos en política de la competencia tienden a oponerse al proceso antidumping basándose en que condena precios que son bajos pero no predatorios, protegiendo así a los productores nacionales pero

también perjudicando a los consumidores nacionales (individuos, empresas y organismos públicos). Adicionalmente, creen que los procesos antidumping pueden conducir a cárteles en mercados antes competitivos. Las normas de la OMC conceden a los países cierta libertad de acción sobre la forma de hacer los distintos cálculos involucrados en casos antidumping, y los principios de la política de competencia buscan asegurar que los países utilicen enfoques que minimicen el perjuicio que los procesos antidumping causan a consumidores y a la economía en su conjunto.

Aparentemente, el sistema peruano provee una oportunidad para que se dé a las consideraciones de competencia cierto peso, quizá incluso sustancial, en varias etapas de los procesos antidumping. Durante los noventa, el enfoque de Perú hacia el antidumping buscaba minimizar los efectos anticompetitivos del antidumping de varias formas, como rehusando adoptar algunas políticas y procedimientos autorizados por la OMC y requiriendo a los demandantes que probasen de forma estricta el perjuicio y la relación de causalidad. A partir de 1998 se produjo un drástico aumento de procedimientos antidumping, lo que no sorprende dadas las dificultades económicas de Perú y la creciente presencia de China en la economía mundial. El número de casos continuó al alza hasta 2003, año en que registró una notable disminución.

La intervención del Indecopi en asuntos de antidumping parece seguir promoviendo hasta cierto punto la competencia, pero el sistema ha sufrido algunos altibajos.

- Como se ha mencionado, a comienzos de la presente legislatura renunciaron de improviso todos los Comisionados Antidumping del Indecopi y fueron reemplazados por un nuevo equipo, presidido por un ejecutivo petrolero que mantenía una destacada posición en la Sociedad Nacional de Industrias. Poco después, la Secretaría Técnica de la Comisión hizo otro tanto. Existe la convicción generalizada de que la renuncia y sustitución de comisionados fue resultado de la presión ministerial, y de que la renuncia de la Secretaría Técnica lo fue en protesta contra las políticas de los nuevos Comisionados.
- Las controversias sobre la Comisión y entre ésta y la Secretaría Técnica parecen haber ido a menos, y está claro que la actual Secretaría se inclina por apoyar las consideraciones competitivas. Además, la presión ministerial parece haber cesado, quizá porque el Indecopi rinde cuentas ahora a la Presidencia del Consejo de Ministros en lugar de al Ministerio de Industria.
- Sin embargo, como resultado de cambios en su composición, el Tribunal de Defensa de la Competencia se tiene ahora por más partidario del proceso antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas, e incluso que el propio Ministerio de Comercio. Ciertamente, a instancias del Indecopi, Perú ha adoptado reglas más afines a políticas y procedimientos autorizados por

la OMC que facilitan los casos antidumping. Nada hay improcedente en las acciones del Indecopi, pero como cuestión de política los responsables de competencia tienden a ver el proceso antidumping como anticompetitivo y no abogan por aumentar su eficacia.

### ***2.5 Normas Técnicas y de Acreditación***

La Comisión de Reglamentos Técnicos y Comerciales opera bajo la forma de Organismo Nacional de Normalización, competente para aprobar normas técnicas (voluntarias) y reglamentos (obligatorios) con arreglo a la ley peruana y a las normas de organismos supranacionales como la OMC.<sup>49</sup> Por ejemplo, la Comisión busca asegurar que en el proceso de normalización participen representantes de productores, consumidores y organismos públicos, y que las normas técnicas no creen barreras a la entrada al imponer criterios de diseño en lugar de criterios de rendimiento. Además administra el sistema nacional de acreditación, evaluando, autorizando y supervisando la actuación de las entidades de certificación. También supervisa el cumplimiento de las normas de la OMC en materia de salud y seguridad que puedan constituir barreras técnicas al comercio.

Las normas técnicas nacionales pueden promover la competencia al reforzar la confianza de los consumidores y los estándares internacionalmente aceptados pueden hacer otro tanto al incrementar la compatibilidad técnica. Por otro lado, las normas técnicas pueden ser anticompetitivas, impidiendo el acceso al mercado de productos nuevos o alternativos. Por consiguiente, las actividades supervisadas por la Comisión tienen algunas consecuencias relacionadas con la competencia, pero su trabajo es básicamente técnico y no implica normalmente aplicar principios de política de competencia.

### ***2.6 Las leyes sobre la Propiedad Intelectual***

Las leyes peruanas sobre propiedad intelectual fueron revisadas en 1991, debido a que el gobierno creía que era necesario tener leyes y mecanismos de cumplimiento sólidos para atraer la inversión extranjera directa que ayudaría a crear crecimiento económico.<sup>50</sup> El Indecopi hace cumplir estas leyes a través de tres oficinas, que son funcionalmente las mismas que sus comisiones, salvo en que cada una está encabezada por un solo individuo. La Oficina de Signos Distintivos promueve el registro de marcas, las registra y resuelve conflictos relacionados con marcas registradas. La Oficina de Derechos de Autor y la Oficina de Patentes realizan actividades similares en sus respectivos ámbitos.

El Indecopi ha promovido el respeto a la propiedad intelectual y de forma competente estableció procedimientos para resolver denuncias presentadas por individuos y empresas, con el resultado de más registros y menos piratería. En

2000, el porcentaje de piratería de software informático había caído del 85 al 60 por ciento, y los de piratería de películas y música eran del 50 y 85 por ciento, respectivamente.<sup>51</sup> Como en otros campos, sin embargo, el Indecopi recibió críticas por no ser más agresivo en exigir el cumplimiento de la ley. La crítica de un comentarista sobre el Tribunal de Defensa de la Propiedad Intelectual en 1999 es muy similar a lo afirmado por otros respecto al Tribunal de Defensa de la Competencia:

“[Este] es considerado técnicamente capaz..., si bien quizá no lo bastante guiado por el enfoque judicial orientado a la disuasión y demasiado impregnado de la cultura administrativa del Indecopi.”<sup>52</sup>

Los porcentajes de piratería parecen haber seguido cayendo. Actualmente, el Indecopi participa en una amplia y agresiva campaña contra la piratería.

### 2.7 *La ley de Salida del Mercado*

La Comisión de Salida del Mercado se constituyó para proporcionar una alternativa más eficiente y menos corrupta al proceso de quiebra judicial.<sup>53</sup> Además, se pretendía que la Comisión desarrollase, como efectivamente hizo, un procedimiento concursal de reestructuración patrimonial, en tanto que el poder judicial sólo podía ofrecer la liquidación. Las acciones de la Comisión han contribuido al desarrollo de una economía de mercado, pero el trabajo diario del Indecopi en este área tiene poco o nada que ver con la competencia.

## 3. Cuestiones institucionales

Cuando empezó la reforma de los mercados en Perú a comienzos de los noventa, los partidarios de las reformas temían que los Ministerios carecieran de la voluntad política y de los profesionales técnicamente capacitados que se necesitaban para poner en práctica las nuevas políticas, que en algunos casos eran complejas. Concluyeron que las agencias encargadas de estas reformas no deberían estar sujetas a fiscalización ministerial, deberían poder ofrecer salarios que superasen los límites salariales normales en la función pública para de ese modo atraer personal cualificado y deberían aprovechar los conocimientos especializados existentes en el sector privado a través de consejos consultivos compuestos por voluntarios.

El Indecopi fue una de las primeras agencias de esta clase. Esta sección se inicia describiendo la estructura interna del Indecopi, los procedimientos que aplica para resolver denuncias y procesos de oficio, sus facultades investigadoras y correctoras y el volumen de casos abordados y sus recursos. A continuación, se analiza la posibilidad de obtener reparaciones privadas al amparo del Derecho de la competencia, tras lo cual se examinan las ventajas e



inconvenientes del extraordinariamente amplio mandato del Indecopi. Acaba la sección con comentarios sobre otros medios para dirimir casos de derecho de la competencia en Perú y sobre cuestiones internacionales relacionadas con las actividades en materia de la competencia del Indecopi.

### **3.1 Estructura organizativa del Indecopi**

El Indecopi se gobierna por un Directorio compuesto de tres personas. Su Presidente y uno de los otros miembros del Directorio son nombrados por la Presidencia del Consejo de Ministros y el tercer miembro lo elige el Ministro de Economía y Finanzas. La Presidencia es el cargo máximo en el Indecopi y es un puesto a tiempo completo, y al Presidente compete supervisar las actividades cotidianas de la agencia y el perfeccionamiento y la aplicación de políticas cuyas líneas generales fija el Directorio. Los otros dos miembros del Directorio perciben una retribución por asistir a las reuniones de cuatro horas de duración convocadas cada dos semanas. Una de sus funciones principales es participar en la selección de las personas que ejercerán de Comisionados no remunerados en Indecopi. El Presidente y los otros miembros del Directorio podrán ser cesados sin alegar causa.

En teoría, el Directorio se halla bajo la supervisión de un Consejo Consultivo compuesto de nueve miembros. Inicialmente se contemplaba que el Consejo –compuesto por prestigiosos abogados, empresarios, docentes universitarios, legisladores, etc.– desempeñase el importante papel de asegurar el control público y la receptividad a las demandas ciudadanas y oficiales. Sin embargo, en la práctica el Consejo ha permanecido casi por completo inactivo.

#### *Órganos “jurisdiccionales” del Indecopi*

A grandes rasgos, el Indecopi está dividido en dos partes, siendo la más importante a nuestros efectos la parte “jurisdiccional”, encargada del estudio de los casos. El “órgano jurisdiccional” superior es el Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Los Miembros del Tribunal son designados por el Directorio del Indecopi y nombrados por el Presidente de la República. Oficialmente, el Tribunal constituye una parte independiente del Indecopi en lo referente a la resolución de casos particulares. La ley original protegía esta independencia estipulando que los miembros del Tribunal fueran nombrados para un período fijo de cinco años, durante el cual sólo podían ser cesados con causa justificada, pero las enmiendas legales introducidas en 1994 permiten el cese sin causa justificada.<sup>54</sup>

Hasta hace poco, el Tribunal estaba constituido por dos Salas: una “Sala de Propiedad Intelectual” y una “Sala de Defensa de la Competencia” (esta última denominado comúnmente y en este informe como el “Tribunal de la

Competencia”). La Sala de Propiedad Intelectual tramita las apelaciones de las Oficinas de Marcas, Patentes y Derechos de Autor. El Tribunal de la Competencia tramitaba en el pasado las apelaciones de las siete comisiones del Indecopi: Libre Competencia, Acceso al Mercado, Represión de la Competencia Desleal, Protección al Consumidor, Fiscalización de Dumping y Subsidios, Reglamentos Técnicos y Comerciales y Salida del Mercado (quiebra). Hoy, sin embargo, de las apelaciones de decisiones de la Comisión de Salida del Mercado conoce una nueva “Sala de Quiebras” del Tribunal.

Las competencias más obvias del Tribunal se refieren a la resolución de causas que han sido apeladas, aunque también establece directrices procesales y ha desarrollado un sistema para emitir directrices sustantivas *de facto*. Cuando un caso llevado ante el Tribunal plantea problemas legales de entidad, el Tribunal escribe una declaración de cómo debiera resolverse el asunto y lo declara un “precedente de observancia obligatoria” especial. El Tribunal está también autorizado expresamente para formular recomendaciones al Presidente del Indecopi respecto a medidas legislativas o regulatorias “necesarias para garantizar la competencia y los derechos de propiedad intelectual”, si bien el Presidente tiene la última palabra en dichos asuntos.

La presidencia del Tribunal de la Competencia es un puesto a tiempo completo, y el Presidente dirige el Tribunal a diario. Los otros cuatro puestos del Tribunal son a tiempo parcial, y los miembros perciben una retribución por asistir a seis reuniones mensuales de dos horas y media de duración. Por tanto, el cargo del Presidente del Tribunal suele ser muy influyente.

Hay una compleja relación entre, por un lado, los Presidentes de las Salas del Tribunal y, por otro, el Presidente del Indecopi. Por ejemplo, el Presidente del Tribunal de la Competencia es nombrado por el Presidente del Indecopi, es independiente de éste a la hora de tramitar procedimientos formales, posee normalmente una mayor competencia técnica en su campo que el Presidente del Indecopi, pero está subordinado al Presidente del Indecopi en asuntos de política (tales como la conveniencia de modificar la legislación de defensa de la competencia). Si el Presidente del Tribunal y el Presidente del Indecopi no trabajan bien juntos, este sistema podría dificultar considerablemente la planificación política.

Como las demás comisiones cuyas apelaciones son resueltas por el Tribunal de la Competencia, la Comisión de Libre Competencia tiene seis miembros, todos ellos a tiempo parcial y no remunerados. El trabajo de los Comisionados consiste en asistir a una reunión semanal de tres horas de duración, además del tiempo de preparación que sea necesario. Las Comisiones son independientes del Tribunal a la hora de tramitar los casos individuales, con la excepción de que deben seguir las directrices procesales y los precedentes de observancia obligatoria. También son teóricamente

independientes del Presidente y del Directorio del Indecopi, aunque el Directorio puede cesar a los Comisionados en cualquier momento sin causa justificada.

Cada una de las comisiones jurisdiccionales y oficinas del Indecopi posee su propio personal, dirigido por una persona designada “Secretario Técnico”. El personal evalúa, investiga y prepara propuestas de resoluciones mediante las que se resuelven las denuncias que hayan sido presentadas. Cuando los recursos lo permitan, el personal también puede efectuar investigaciones de oficio y estudiar cuestiones de política planteadas por su trabajo. El personal de la Comisión de Libre Competencia comprende un administrador, tres abogados, dos economistas, cuatro estudiantes y una secretaria. El personal de la Comisión de Acceso al Mercado consiste en un administrador y dos ayudantes (abogados ambos), cuatro estudiantes y una secretaria.

### *Departamentos del Indecopi*

Además de los órganos jurisdiccionales del Indecopi, la mayor parte de su personal está organizado en “departamentos”, cuyas misiones son básicamente administrativas, pero que también incluyen unidades que coordinan las actividades internacionales del Indecopi y ejecutan sus funciones de formación de los ciudadanos y algunas funciones de apoyo. A los efectos de este informe, el más importante de estos departamentos es el Departamento de Política Económica. Este departamento cuenta con casi una docena de economistas y tiene dos funciones importantes: (i) coordinar la planificación estratégica y el análisis político (con fines de apoyo de otra clase) y (ii) aportar conocimientos económicos a unidades jurisdiccionales cuando surjan cuestiones económicas complejas (p. ej., definir mercados en una causa de libre competencia o calcular el margen de dumping y evaluar los daños en un proceso de dumping). La Comisión de Libre Competencia, que recibe actualmente asistencia en 4 ó 5 casos, es uno de los principales clientes de este departamento, debido a que su trabajo es el que plantea con más frecuencia cuestiones económicas complejas y porque se tiene la percepción de que esta Comisión posee recursos especialmente escasos.

### *Oficinas regionales “descentralizadas” del Indecopi*

El Indecopi tiene su sede oficial en Lima, si bien en los años noventa inició un programa de “descentralización” e incluso privatización de muchas de sus funciones. Creó las Oficinas Descentralizadas del Indecopi (ODIs) creando empresas conjuntas (*joint ventures*) con diversos socios, principalmente cámaras de comercio locales, así como algunas universidades, autoridades regionales y un colegio de abogados. El programa se basó

inicialmente en un modelo de “franquicia” comercial, en el que el Indecopi proporcionaba su “marca” y supervisión a grupos locales respetados. Hasta ahora, no se ha delegado en ninguna de las ODIs la autoridad del Indecopi para resolver procesos impugnados reales, salvo en materia de quiebras; por tanto, las ODIs no se utilizan en asuntos esenciales en materia de derecho de la competencia. Como los problemas económicos fueron a más tras la crisis de 1998, el Indecopi creó nuevas oficinas descentralizadas para tramitar los procesos concursales, aunque estas oficinas ahora hayan sido cerradas (excepto tres oficinas en diferentes partes de Lima).

El Indecopi inicialmente tuvo problemas para garantizar que las decisiones de las ODIs fueran coherentes entre sí y lo fueran con las políticas de Indecopi, pero la situación ha mejorado aparentemente.

Los observadores han señalado que la estructura del programa de descentralización plantea importantes problemas de incentivo.<sup>55</sup> Al igual que el Indecopi, las ODIs tienen un incentivo económico para centrarse en las quiebras y en el registro de marcas, que proporciona ingresos, y para escatimar atención a la educación gratuita y los servicios de atención de denuncias de clientes. En cambio, los franquiciados generalmente son, a diferencia del Indecopi, autoridades no públicas, y todos ellos tienen otras funciones que pueden sentirse tentados de sufragar con los derechos que aplican por trabajos relacionados con el Indecopi. Es muy difícil impedir esta conducta. A pesar de todo, hay aparentemente un acuerdo en que el Indecopi necesitaba vías para llegar más allá de Lima, y carece claramente de los recursos necesarios para crear oficinas por sí mismo.

### ***3.2 Procedimientos de tramitación de causas, y otros, del Indecopi***

Como sucede en la mayoría de las comisiones del Indecopi, los procedimientos ante la Comisión de Libre Competición suelen comenzar con la presentación de una denuncia y el pago de un derecho. (La cuantía de ese derecho varía según la Comisión. Cuesta unos 275 USD emprender una causa de libre competencia, 118 USD iniciar un caso de Acceso al Mercado, 200 USD iniciar un caso de competencia desleal y 9 USD incoar un caso de protección al consumidor). Nos centraremos en el resto de esta sección en las facultades y procedimientos de la Comisión de Libre Competencia, siendo anotadas las variaciones pertinentes en las notas a pie de página.

Es posible que la Secretaría también incoe procedimientos de oficio, aunque su política en los años noventa fue hacerlo raramente. Se dice que el Indecopi decidió pasar a la ofensiva en 2002, pero las limitaciones de recursos lo dificultaron, y la Comisión de Libre Competencia tiene actualmente un solo

procedimiento de oficio. Esto no significa, sin embargo, que la Comisión y el personal no tengan la capacidad de abogar por casos de importancia real en detrimento de las disputas puramente privadas. Las denuncias formales acompañadas de un derecho suelen ir precedidas por consultas o quejas informales, y el personal puede utilizar este tiempo para hacer hincapié en las dificultades o bien en la importancia de un proceso formal. Además, los recursos de personal son asignados, en parte, sobre la base de la importancia relativa de los casos, y si se presenta una denuncia sobre un asunto importante, la Comisión puede investigarla y, de hecho lo hace, aun cuando el demandante opte por no insistir en el caso o resuelva su disputa con el demandado.

Cuando la Secretaría concluya que una denuncia formal contiene indicios razonables de infracción, se notificarán al demandado los cargos, que constan en un archivo público aunque no sean publicados. El demandado dispone, entonces, de 15 días laborables para defenderse de los cargos y presentar pruebas y las otras partes con un interés legítimo en el asunto pueden intervenir como partes formales en el proceso. Las investigaciones que se inicien de oficio no constan en un archivo público hasta que la Secretaría haya notificado al demandado y recibido su respuesta. En cualquier situación, este periodo de respuesta va seguido de un periodo probatorio que, en teoría, consta de 30 días laborables. Posteriormente, la Secretaría Técnica prepara una propuesta de resolución para la Comisión, que debe en teoría emitir su fallo dentro de cinco días después de la recepción del informe de la Secretaría.

Con todo, estos plazos tope se ignoran frecuentemente y tanto las investigaciones como los procesos pueden tardar años.<sup>56</sup> De hecho, la única queja común sobre los procesos ante la Comisión de Libre Competencia es que duran demasiado, queja que concuerda con la opinión que a menudo se expresa de que esta Comisión está particularmente escasa de personal. El Indecopi dice que ha tomado acciones para acelerar el proceso, pero las quejas continúan. En cuanto a otros aspectos, la Comisión y su Secretaría tienen gran prestigio. Los abogados que representan a clientes ante la Comisión (y otras comisiones del Indecopi) describen el proceso como justo y al personal como profesional. Las asociaciones empresariales y de consumidores consideran al Indecopi básicamente una agencia de confianza y útil (aunque demasiado lenta y no lo bastante ágil a la hora de tomar la iniciativa).

En un caso reciente, el Tribunal defendió por primera vez la facultad de dictar medidas cautelares, órdenes en virtud de las cuales las partes no pueden tener tipos particulares de conducta durante la vigencia del proceso.

Como se indicó antes, las decisiones de la Comisión de Libre Competencia pueden ser apeladas ante el Tribunal de la Competencia. Las apelaciones deben ser presentadas 15 días después de la recepción del fallo de la Comisión. Las decisiones del Tribunal también pueden ser impugnadas,

primero en la Sala Administrativa de la Corte Superior de Lima y, en segunda instancia, en la Sala Civil de la Corte Suprema de Perú. Excepcionalmente, puede haber una tercera instancia a la que apelar que es la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema.

Con respecto a otros asuntos distintos de la tramitación de casos, el Indecopi tiene políticas y procedimientos generales destinados a asegurar la transparencia e imparcialidad. Publica sus decisiones más importantes e informa de dichas decisiones y de otra información relevante en su sitio web. Por ley, todos los precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de la Competencia también se publican en el Diario Oficial del Perú.

### ***3.3 Facultades de investigación y correctoras del Indecopi***

Todas las comisiones y oficinas de Indecopi tienen facultades de investigación bien amplias. El Indecopi puede citar e interrogar a individuos sospechosos y a representantes de empresas bajo investigación. También puede pedir la presentación de documentos (ampliamente definida para que incluya registros informáticos y el software necesario para acceder a ellos) y puede solicitar que los documentos sean “inmovilizados” de 2 a 4 días. Con autorización judicial, puede también llevarse documentos de las oficinas de una compañía durante un plazo de hasta seis días. Por último, el Indecopi tiene la facultad de realizar inspecciones por sorpresa de los archivos de compañías, durante las cuales puede obtener copias de documentos e interrogar a representantes de la compañía. El Indecopi puede, si es necesario, llamar a la policía para vencer resistencias y, con autorización judicial, puede obligar por la fuerza a abrir instalaciones cerradas. Tanto la policía como el Poder Judicial no se mostraron a veces lo bastante colaboradores durante los años noventa y no está claro si esto continúa siendo un problema.

Las facultades de investigación del Indecopi están respaldadas por sanciones estrictas. Decir falsedades al Indecopi, destruir o no presentar un documento pedido por el Indecopi y obstruir las funciones de investigación del Indecopi de otras formas es castigado con multas no menores de 1.000 USD y no mayores de 50.000 USD.

Cuando el Indecopi encuentra que una parte ha cometido una infracción, está autorizado a dictar órdenes de cese de conductas y a decretar el pago de multas.<sup>57</sup> Cualquier empresa que se encuentre que haya cometido una infracción será sancionada con una multa de hasta el 10 por ciento de sus ventas o ingresos del ejercicio anterior. Además, cuando una empresa o asociación comete una infracción, el Indecopi puede imponer multas de hasta 100.000 USD a cada representante de la empresa o asociación que participó

en la conducta ilegal. Si la conducta ilegal continuase, el Indecopi puede duplicar las multas y continuar duplicándolas sin limitación alguna.

Adicionalmente a estas sanciones administrativas que la Comisión puede imponer directamente, puede presentar una demanda penal a la oficina del Fiscal. Tales denuncias pueden presentarse sólo después de constatar que una persona ha vulnerado la Ley de Libre Competencia, aunque el Código Penal peruano establece pena de cárcel de hasta seis años por infringir la Ley de Libre Competencia.

En general, la Comisión de Libre Competencia y otros órganos cuasi-jurisdiccionales del Indecopi –especialmente el Tribunal– han sido cautelosos a la hora de imponer multas. Dos de las empresas en el Caso de los Pollos fueron multadas con 450.000 USD, pero en otros casos miembros de cárteles no han sido multados o les han sido impuestas multas de unos 1.000 USD. Además, la Comisión de Libre Competencia nunca ha multado a un funcionario u otro representante de una empresa. (En cambio, la Comisión de Acceso al Mercado ha multado a alcaldes de municipios y la Comisión de Represión de la Competencia Desleal ha multado a directivos de empresas.) La única remisión a la jurisdicción penal de una vulneración del Derecho de la competencia ocurrió hace mucho tiempo y no desembocó en un proceso penal. Posiblemente esta actitud cautelosa concuerda con la opinión ampliamente aceptada de que puede ser contraproducente imponer lo que los ciudadanos consideran multas duras por conductas que no creen que sean tan perjudiciales. Después de diez años de aplicación, no obstante, el Indecopi sostiene que ahora está comenzando a adoptar un planteamiento más estricto.

### ***3.4 Recursos relativos al derecho de la competencia y carga procesal del Indecopi***

Los recursos de las comisiones directamente relacionadas con la defensa de la competencia del Indecopi han crecido de manera bastante sostenida con los años, pero las dos comisiones siempre han tenido un número muy pequeño de empleados. En 1996, la Comisión de Libre Competencia tenía una plantilla autorizada de 4 empleados, que creció hasta 5 en 1999 y hasta 7 en 2003. Es comprensible que la Comisión no haya tramitado un gran número de casos. El personal autorizado de la Comisión de Acceso al Mercado creció desde 2 en 1996 hasta 3 en 1999 y hasta 4 en 2003.

**Tabla A**

(cuantía sanciones, en USD)	Acuerdos horizontales	Acuerdos verticales	Abuso de posición dominante	Fusiones	Competencia desleal
<b>2003</b>					
Asuntos admitidos a trámite	5	0	4	0	130
Órdenes/sanciones impuestas	3	0	0	0	97
Total sanciones impuestas	208 590	0	0	0	891 272
Sanción media	69 530	-	-	-	9 100
<b>2002</b>					
Asuntos admitidos a trámite	3	0	6	3	129
Órdenes/sanciones impuestas	5	0	3	0	37
Total sanciones impuestas	793 235	0	10 941	0	344 395
Sanción media	158 647	-	3 647	-	9 307
<b>2001</b>					
Asuntos admitidos a trámite	4	0	5	2	125
Órdenes/sanciones impuestas	0	0	0	0	62
Total sanciones impuestas	0	0	0	0	270 942
Sanción media	-	-	-	-	4 402
<b>2000</b>					
Asuntos admitidos a trámite	5	0	2	0	127
Órdenes/sanciones impuestas	2	0	1	0	52
Total sanciones impuestas	5 800	0	16 571	0	216 080
Sanción media	2 900	-	16 571	-	4 155
<b>1999</b>					
Asuntos admitidos a trámite	1	0	1	3	125
Órdenes/sanciones impuestas	1	0	1	1	70
Total sanciones impuestas	2 058	0	25 533	82 353	486 122
Sanción media	2 058	-	25 533	82 353	6 945

*La Comisión de Libre Competencia*

En 2003, la Comisión de Libre competencia tenía un presupuesto de 183.000 USD y 7 empleados a tiempo completo. Existen actualmente seis empleados: un gerente, tres abogados y dos economistas. (El personal auxiliar está cubierto por otra partida presupuestaria.) Existen también, evidentemente, 6 Comisionados de Libre Competencia, pero no perciben remuneración y trabajan solo pocas horas a la semana. El Departamento de Política Económica asiste algunas veces al personal de la Comisión. El Indecopi ha



hecho un buen trabajo complementando sus recursos con estudiantes en prácticas, y en este momento el personal de la Comisión de Libre Competencia tiene cuatro de estos estudiantes en prácticas.

Dado el pequeño tamaño de la plantilla y la relativa complejidad de las investigaciones en materia de competencia, no sorprende que la Comisión resuelva solo un pequeño número de casos por año. Las primeras cuatro columnas de la Tabla A proporcionan datos para el período 1999-2003 sobre el número y tipo de casos en materia de competencia, así como información sobre sanciones. Con fines comparativos, la quinta columna contiene la misma información para casos en materia de competencia desleal.

El número relativamente alto de casos sobre acuerdos horizontales tramitados por la Comisión de Libre Competencia refleja la política anteriormente indicada de centrarse en los cárteles. De hecho, los únicos casos que de oficio ha incoado la Comisión afectaron, como antes señalamos, a presuntos cárteles. La ausencia de casos de acuerdos verticales también refleja una decisión política antes reseñada de investigar tales casos sólo como posibles abusos de posición dominante. Por otra parte, el pequeño número de casos hace difícil distinguir tendencias o hacer generalizaciones.

#### *La Comisión de Acceso al Mercado*

La Comisión de Acceso al Mercado tuvo en 2003 un presupuesto (reducido) de sólo 147.000 USD (y cuatro años de trabajo). Actualmente, tiene una plantilla de tres empleados. Desde que la autoridad legislativa de la Comisión de Acceso al Mercado cambió a finales de 2001 y nuevamente a comienzos de 2003, sería de poco valor una presentación histórica quinquenal de los casos de la Comisión. Entre octubre de 2001 y julio de 2003, la Comisión emitió 36 informes, muchos de los cuales fueron ignorados. Entre julio de 2003 y marzo de 2004, la Comisión ha emitido 46 informes, todos excepto dos causaron la supresión casi inmediata de la norma anticompetitiva.

#### *Niveles y fuentes de recursos*

El presupuesto conjunto de las dos Comisiones del Indecopi que realizan trabajos en materia puramente de competencia ascendió en 2003 a 320.000 USD (11 años de trabajo) y actualmente hay al parecer sólo nueve empleados asignados a estas dos comisiones. Si uno atribuye la cuarta parte de los 12 años de trabajo del Departamento de Política Económica y la mitad de los 8 años de trabajo del Tribunal de la Competencia a la función de competencia central, da un total de 18 puestos autorizados. Parece que en la actualidad son 16 personas las que realizan todo el análisis e investigación del Indecopi en materia directamente relacionada con la competencia.

(Osiptel, el organismo regulador de telecomunicaciones que hace respetar la Ley de Libre Competencia en todos los casos en los que está incurso una empresa de telecomunicaciones, tiene entre 5 y 6 personas realizando trabajos en materia de competencia, pero también tienen responsabilidades reguladoras. Incluyendo el Indecopi y Osiptel, parece que el número de años de trabajo dedicado a exigir el cumplimiento del derecho de la competencia es de unos 20.)

En el período 1999-2003 estas cifras crecieron,<sup>58</sup> aunque tratándose de un país de tales dimensiones –e incluso un país en vías de desarrollo– los recursos para exigir el cumplimiento del derecho de la competencia con que cuenta Perú son muy pequeños, especialmente si uno se fija en los siete años de trabajo asignados a la Comisión de Libre Competencia. Como se señaló antes, el Departamento de Política Económica del Indecopi considera que la Comisión de Competencia tiene una plantilla especialmente escasa.

Ni los principios en materia de competencia ni la experiencia internacional proporcionan una base para estimar la cantidad de los escasos recursos de un país que deben dedicarse a la legislación y política de defensa de la competencia, y puesto que diferentes países tienen sistemas de aplicación de las leyes distintos, no es posible realizar comparaciones precisas de años de trabajo. Sin embargo, una plantilla de 6 a 7 empleados dedicada a hacer cumplir la legislación de defensa de la competencia es muy pequeña, e incluso la cifra de 20 años de trabajo (incluyendo Osiptel) es pequeña en comparación con la asignación en otros países (como Rumania y Chile) con niveles de PIB comparables o incluso con algunos países (por ejemplo, Bulgaria) con niveles de PIB muy inferiores. Debido a que Sudáfrica fue recientemente objeto de un examen inter pares de la OCDE, existen datos para una comparación más precisa, y se puede tratar de una buena comparación porque se considera que Sudáfrica y Perú tienen el mismo nivel de desarrollo económico. El PIB de Perú es cerca de un tercio del de Sudáfrica, pero asigna sólo un sexto de años de trabajo a su misión puramente de competencia.<sup>59</sup>

### **3.5 Acciones privadas de reclamación de daños y perjuicios**

Aun cuando los procesos del Indecopi sean iniciados por una parte privada que reclame que la conducta ilegal del demandado le ha causado perjuicio, las Comisiones no están autorizadas a ordenar el pago por daños. Sin embargo, si una Comisión encuentra que un demandado ha tomado parte en una conducta ilegal, las conclusiones de la Comisión serán la prueba concluyente de la infracción si un demandante presenta una demanda ante el tribunal de lo civil reclamando daños y perjuicios. No está claro si alguna vez se ha planteado algunos de estos casos.

### 3.6 *La amplitud del mandato del Indecopi*

A pesar que se ha afirmado que muchas de las funciones del Indecopi fueron asignadas a una sola agencia porque el entonces Presidente Fujimori había prometido disminuir el tamaño de la Administración peruana, la combinación de funciones ha sido considerada por muchos como eficiente y como un posible modelo para países en vías de desarrollo. Por tanto, resulta útil investigar la naturaleza y el alcance de las eficiencias.

Es útil empezar con alguna idea del tamaño absoluto y relativo de las diversas partes del Indecopi. La Tabla 1 del anexo proporciona información detallada sobre las asignaciones presupuestarias y de personal a cada una de las comisiones y oficinas del Indecopi en 2002 y 2003. La Tabla 2 del anexo proporciona la misma información para el Tribunal del Indecopi. La medida más significativa es la asignación de personal entre las comisiones y oficinas. Los datos reflejan que cerca del 75 por ciento de estos empleados se dedican a trabajos relacionados con quiebras o propiedad intelectual.

- La Comisión de Libre Competencia tenía 7 años de trabajo autorizados, y la Comisión de Acceso al Mercado tenía cuatro. Juntos, tenían el 7,6% de los 146 trabajadores en esta categoría.
- Las Comisiones de Represión de la Competencia Desleal y de Protección al Consumidor tenían 6 y 13 puestos autorizados, respectivamente, que agregados suponen un 11,6%.
- Las Comisiones de Fiscalización de Dumping y de Reglamentos Técnicos tenían ambas 6 puestos autorizados, que combinados forman un 8,2%.
- La Comisión de Quiebras tenía 40 puestos autorizados (32,6% del total).
- Las oficinas de Propiedad Intelectual tenían un total combinado de 76 puestos autorizados (45,2% del total).

También es importante tener en cuenta la discusión mantenida en el Foro Global de Competencia de la OCDE indicó que no hay un diseño único y óptimo para una agencia de defensa de la competencia, y que el diseño estructural de una agencia de la competencia no es clave en sus resultados. La independencia entre la influencia política y la aplicación de las leyes es importante, pero puede ser alcanzada sin una independencia estructural. Son cruciales unos niveles apropiados de financiación y un personal cualificado, así como el establecimiento de principios tales como la transparencia y la predecibilidad.

Algunas de las ventajas e inconvenientes principales del mandato y de la estructura del Indecopi se derivan de la obtención de economías de escala:

- Dado el tamaño pequeño de estas Comisiones, su integración en una agencia mayor producirá ventajas en términos de eficiencia conteniendo los costes administrativos.
- Colocar la función de la política de la competencia en una agencia mayor cuyo mandato esté relacionado, incluso indirectamente, con la reforma económica produce presumiblemente ventajas en términos de eficiencia adicionales al crear sinergias en conexión con la promoción de la reforma del mercado en general.
- Por otro lado, colocar la función de la política de la competencia en una agencia mayor supone inevitablemente sacrificar cierta autonomía. Incluso si la independencia de las unidades de toma de decisiones está protegida, que no es el caso del Indecopi, son los funcionarios de la agencia, que pueden carecer de una competencia técnica en materia de política de la competencia, quienes toman decisiones presupuestarias y políticas que pueden minar la política de la competencia.
- En la fase de creación del Indecopi, hubo quienes temieron que una agencia con tan amplias facultades pudiera convertirse en “una especie de Frankenstein”, aunque se decidió someterlo al control del Consejo Consultivo. En realidad, el Consejo Consultivo ha estado completamente inactivo y en vez de ser una entidad demasiado poderosa, el Indecopi necesita fortalecerse de varias maneras.

Las otras ventajas potenciales para la estructura del Indecopi son las eficiencias que pueden resultar de combinar funciones específicas asignadas al Indecopi.

- La Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado luchan ambas contra restricciones anticompetitivas y en su trabajo aplican principios en materia puramente de competencia. Hay claras ventajas de eficiencia en incluir ambas Comisiones en una sola agencia.
- El análisis en materia puramente de competencia (evaluación del poder de mercado, etc.) es relevante en procesos antidumping y de medidas de protección. La aplicabilidad de los principios de la competencia a tales asuntos está limitada por convenios internacionales, pero parece que el Indecopi a veces ha sido capaz de introducir algún análisis en materia de competencia dentro de estos procesos. Por otro lado, algunos de las recientes posturas del Indecopi en este área han sido aparentemente menos favorables a la competencia que las posiciones defendidas por el Ministerio de Economía y Finanzas y el Ministerio de Comercio.
- El análisis en materia puramente de competencia es también importante en temas de propiedad intelectual y en la evaluación de estándares de

algunos productos, pero no está claro que estas eficiencias potenciales sean algo más que teóricas. La inmensa mayoría del trabajo en materia de propiedad intelectual del Indecopi no requiere análisis de la competencia, aunque estar familiarizado con conceptos básicos de mercado puede ser a veces provechoso.

- El análisis en materia puramente de competencia no es utilizado en los trabajos relacionados con la competencia desleal o la protección al consumidor del Indecopi. Sin embargo, la investigación realizada en conexión con el Foro Global de Competencia de la OCDE revela que las agencias de la competencia que tienen estas funciones creen que se complementan entre sí, sirviendo los principios de la competencia de aviso de que las medidas gubernamentales concebidas para proteger a los consumidores pueden, en vez de ello, dañarles si son innecesariamente restrictivas, y sirviendo la función de protección al consumidor de aviso de que el funcionamiento de los mercados no es perfecto.
- El análisis en materia puramente de competencia reviste mucha mayor importancia para el trabajo de otros organismos públicos, incluida la privatización y la regulación del acceso realizadas por reguladores sectoriales peruanos, que el trabajo hecho por comisiones y oficinas del Indecopi distintas de la Comisión de Libre Competencia. (Por esta razón, algunos países combinan regulación sectorial y política de competencia.)
- Un principio básico de la política de la competencia –que los Estados no deberían restringir la competencia más de lo necesario para alcanzar otras metas– puede ser una herramienta útil en todas las áreas funcionales del Indecopi. Sin embargo, como este principio es aplicable igualmente a todas las funciones reguladoras del Estado, la combinación de la política de la competencia con otras funciones del Indecopi no proporciona ninguna ventaja específica en términos de eficiencia.

En suma, existen algunas ventajas para asignar al Indecopi la responsabilidad sobre varios campos entre los que se incluye la reforma del mercado. Aun cuando los campos tengan poca relación sustancial entre sí, existen ventajas relacionadas con las economías de escala en cuestiones tales como la administración y promoción de la reforma del mercado en general. Hay también algunas eficiencias reales derivadas de la relación fundamental de un grupo de funciones (libre competencia, acceso al mercado, antidumping, competencia desleal y protección al consumidor). La combinación de ese grupo con la propiedad intelectual y los reglamentos técnicos puede producir algunas eficiencias limitadas y la inclusión de la salida del mercado no añade eficiencias en particular. Además, la esencia de la labor en materia puramente de competencia del Indecopi está menos estrechamente relacionada con otros trabajos propios que con muchas actividades reguladoras que no forman parte

del Indecopi. Los inconvenientes de esta estructura se refieren principalmente al hecho de que, como parte de una agencia mayor, los funcionarios de defensa de la competencia pierden necesariamente cierta autonomía presupuestaria y de toma de decisiones. En efecto, según la legislación actual, los responsables de tomar decisiones incluso del primer y segundo nivel no tienen garantías de independencia. Estas desventajas y formas recomendadas de reducirlas al mínimo son analizadas en la Parte 6 más adelante.

### **3.6 Asuntos internacionales**

El Artículo 3 de la Ley de Libre Competencia prohíbe todos los abusos de posición dominante y todas las prácticas restrictivas que perjudiquen el interés económico general en el territorio nacional. El Indecopi defiende la postura de que esto incluye conductas que tengan lugar fuera de Perú, aunque el asunto no haya sido zanjado en litigio. El Artículo 9 de la Ley, que establece el control de fusiones en el sector eléctrico, específicamente incluye “actos de concentración realizados en el extranjero”.

En la práctica, los asuntos internacionales han sido muy raros en Perú. Esto es resultado, en parte, de la falta de control de fusiones en Perú, excepto en el sector eléctrico, y en parte de la reducida plantilla y de la carga procesal de la Comisión de Libre Competencia. Las empresas internacionales que han estado incurso en las causas ante el Indecopi tenían filiales locales en Perú. Y lo que es importante, el Indecopi tiene en cuenta la competencia internacional cuando define mercados y evalúa el poder en el mercado.

El Indecopi no tiene suscritos acuerdos de cooperación bilateral con autoridades de defensa de la competencia de otros países, si bien Perú está pidiendo la inclusión de un capítulo sobre competencia en sus negociaciones de FTAA con Estados Unidos. Junto con Bolivia, Colombia, Ecuador y Venezuela, Perú es miembro del Pacto Andino, el cual ha establecido una zona de libre comercio y está buscando desarrollar un mercado común. Perú está también asociado con MERCOSUR y es miembro de la APEC. De hecho, Perú fue la economía que “convocó” a la APEC para abordar la política de la competencia en 1999-2001. Perú también es miembro del Foro de Competencia Iberoamericano.

## **4. Política de la competencia en sectores regulados**

La Ley de Libre Competencia no exime a ningún sector, pero la función del Indecopi y la aplicabilidad de la ley no son sencillas cuando se trata de sectores de infraestructura que presentan características de monopolio. En el sector de las telecomunicaciones, no es el Indecopi quien hace cumplir la ley,

pero el órgano regulador de las telecomunicaciones, Osiptel, aplica una ley esencialmente idéntica siempre que una de las partes del conflicto pertenezca al sector de las telecomunicaciones.

Indecopi hace cumplir la Ley de Libre Competencia en otros sectores de infraestructura monopolista, pero el Reglamento de Acceso a Infraestructura Pública concede a los reguladores de cada sector jurisdicción exclusiva sobre todos los casos de acceso. Entre estos reguladores se incluyen, en el Sector del Transporte, Ositran (Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público), y, en el Sector de la Energía, Osinerg (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía). Todas estas entidades gozan de autonomía administrativa, lo que significa que, al igual que en el caso de Indecopi, rinden cuentas directamente a la Presidencia del Consejo de Ministros y no a cualquier Ministerio, y que no están limitadas por las tarifas normales de la administración pública. Salvo Osiptel, ningún regular sectorial tiene competencias relacionadas con velar por el cumplimiento de la ley en materia de defensa de la competencia.

Todos estos reguladores sectoriales están aparentemente encargados de la promoción de la competencia en su sector, pero su capacidad para hacerlo se ve limitada por el hecho de que los Ministerios se reservan la facultad de conceder licencias u otorgar concesiones y de adoptar otras decisiones clave (por ejemplo, asignar el espectro de radiofrecuencias en telecomunicaciones). No está claro en qué medida los Ministerios recaban, o siquiera consideran, la opinión de los reguladores independientes (o de Indecopi) en sus decisiones. En todo caso, mientras que en Chile la autoridad en materia de competencia pudo demandar al Estado y obligarlo a asignar el espectro de radiofrecuencias de telecomunicaciones a través del procedimiento de subasta, parece que Perú no proporciona un método por el que una entidad competente en materia de competencia pueda obligar a atender a cuestiones de competencia.

#### ***4.1 El sector de las telecomunicaciones***

En 1994 se promulgó una nueva ley de telecomunicaciones para acometer la desmonopolización progresiva, así como la privatización, del sector de las telecomunicaciones.<sup>60</sup> En 1994 la privatización dio a Telefónica un monopolio de cinco años en telefonía fija, en las llamadas nacionales y de larga distancia internacional. En ese período debían eliminarse los subsidios o subvenciones cruzadas entre los servicios de larga distancia y telefonía local, y Telefónica debía expandirse y mejorar el servicio de telefonía fija. Se permitió la competencia en otros servicios, como telefonía móvil, cabinas telefónicas, radiolocalización (*beepers*) y televisión por cable.

Telefónica renunció a su monopolio legal en 1998, un año antes de que expirase. Osiptel informa de que en la actualidad existen ocho operadores de servicios de telefonía fija, tres operadores de servicios de telefonía móvil (eran cuatro antes de que Telefónica adquiriese las operaciones de BellSouth en Latinoamérica), 52 portadores de señal de larga distancia, 24 portadores de señal nacionales, 126 compañías de televisión por cable y unas 180 empresas registradas que prestan otros servicios, incluidos 72 proveedores del servicio de acceso a Internet. Además, la tasa de penetración de estos servicios se ha incrementado sobremanera, el plazo de conexión o alta promedio ha pasado de 118 meses a menos de dos meses, y el sistema está digitalizado en un 90%. Son cifras impresionantes en su mayor parte, pero pueden existir problemas de competencia aun en campos donde existen muchos proveedores. El examen de estos diversos campos excede del alcance de este informe.

En 2002, Telefónica tenía una cuota de mercado próxima al 99% en el servicio de telefonía fija local, del 31% en telefonía de larga distancia internacional, del 86% en telefonía de larga distancia nacional y del 34% en telefonía local móvil. Su adquisición de las operaciones de BellSouth en Latinoamérica suscitó gran inquietud en Perú, ya que BellSouth había accedido recientemente al mercado de la telefonía local fija y tenía una cuota de mercado del 18% en telefonía local móvil. Un grupo de consumidores está intentando mitigar los efectos de esta adquisición, arguyendo que, con arreglo a la Ley de Telecomunicaciones, Telefónica no puede mantener dos licencias para prestar servicios de telefonía móvil, pero la falta de un sistema de control de fusiones de empresas impide a Osiptel examinar directamente el impacto de la adquisición sobre la competencia y sobre los consumidores en Perú.

Las competencias regulatorias de Osiptel incluyen resolver conflictos de interconexión, establecer estándares de calidad y fijar tarifas máximas cuando no exista competencia efectiva. Para facilitar el ejercicio de sus facultades de fiscalizar el cumplimiento de la ley, Osiptel ha publicado directivas formales exponiendo los principios que rigen sus actuaciones dirigidas a garantizar la libre competencia y reprimir la competencia desleal. Sus directivas sobre libre competencia abarcan asuntos sujetos a precedentes de observancia obligatoria del Tribunal de Defensa de la Competencia del Indecopi, pero también explican los criterios por los que Osiptel define los mercados y determina si una empresa ostenta una posición dominante. Originalmente, Osiptel carecía de facultades para investigar o sancionar en el grado en que las tenía el Indecopi, pero esos problemas han sido corregidos.

Osiptel indica que ha impuesto sanciones en 20 procedimientos. Nueve de éstas, por no colaborar en la investigación o por conducta indebida en el curso de un procedimiento, lo que ilustra la falta de madurez del proceso regulatorio. De las otras once, cinco se impusieron en casos de libre competencia, una en un caso de competencia desleal, dos en casos de interconexión y tres en



relación con otras materias sujetas a regulación. Las sanciones en dos de los tres casos de libre competencia fueron revocadas en segunda instancia, y una multa de unos 940.000 USD, de lejos la mayor impuesta a una sola firma, está apelada. Las dos multas confirmadas rondan los 45.000 USD y 22.500 USD.

Osiptel e Indecopi están en el mismo edificio y al menos dos oficiales de Osiptel han trabajado en Indecopi como miembros del equipo o miembros de una comisión. La coordinación informal entre los dos organismos es adecuada pero podría mejorarse.

## ***4.2 El sector del transporte***

El sector del transporte en Perú exhibe muy variadas estructuras, desde la propiedad estatal continuada y la gestión del monopolio de las infraestructuras (p. ej., puertos) hasta una completa privatización y desregulación en mercados (p. ej., taxis y autobuses) que en la mayoría de países son objeto de regulación por motivos de fallo del mercado. Las políticas generales las establece el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En 1988, Perú creó Ositran para verificar el cumplimiento de las obligaciones de los concesionarios, fijar tarifas cuando fuere necesario y promover la competencia. En 2001 Ositran estableció normas de acceso a instalaciones esenciales, incluyendo puertos, y se introdujeron nuevas normas en noviembre de 2003.

Los puertos son una importante infraestructura monopolística en Perú. El Gobierno tenía previsto hace tiempo privatizar algunos, habiendo expresado interés en otorgar concesiones para operar algunos puertos una vez finalizada la liberalización del sector eléctrico. Pero las perspectivas son inciertas. Se ha estimado que, incluso en un puerto relativamente eficiente como el de Lima, un acceso ineficiente y la burocracia oficial incrementan entre un 3% y un 7% el coste de las mercancías en tránsito. La Comisión de Acceso al Mercado del Indecopi ha adoptado algunas medidas previas para reducir los costes para los exportadores, y podría adoptar medidas adicionales en ese sentido.

La Empresa de Ferrocarriles del Estado se privatizó en 1999. Hasta esa fecha, la reducida inversión en mantenimiento había llevado al deterioro del servicio y a un creciente recurso a medios de transporte alternativos; ahora, la financiación del Banco Mundial al concesionario previsiblemente aumentará la competencia entre el ferrocarril y el transporte por carretera, reducirá los costes del transporte, disminuirá los precios dentro del país e incrementará la competitividad de los productos de exportación. El Gobierno es el titular y el operador de una aerolínea que utiliza para proporcionar un servicio subsidiado de transporte tanto de pasajeros como de mercancías a regiones remotas.

Perú tiene uno de los índices de carreteras pavimentadas más bajos de Latinoamérica. Las empresas mixtas, que combinan capital público y privado,

pueden contribuir algo tratándose de autopistas de tráfico intenso, pero no en el caso de caminos rurales y vías urbanas. Los problemas de las carreteras en Perú, sumados a los de otras áreas del sector del transporte, son importantes. Un estudio del Banco Mundial elaborado en 2001 identificó los altos costes logísticos y de transporte de las empresas como una de las principales causas de los altos precios y la baja competitividad.<sup>61</sup> El ratio costes logísticos / ingresos totales de Perú era del 30,7%, comparado con el 23% de Argentina y el 8% en los países de la OCDE. Estos costes contribuyen a explicar por qué las exportaciones de Perú van menos bien de lo que cabría esperar en sectores como el hortofrutícola: Perú exporta productos hortofrutícolas por valor de 40 millones de USD, frente a los 800 millones de USD de Ecuador y los 1.300 millones de USD de Chile.

Aunque esta sección se centra en formas en las que las leyes y políticas en materia de competencia están aplicándose, o podrían aplicarse, para beneficiar a los consumidores en sectores regulados, es notable que la invalidación por el Indecopi de una ordenanza municipal que requería que los taxis estuvieran pintados de amarillo pueda haber prestado insuficiente atención a la necesidad de regular cuando existen fallos del mercado.<sup>62</sup> El transporte en taxi y autobús en Lima y otras ciudades de Perú apenas está regulado, cuando la mayoría de países considera que estos mercados requieren cierta regulación para corregir fallos del mercado. Los consumidores peruanos podrían salir ganando con una regulación para taxis y autobuses que no fuera más restrictiva de lo necesario para proteger a los pasajeros.

### ***4.3 El sector de la energía***

El Ministerio de Energía y Minas establece políticas y otorga concesiones en el sector energético. Aunque Perú se ha embarcado recientemente en un ambicioso programa de promoción del gas natural, la electricidad ha sido y sigue siendo el foco de su programa energético.

La Ley de Concesiones Eléctricas de 1992 tenía por finalidad promover la competencia y la eficiencia en el sector de la electricidad. La ley preparó el terreno para la privatización al exigir que, salvo en áreas aisladas, la industria eléctrica se dividiese en unidades separadas de generación, transmisión y distribución, operando bajo concesiones del Ministerio. El objetivo era que el mercado de generación llegara a ser competitivo, mientras la transmisión y la distribución serían monopolios regulados. A nivel nacional, ElectroLima se descompuso en cuatro unidades de distribución y una de generación, mientras que ElectroPerú se dividió en cuatro unidades de generación. Los activos de transmisión de ambas se combinaron en una sola empresa de transmisión.

La privatización comenzó a buen paso en 1994, se desaceleró en 1999, y en 2002 dos privatizaciones no se llevaron a cabo debido a protestas locales. Actualmente existen numerosas empresas compitiendo en el mercado de la generación, incluyendo empresas privatizadas y algunas nuevas concesiones. El Gobierno, sin embargo, continúa poseyendo la enorme planta hidroeléctrica del Mantaro, que genera el 35% de la electricidad de Perú. Las empresas de transmisión para los dos sistemas interconectados de Perú continúan siendo ambas de titularidad pública, pero existe ahora alguna participación privada en el mercado de la transmisión. Alrededor del 50% del segmento de distribución está controlado por el sector privado. (El Estado suele retener el 30-40% de las acciones de las empresas privatizadas.)

Es de notar que las adquisiciones de 1997 y 1999, en las que estaban implicadas empresas chilenas y españolas, trajeron la integración vertical a Perú (tal como se hizo en Chile). Existe cierta competencia real en el mercado mayorista de la energía, en el que los generadores son libres para negociar el precio y otros términos en sus contratos con los grandes clientes. El gobierno regula la transferencia entre los generadores y las empresas de distribución. El precio regulado no se puede variar más allá del 10 % del precio de mercado. Los pequeños consumidores residenciales tienen subsidios de alrededor del 50% del coste del servicio, pero la mayoría de consumidores paga tarifas que cubren el coste del servicio.

Osinerg se creó en noviembre de 1996 para supervisar la privatización de las empresas de energía y controlar su cumplimiento de los requisitos legales. En 2000 se fusionó con la Comisión de Tarifas Eléctricas, entonces como ahora responsable de establecer las tarifas. Recientemente, Osinerg ha creado un nuevo Departamento de Investigación para estudiar las políticas y su elaboración en el sector energético. En general, Osinerg parece promover la competencia cuando es posible, en parte porque incluso quienes no abogan por la competencia creen mucho más difícil controlar una única y enorme compañía. Algunos observadores han expresado preocupación por la falta de autonomía real de Osinerg y que está, por tanto, expuesta a la interferencia política. También se ha sugerido que la insuficiente coordinación entre la agencia privatizadora (“Pro-inversión”), Osinerg e Indecopi ha sido a veces un problema.

Como se ha señalado antes, una ley de 1996 hizo del eléctrico el único sector en el que Perú tiene control sobre la concentración empresarial, y el Indecopi ha autorizado todas las fusiones que ha considerado. Algunos creen que, en este aspecto, el Indecopi ha sido indebidamente permisivo.<sup>63</sup> Los funcionarios de Osinerg están divididos sobre la conveniencia de tal control, y el Departamento de Investigaciones estudia el asunto. La misma ley permitió que el gobierno retuviese una “acción de oro” en todas las privatizaciones, dándole así el control de las decisiones societarias de liquidar la compañía,

admitir nuevos accionistas, reducir el capital, solicitar la admisión a cotización en una bolsa de valores o fusionarse con otras empresas.

#### **4.4 Otros sectores**

*Banca y finanzas.* El sector bancario ha experimentado una considerable concentración, sobre todo a través de fusiones, pero no ha habido oportunidad de examinar dichas fusiones y determinar su efecto sobre la competencia. De los 25 bancos que operaban en 1997, hoy quedan únicamente 15, y los cuatro principales controlan el 75% del mercado. La Superintendencia de Banca y Seguros regula el mercado, centrándose principalmente en la solvencia y otras consideraciones sistémicas, pero el hecho de que haya contratado a uno de los primeros economistas del Indecopi podría sugerir su interés en asuntos de competencia. El sector financiero (y algunos bancos, indirectamente) han estado implicados en dos casos recientes de concertación de precios sometidos al Indecopi, el caso del seguro automovilístico, en el que la concertación de precios quedó confirmada, y un caso, que está siendo examinado, que implica la concertación de comisiones por las administradoras de fondos de pensiones. Se ha sugerido que el propio sector bancario (incluida la Asociación Nacional de Banca y Seguros) amerita un escrutinio más estrecho por la Comisión de la Libre Competencia.

Las medianas y pequeñas empresas representan el 42% del PIB y emplean al 76% de la población activa, pero el mercado de capitales peruano es tal que aun las pequeñas y medianas empresas encuentran imposible obtener capital. Un proyecto del BID está buscando mejorar el ambiente regulador, impulsar un código de buen gobierno corporativo y educar a los agentes del mercado.

*Minería.* La industria minera de Perú es clave en su desarrollo tanto económico (genera más del 45% de los ingresos de Perú por exportaciones) como social (al favorecer a algunas de las regiones más pobres del país). Un informe del Banco Mundial menciona, sin embargo, que las inversiones han disminuido, debido en parte a problemas regulatorios. Por ejemplo, la falta de un marco regulador claro crea confusión y altos costes de transacción para las empresas mineras, y el público recela de los responsables de la regulación en materia medioambiental. Los principios de la política de competencia ayudarían en la solución de estos problemas, ya que unos derechos y deberes inequívocos, exigidos de forma transparente, son importantes para el desarrollo de mercados saludables y competitivos.

## 5. Propugnación de la competencia por el Indecopi

En este informe, el término “propugnación de la competencia” se refiere a la actividad diseñada para promover el conocimiento de todos los beneficios de una economía de mercado competitiva, así como el valor de hacer cumplir la ley de competencia y la importancia del núcleo del principio de la política de competencia de que la regulación administrativa no debería interferir con la capacidad de las empresas para responder eficientemente a las demandas de los consumidores, salvo en la medida necesaria para satisfacer otros objetivos sociales. Esto no incluye los procedimientos legales del Indecopi en sí mismos y de por sí, pero sí la difusión de información sobre dichos procedimientos.

Propugnar la competencia en su sentido más amplio, exponiendo o explicando los beneficios de una economía de mercado competitiva, ha sido siempre parte principal de la función del Indecopi y de sus actividades. Este amplio acercamiento a la propugnación de la competencia refleja el concepto que subyace a la organización del Indecopi como una agencia con un mandato que incluye ámbitos que, siendo muy diversos, están todos ellos relacionados de una u otra forma con la liberalización del mercado y la promoción de la competencia. Así, la promoción por el Indecopi de su trabajo relacionado con procedimientos concursales no es lo que usualmente llamaríamos propugnar la competencia pero, al reducir las barreras de salida, anima también a nuevas entradas. Asimismo, la promoción por el Indecopi del registro de marcas y el respeto a la propiedad intelectual transmite a las empresas el mensaje de competir a través de la diferenciación de productos y educa al público sobre los riesgos de comprar mercancías pirateadas. Esta clase de actividad es muy importante en Perú, donde buena parte del público y del gobierno no entiende los beneficios de una economía de mercado competitiva y, de hecho, se opone a las reformas encaminadas a instaurar un mercado liberal.

Pese a la contribución de estas actividades a la promoción de la reforma del mercado en general, esta sección se centra en las actividades del Indecopi que más directamente se relacionan con leyes y políticas de la competencia. A este respecto, los mandatos del Indecopi para proteger a los consumidores y reprimir la competencia desleal han venido definitivamente a complementar su propugnación de leyes y políticas en materia de defensa de la competencia. Por ejemplo, la información publicada por el Indecopi sobre los minutos de espera en los cajeros de distintos bancos estimuló la competencia y educó tanto a los consumidores como a las entidades bancarias. Más en general, la promoción por el Indecopi de sus actividades de protección al consumidor y represión de la competencia desleal desalientan la conducta oportunista de los vendedores y asegura a los compradores que recibirán una compensación en caso de ser objeto de una conducta desleal.

Asimismo, Indecopi se compromete más explícitamente con la actividad educacional. Por una parte, el programa “Indecopi Educa” capacita a los profesores para que ayuden a los estudiantes a llegar a ser consumidores más sofisticados y a desarrollar una mejor comprensión de los beneficios que deparan la política de competencia y otras reformas económicas. Por otra, “Indecopi Empresa” es un programa formativo dirigido a las pequeñas y medianas empresas, incluidas muchas que operan en el sector informal. El objetivo es promover la conciencia de la competencia y las normas sobre la propiedad intelectual, así como las políticas que respaldan dichas normas.

La colaboración del Indecopi con el gobierno en pro de la competencia también ha sido importante. En 1999, por ejemplo, el Indecopi elaboró para otros organismos públicos 150 análisis de política de la competencia sobre un amplio elenco de temas. La mayoría de los análisis se remitieron al Congreso. En cambio, otras agencias públicas han sido, por lo general, menos propensas a solicitar la opinión del Indecopi. En particular, la agencia privatizadora de Perú no ha consultado al Indecopi de forma regular, pese a ser las políticas en materia de competencia obviamente importantes cuando un gobierno se plantea privatizar activos estatales. El proceso consultivo entre el Indecopi y los reguladores autónomos de los sectores de telecomunicaciones y energía, Osiptel y Osinerg, parece funcionar mejor.

Debería recordarse, sin embargo, que el Indecopi no es percibido como un propugnador de la competencia con respecto al antidumping y en materias de salvaguardias. Se considera que el Tribunal de Defensa de la Competencia es más partidario de acciones antidumping que el Ministerio de Economía y Finanzas o que el Ministerio de Comercio, y el Indecopi propugnó de hecho los cambios necesarios en la legislación para facilitar dichas acciones.

Buena parte de la reciente propugnación de la competencia por Indecopi ha estado relacionada con las disposiciones constitucionales que prohíben al Estado asumir actividades económicas a menos que éstas estén expresamente autorizadas por ley y tengan carácter “subsidiario” respecto de la actividad del sector privado. Para asegurar la adherencia a estos y otros principios, el gobierno estableció en 2001 un procedimiento, encargado al Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (Fonafe), para examinar las actividades de todas las empresas de titularidad pública.

En el período 2001-2002, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi elaboró informes para analizar 13 empresas públicas de diversos sectores, incluidos el servicio postal, la aviación comercial, la construcción de buques y la comercialización de hojas de coca. Fueron objeto de análisis un total de 115 actividades separadas, encontrándose que 24 de ellas no estaban expresamente autorizadas por una ley. De las 91 actividades que cumplieron el requisito de

autorización expresa, el Indecopi concluyó que 41 incumplían el requisito de subsidiariedad.

Los informes del Indecopi se remitieron a Fonafe y se les dio publicidad. Se sabe que Fonafe ha tomado algunas decisiones, pero éstas no se han hecho públicas y ni siquiera se sabe cuándo lo serán o si lo serán en absoluto. En su caso, su publicación promovería la confianza del público en que se están cumpliendo los requisitos constitucionales, aclararía la interpretación que hace el gobierno de dichos requisitos y alentaría la inversión nacional y extranjera.

Al margen de las decisiones de Fonafe y de si éstas se hicieron públicas, los informes del Indecopi recibieron considerable atención al publicarse y, en consecuencia, han contribuido a formar una opinión pública sobre la correcta función del Estado y del sector privado en la economía peruana.

La buena reputación del Indecopi por sus sólidos análisis económicos le ha permitido también influir en otros ámbitos. Por ejemplo, las partes que impugnaron la directiva del Ministerio de Transportes por concertación de precios en el sector del transporte por carretera no sólo presentaron una demanda ante la Comisión de Acceso al Mercado, sino que solicitaron al Tribunal Constitucional que declarase que la acción del Ministerio vulneraba la obligación del Estado de facilitar la libre competencia. Al fallar a favor de los demandantes, el Tribunal se apoyó en gran medida en el análisis de la Comisión de Acceso al Mercado sobre el impacto y la justificación del requisito de fijación del precio.

Un proyecto financiado por el BID e iniciado en 1997 se proponía evaluar el impacto de las actividades del Indecopi en la economía peruana.<sup>64</sup> La investigación puso de manifiesto que los beneficios económicos derivados de la actividad del Indecopi en sus primeros siete años rondaron los 120 millones de USD, lo que equivalía a más de seis veces el coste operativo de la agencia. De todas las unidades funcionales del Indecopi, las dos con una contribución relativa mayor fueron la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado. Solo en 1993-1994, las decisiones de la Comisión de Libre Competencia habrían producido beneficios por importe de 28,6 millones de USD. Información como ésta podría haber ayudado a explicar los beneficios que reporta la competencia y, en particular, podría haber avalado las peticiones de más fondos públicos para la misión esencial de defensa de la competencia del Indecopi. Con todo, se ignora si el Indecopi hizo uso de esta información en su propugnación de la competencia, pero posiblemente no lo hizo para captar más fondos con los que financiarse, ya que por entonces el Indecopi consideraba la capacidad de autofinanciarse como una ventaja.

## 6. Evaluación y Recomendaciones

### 6.1 *Proteger la autonomía, credibilidad y competencia técnica, reales y percibidas, de los órganos cuasi-judiciales del Indecopi promulgando legislación para revisar el proceso de selección y destitución de quienes toman decisiones en primera y segunda instancias.*

- *El proceso para seleccionar a los miembros del Tribunal debe ser transparente e incluir controles y contrapesos. El establecimiento de niveles de cualificación profesional obligatorios debe también ser seriamente considerado.*
- *El proceso para seleccionar a quienes toman decisiones en primera instancia debe también ser revisado, quizá haciendo que sean seleccionados por los miembros del Tribunal.*
- *Cuantos toman decisiones en primera y segunda instancias deben ser seleccionados para períodos fijos (y preferiblemente escalonados) y deben ser destituibles sólo con causa justificada.*

Aunque el Indecopi sea en teoría una agencia independiente, no tiene protección legal para su condición independiente y la independencia de sus unidades cuasi-judiciales no siempre ha sido respetada. El Indecopi rinde actualmente cuentas a la Presidencia del Consejo de Ministros en lugar de hacerlo a algún Ministerio. Este sistema puede ser satisfactorio para la Presidencia y el Directorio del Indecopi, puesto que éstos supervisan las unidades administrativa, investigadora, analítica y promocional de la agencia. No es inusual que los funcionarios de la agencia a cargo de estas actividades puedan ser destituidos a voluntad y, por tanto, estén sujetos a algún grado de influencia gubernamental.

Sin embargo, el actual sistema peruano claramente falla al no proteger la independencia de los cargos cuasi-judiciales del Indecopi, es decir, los miembros de su Tribunal y sus Comisionados. La Ley de 1992 que creó el Indecopi estipuló cierta protección para los miembros del Tribunal, al concederles nombramientos por un período de cinco años durante el cual podían ser destituidos sólo con causa justificada, pero dicha protección fue retirada en 1994. Estas protecciones deberían ser restablecidas y deberían concederse nuevas protecciones a los comisionados.

Además de proteger la autonomía de las personas que hayan sido seleccionadas para servir como responsables de tomar decisiones cuasi-judiciales, Perú debería introducir algo de transparencia en el proceso de



selección, aplicar criterios de selección pertinentes y someter el proceso a un sistema de controles y contrapesos. Actualmente, el sistema por el cual son seleccionados los cargos cuasi-judiciales del Indecopi –por el Presidente de Perú (en el caso de los miembros del Tribunal) o por el Directorio del Indecopi (en el de los comisionados)– no tiene ninguno de estos elementos. Este sistema contribuye a temores generalizados –y a algunos rumores específicos– acerca de intervención gubernamental “tras bambalinas”. También socava la confianza en la competencia técnica del Indecopi; la reputación del Tribunal de la Competencia se ha resentido, debido al temor de que sólo su Presidente tenga conocimiento real acerca de legislación en materia de competencia y cuestiones de política. En este informe no se emite un juicio acerca de las cualificaciones de esos otros miembros, pero el hecho de que haya inquietud subraya el problema del actual proceso de selección no transparente.

A este respecto, es destacable que Chile, cuyo sistema de política en materia de la competencia fue objeto de un examen inter pares en la primera reunión del Foro Latinoamericano de Competencia BID-OCDE, se enfrentaba precisamente al mismo problema y ha aprobado una legislación para abordarlo.<sup>65</sup> El sistema global de Chile es diferente del de Perú, pero las disposiciones de la ley recién aprobada constituyen un útil punto de partida para el análisis. En primer lugar, la Ley requiere que todos los candidatos para su Tribunal tengan conocimientos de cuestiones relacionadas con la competencia. Dicho requisito no es inusual en países con nuevos sistemas de competencia. En segundo lugar, la Ley contempla controles y contrapesos, de manera que la Corte Suprema y el Banco Central someten a examen a todos los candidatos a través de un concurso público; sólo las personas nombradas o seleccionadas mediante este proceso pueden convertirse en miembros del Tribunal. Esta es, desde luego, sólo una forma de establecer controles y contrapesos; el nombramiento presidencial y la confirmación legislativa es otro modelo más común. En tercer lugar, los miembros del Tribunal tienen mandatos de seis años y durante ellos sólo pueden ser cesados con causa justificada. Dicha protección es normal en muchos países.

La adopción de un sistema formal y transparente de controles y contrapesos sería un enfoque lógico para Perú con respecto a su Tribunal, pero podría no ser práctico como medio para elegir y proteger la autonomía de los comisionados no remunerados y jefes de oficina, que son los que toman decisiones en primera instancia en el Indecopi. Una posible solución con respecto a estos funcionarios cuasi-judiciales sería establecer que sean seleccionados por el Tribunal para períodos fijos y que sólo pueda destituirlos el Tribunal y únicamente pueda hacerlo con causa justificada.

Algunos en Perú afirman que para asegurar la continua existencia e independencia del Indecopi, la Constitución peruana debe de ser enmendada

para incluir expresamente a esta agencia en su articulado (como ya ocurre con el Banco Central y, aparentemente, con la Superintendencia de Seguros). Al considerar esta propuesta, es importante tener en mente que la necesidad real es asegurar la independencia de las unidades cuasi-judiciales del Indecopi. Declarar al propio Indecopi independiente parece no ser necesario ni suficiente para lograr ese objetivo.

**6.2 *El sistema peruano de financiación del Indecopi debería cambiarse y deberían asignarse más fondos a las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado.***

- *Perú debería eliminar o reducir considerablemente la dependencia del Indecopi de las multas como una fuente de ingresos. Las multas deberían ir al Tesoro y deberían destinarse fondos públicos al Indecopi.*
- *Perú debería destinar financiación pública a las Comisiones de Libre Competencia y de Acceso al Mercado del Indecopi, porque se trata de una inversión que sale rentable. El Indecopi debería asignar más fondos al trabajo en materias puramente relacionadas con la competencia, aunque ello suponga hacer recortes en otros trabajos útiles, ya que los casos puramente de competencia suelen tener un mayor impacto de mercado.*

*Fuentes de financiación*

El porcentaje del presupuesto del Indecopi que representan las multas impuestas ha aumentado con el tiempo y representa ahora casi el 60 por ciento. Este sistema *tan inusual* menoscaba la difícil administración eficiente y ciertamente crea preocupación a nivel nacional e internacional sobre la integridad de las decisiones del Indecopi.

En términos más generales, parece muy probable que la convicción inicial del Indecopi en una autofinanciación contribuyó a una inversión menor de la necesaria en actividades directamente relacionadas con la competencia (véase más adelante) y la decisión del gobierno en 2003 de eliminar toda financiación al Indecopi dificulta aún más la dotación de financiación adecuada para estas actividades. Exceptuándose las multas que impone, el Indecopi no puede llevar a cabo su trabajo directamente relacionado con la competencia más que cobrando derechos que sobrepasen el coste de sus servicios de registro y de otro tipo (lo cual es contrario a una de las leyes que el Indecopi hace cumplir). Aun cuando los derechos son preferibles a las multas como fuente de financiación, parece improbable que esta práctica permita al Indecopi mantener y aumentar el respeto por la integridad.

Perú es un país en vías de desarrollo cuyos recursos son reclamados por importantes áreas, pero la financiación pública para comisiones directamente relacionadas con la competencia –a niveles más altos que lo que se asigna hoy día– sería una inversión que cabe esperar resulte con creces rentable.

En la siguiente sección, este informe recomienda que Perú someta, como mínimo, a las fusiones a la Legislación de Defensa de la Libre Competencia. Si lo hiciera, y si también estableciera un sistema de notificación previa de una fusión parecido a lo que ahora tiene para fusiones en el sector eléctrico, los derechos de tramitación de procesos serían una fuente de financiación legítima, aunque algo arriesgada, para las actividades de, al menos, la Comisión de Libre Competencia. Aun adoptándose dicho sistema, el gobierno debería comprometerse a proporcionar la financiación necesaria de modo que la labor de hacer respetar el Derecho de la competencia no dependa totalmente de los derechos de tramitación.

#### *Niveles de recursos*

Las prácticas condenadas en los casos de protección al consumidor y competencia desleal ante el Indecopi no tienen necesariamente un efecto adverso sobre la economía de Perú, aunque exigir el cumplimiento de dichas normas sea beneficioso para el establecimiento de reglas que alienten la confianza en nuestro mercado. Es mucho más probable que los casos de libre competencia y de acceso al mercado beneficien al mercado en su totalidad. Perú está en la posición poco usual de tener pruebas empíricas a este respecto: un proyecto de investigación auspiciado por el BID confirmó que el trabajo del Indecopi en materia de libre competencia y acceso al mercado tuvo mayores contribuciones relativas a la economía peruana que las otras funciones del Indecopi.

No obstante estas consideraciones, en 2003 la Comisión de Libre Competencia y la Comisión de Acceso al Mercado recibieron sólo, en conjunto, el 8% de los fondos y un 7,5% del personal que fueron destinados para las comisiones y oficinas del Indecopi. Es más, el Departamento de Política Económica considera que la Comisión de Libre Competencia está especialmente falta de personal. Por último, Perú destina menos recursos a estas comisiones que otros países en vías de desarrollo con niveles comparables de PIB, e incluso menores. No existen normas internacionales ni otras normas objetivo para determinar los niveles de recursos apropiados para hacer cumplir la legislación de defensa de la competencia, pero las evidencias indican que Perú se beneficiaría expandiendo su trabajo en materia de la competencia, aun cuando ello supusiera cortar el respaldo de algunas otras actividades del Indecopi o de otras agencias gubernamentales.

**6.3 *El Indecopi debería (a) ser más proactivo al hacer cumplir la Ley de Libre Competencia (b) emitir directrices sobre definición del mercado y evaluación de la posición dominante, y (c) incoar más casos de acceso al mercado para eliminar las numerosas barreras municipales para acceder al mercado con las que se topan los empresarios y las pequeñas empresas.***

*Casos de libre competencia de oficio*

Debido a que fueron creadas, en parte, como una alternativa a la vía judicial, las comisiones y oficinas del Indecopi deben aceptar todas las denuncias formales que estén acompañadas del pago de los derechos de tramitación aplicables. Esta obligación tiene algunas ventajas, pero también hace que la labor de hacer cumplir la ley sea menos eficiente en términos de coste-beneficio al limitar la capacidad de las comisiones para emprender investigaciones de oficio que se concentren en materias de la máxima importancia para los ciudadanos. El problema parece ser particularmente agudo para la Comisión de Libre Competencia, que emprende pocos casos de oficio a pesar de existir un consenso elevado de que debe ser más proactiva. Como mínimo, el efecto de esta obligación debe ser considerado a la hora de decidir el nivel apropiado de financiación para la Comisión de Libre Competencia. Por otra parte, el Indecopi debe considerar si existen otros medios que pueda utilizar para maximizar su eficacia en términos de costes al tiempo que cumple sus responsabilidades de resolver las denuncias formales.

Además, Perú debe seguir adelante decididamente con la reforma judicial. En primer lugar, es necesario un poder judicial eficiente, predecible y de confianza para que los mercados actúen de forma competitiva. En segundo lugar, el establecimiento de un sistema judicial más accesible liberaría de responsabilidad en la toma de decisiones al Indecopi y haría que la agencia mejorase su capacidad para emprender casos de oficio.

Los sectores propuestos para un examen adicional para garantizar la competencia son cementos, combustibles líquidos, siderurgia y banca.

*Directrices*

El uso de precedentes de observancia obligatoria por el Tribunal de la Competencia es una manera útil de aclarar cómo debe interpretarse la Ley de Libre Competencia, aunque sólo proporciona una guía sobre lo que el Tribunal considera que son las cuestiones clave en algunos casos. Aunque muchos casos de libre competencia han requerido definir los mercados del producto y geográfico y la evaluación del poder en el mercado, no hay

precedente obligatorio en lo concerniente a estos importantes temas. El texto de las resoluciones del Tribunal que no contienen precedente obligatorio puede proporcionar algunas pautas sobre su postura, pero ninguna de ellas son irrefutables y, en la práctica, dichas pautas sólo están disponibles para los expertos en competencia de Perú (porque las resoluciones son públicas pero no se publican). Dada la importancia de la definición del mercado y de la evaluación del poder en el mercado, el Tribunal (o el Indecopi) debe emitir directrices sobre estos aspectos.

### *Casos de acceso al mercado*

La Comisión de Acceso al Mercado ha logrado, a pesar de contar con una plantilla muy escasa, emprender un gran número y un alto porcentaje (50%) de casos de oficio. Además, las actividades de esta Comisión pueden ser muy importantes para potenciar la eficiencia (porque abunda la normativa anticompetitiva, sobre todo a nivel municipal) y para demostrar el valor de la política de la competencia para los consumidores (quienes podrían presenciar la entrada de nuevas empresas y menores precios), para los pequeños empresarios (quienes permanecen en la economía informal por causa de los costes regulatorios) y para la comunidad de empresas establecidas (cuyos precios locales y de exportación son mayores de lo necesario, debido al papeleo burocrático). En vista de las ventajas en términos de “relaciones públicas” esenciales y educativas de eliminar las normas anticompetitivas, la Comisión de Acceso al Mercado debe, si es posible, recibir recursos adicionales y debe emprender una campaña a nivel nacional contra tales normativas. En la actualidad, son las empresas de servicios públicos las que presentan la mayoría de las denuncias a la Comisión, y es positivo que la Comisión pueda eliminar las barreras administrativas a las que se enfrenta. Pero uno de los objetivos de la campaña recomendada sería ampliar la concienciación y aceptación de los poderes de la Comisión de tal forma que los pequeños empresarios y las pequeñas y medianas empresas lleguen a considerar a la Comisión como un importante aliado.

**6.4 *La Ley de la Libre Competencia debe enmendarse para proporcionar control de las fusiones y para aclarar la norma legal que deba aplicarse a los cárteles y a otros acuerdos horizontales; no existe razón aparente para enmendar la ley para que incluya la fijación abusiva de precios.***

*Control de fusiones*

Un Grupo de Trabajo del Indecopi está estudiando una serie de posibles propuestas para enmendar la Ley de Libre Competencia. Una propuesta que el Grupo de Trabajo está considerando es que la ley sea enmendada de tal forma que (i) proporcione una base legal para impugnar fusiones y adquisiciones contrarias a la competencia, y (ii) establezca un sistema de notificación previa de fusiones. Esta propuesta debería hacerse y ser aceptada. Perú ha sido testigo de un incremento de la concentración en muchos sectores. Algunos de los mercados en los que el Indecopi ha encontrado o está investigando prácticas de fijación concertada de precios y abuso de posición dominante han llegado a estar mucho más concentrados debido a las fusiones y el control de las fusiones quizá hubiese evitado estos problemas. Por otro lado, ni el Indecopi ni Osiptel tienen la autoridad para determinar el probable impacto de la reciente adquisición de BellSouth por Telefónica. Los argumentos en contra del control de las fusiones están, en su mayor parte, equivocados o anticuados. El argumento de que las economías abiertas y pequeñas no necesitan control de fusiones o que tal control podría interferir en que las empresas locales obtengan economías de escala ha sido ampliamente desacreditado. El análisis de la fusión puede ser complejo, pero la Comisión de Libre Competencia tiene 10 años de experiencia que la han preparado para este proceso. Además, el coste del control de fusiones puede ser controlado dando al Indecopi la autoridad para establecer los umbrales para la notificación previa de la fusión.

Si Perú adopta un sistema de notificación previa de fusiones, debe prestar gran atención a cómo establece sus umbrales de presentación de notificaciones. Su actual ley sobre fusiones en el sector eléctrico basa las obligaciones de notificación en la cuota de mercado de las partes, lo que, si puede funcionar bien en mercados regulados, en otros mercados presenta el problema de que las partes pueden manipular el sistema definiendo mercados de formas que les permitan evitar presentar una notificación. Pueden ser preferibles simples medidas de tamaño y volumen, especialmente en países en los cuales la información relevante para la definición del mercado puede ser escasa. Además, el Indecopi debe plantearse proponer que la modificación legal no establezca un umbral en particular, sino que más bien autorice a la Comisión a establecer tales umbrales como considere necesario y apropiado. Esto permitiría a la Comisión comenzar con niveles muy altos al inicio de la

aplicación del control de la fusión y bajar luego los umbrales, ya sea de forma selectiva o generalizada, con base en su experiencia real.

### *Cárteles*

El Grupo de Trabajo también está estudiando una propuesta para aclarar la norma legal aplicable a cárteles explícitos y a otras prácticas restrictivas. La opinión actual parece ser que Perú debería tener un sistema similar al existente en México: los cárteles estarían sujetos a una prohibición “absoluta”, mientras que otros acuerdos serían objeto de prohibición “relativa”. La claridad está meridianamente presente y el sistema contemplado parece sensato.

### *Abuso de posición dominante*

Cuando aprobó la Ley de Libre Competencia, Perú tomó aparentemente la decisión política de no incluir una prohibición de la “fijación abusiva de precios” o de otros medios para explotar una posición dominante. Muchos países carecen de tales prohibiciones y muchos países que los tienen actualmente no las hacen respetar. La razón no estriba en que dichos países crean que la fijación abusiva de precios o las demás prácticas de explotación sean buenas o inofensivas, sino que es difícil, cuando no imposible, hacer cumplir dichas prohibiciones de modo que la situación mejore en vez de empeorar. Es cierto que los países en vías de desarrollo como Perú no pueden esperar que la fijación abusiva de precios estimule la entrada de competidores tan rápido como sucedería en el caso de los países desarrollados. En consecuencia, el perjuicio derivado de la fijación abusiva de precios puede ser mayor en los países en vías de desarrollo. Aun así, las autoridades de defensa de la competencia no disponen, en general, de un remedio viable contra la fijación abusiva de precios, a menos que puedan eliminar las barreras de entrada que respaldan la posición dominante de una empresa. La Comisión de Acceso al Mercado ya tiene facultades para actuar contra las barreras a la entrada más importantes: las normas anticompetitivas. Es más, la falta de autoridad para condenar la fijación abusiva de precios no ha sido aparentemente un problema en el pasado. En tales circunstancias, parece improbable que la prohibición de la fijación abusiva de precios o de otras conductas explotadoras vaya a beneficiar a los consumidores peruanos.

**6.5** *La propugnación de la competencia debe seguir, con un énfasis adicional en explicar que los casos de Libre Competencia y Acceso al Mercado detienen una conducta que daña a los ciudadanos en general más que ser un medio eficiente de resolver litigios privados.*

El Indecopi es bien conocido por su defensa de la competencia y por usar la “marca” Indecopi para promover la reforma del mercado. Sin embargo, en

ciertos sentidos la marca puede haber ocultado las diferencias en sus diversas áreas funcionales. Aunque el Indecopi desarrolla un trabajo útil e importante para resolver quejas en materia de competencia desleal y de protección al consumidor estableciendo las reglas del juego y ofreciendo reparaciones a quienes presentan denuncias, muchos de los casos son esencialmente litigios privados, que de por sí carecen de impacto en el mercado. El Indecopi tramita muchos más casos de esta clase que casos relacionados con la libre competencia o el acceso al mercado y parecería que la mayor parte de su labor de defensa de la competencia tratase todas estas (y demás) actividades como “casos de competencia”. Esta práctica puede contribuir a explicar por qué la mayoría de los ciudadanos no comprende que los casos de libre competencia o acceso al mercado no son simples litigios privados, sino más bien casos que afectan el mercado en su conjunto, incluso si empiezan como respuesta a denuncias más que como actuaciones de oficio.

En el futuro, el Indecopi debe procurar que su defensa de la competencia haga hincapié en que sus casos en materia puramente competitiva representan el compromiso de Perú ante los consumidores y ante la economía en su conjunto y no sólo son la concesión por el Indecopi de un medio eficiente para resolver litigios privados. A este respecto, sería útil usar información sobre el impacto de las actividades del Indecopi, como la producida por la investigación auspiciada por el BID en la década de los noventa.

## **6.6 *El Gobierno peruano y sus Ministerios deben prestar un respaldo mayor y visible a la política de la competencia y a la reforma económica.***

1. El Indecopi no es el único defensor de la política de la competencia en Perú. Las oficinas de políticas en el seno del Ministerio de Economía y Finanzas y del Ministerio de Comercio y Turismo también respaldan la reforma de la competencia, quizás más si cabe que el Tribunal de la Competencia en el área de la lucha contra el dumping. Osiptel y, por lo menos, algunas funciones de Osinerg también apoyan la competencia. Sin embargo, algunos representantes y sectores del gobierno parecen no entender las ventajas de la política de la competencia. Por ejemplo, el Tribunal de la Competencia estuvo seguramente acertado al ordenar que la fijación de precios era un medio “irracional” para tratar de abordar los problemas que enfrentan a los camioneros legales con los camioneros de la economía informal.
2. De hecho, la política de la competencia y la reforma económica han aportado grandes beneficios a la ciudadanía peruana en los últimos doce años, pero está claro que los ciudadanos y sectores del



gobierno no comprenden cómo están beneficiándose los peruanos de esta reforma. Especialmente en pueblos remotos y áreas rurales, es probable que su mercado no muestre beneficios significativos. Sin embargo, incluso en dichas áreas, quienes cuentan con servicios de energía eléctrica o teléfono han recibido, de hecho, grandes beneficios.

3. El Gobierno peruano y sus Ministerios deben unirse al Indecopi y demás defensores de la competencia a fin de explicar que éstas y otras ventajas son el resultado de la política de la competencia y de una reforma basada en el mercado. También deben hacer hincapié en que la política de competencia no interfiere en los programas sociales, sino que más bien contribuye a que éstos sean más eficaces. Además, el gobierno debe aprovechar la desconfianza de los ciudadanos en el poder judicial explicando que la reforma judicial ayudará a que los peruanos disfruten de los beneficios de la reforma de mercado. Por último, dado que la reforma de los mercados ha beneficiado claramente a la economía peruana en su conjunto, sería de utilidad que el gobierno examinase si sus actuales políticas fiscales y de otro tipo interfieren en la difusión generalizada de estos beneficios y hasta qué punto lo hacen.

Tabla A – 1

**Asignación de recursos entre Comisiones y Oficinas**

	2002		2003		2003 + 2003	
	USD	%	USD	%	FTE*	%
Libre Competencia	189 000	4.6	183 000	4.6	7	4.7
Acceso al Mercado	186 000	4.6	137 000	3.4	4	2.7
Total Libre C. puro	375 000	9.2	320 000	8	11	7.5
Publ./Comp. desleal	213 000	5.2	157 000	3.9	4	2.7
Protec. Consumidor	248 000	6.1	270 000	6.7	13	8.9
Total Deshonestidad	461 000	11.3	427 000	10.7	17	11.6
Antidumping	226 000	5.5	186 000	4.6	6	4.1
Proc. Concursal	1 403 000	35	1 398 000	35	40	27.3
Normas	297 000	7	254 000	6	6	4.1
Of. Marcas	720 000	18	749 000	19	39	26.7
Of. Prop. Int.	171.000	4	237 000	6	7	4.7
Of. Patentes	409 000	10	411 000	10	20	13.6
PI combinada	1 300 000	32	1 397 000	34	66	45.2
<b>Total</b>	<b>4 062 000</b>		<b>3 982 000</b>		<b>146</b>	

\* FTE (*equivalentes a tiempo completo*) se refiere al número total de puestos autorizados.

Tabla B – 1

**Asignación de recursos entre Salas de Tribunales**

	2002		2003			
	USD	%	USD	%	FTE*	%
Trib. Competencia	540 000	51	372 000	35	8	28
Trib. Propiedad In.	507 000	48	473 000	44	12	43
Trib. Quiebras	35 000	<1	231 000	21	8	28
<b>Total</b>	<b>1 082 000</b>			<b>1 076 000</b>	<b>28</b>	

## BIBLIOGRAFÍA

- APEC (2003), Peru's Individual Action Plan, *Competition Policy*, [www.apec.org/document/PE\\_2003\\_IAP.htm](http://www.apec.org/document/PE_2003_IAP.htm)
- Banco Mundial (2002), Country Assistance Strategy for the Republic of Peru, Annex C: Private Sector Strategy.
- Banco Mundial-OCDE (1997), Competition Policy in a Global Economy: A Latin American Perspective.
- BID (2003), Support for Capital Market Development in Peru with an Emphasis on Venture Capital.
- BID (2003), Information and Communications Technologies in Support of South American Competitiveness and Integration.
- BID (2003), Perú: Competitividad e Infraestructura y Servicios de Transporte.
- BID (2003), La Competitividad y la Organización Institucional de la Regulación de Servicios Públicos en Perú: diagnóstico y propuesta de reforma.
- BID (2002), Beato, Paulina, y Laffont, Jean-Jacques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*.
- BID (2001), Fuente, Carmen, *Competition Policy in Latin America: Implications for Infrastructure Services*.
- BID (2001), De León, Ignacio, The Role of Competition Policy in the Regulation of Infrastructure Industries: Some Lessons from the Latin American Experience.
- Boza, Beatriz, "The Standing of Competition Authorities vis-à-vis Civil Society", International Competition Network, Mérida, México, junio de 2003.
- Boza, Beatriz, ed., *The Role of the State in Competition and Intellectual Property in Latin America*, Indecopi (2000):
- Beatriz Boza, "The Role of Indecopi in Peru: The First Seven Years"

- Beatriz Boza y Welby Leaman, “The Promotional Role of Government in Market Discrimination Cases: Lima nightclubs, self-esteem, and civil society empowerment”
- Kwang Wook Kim, “Conflict of Interest: The Tension between Public-Private Cooperation and Multiple Principles in Peru”
- Ruth Lars Keppeler y Andreas Reber, “Information and Communication Technology in Peru: Building an Industry”
- Mercedes Aroz Fernandez, “The Value of Formality, Investment, and Competition Policy”
- Barak Orbach, “Competition Policy in Transition: Lessons from Peru”
- Armando Cáceres, “Indecopi’s First Seven Years: The Challenge of Changing the Paradigm of Succeeding in the Market”
- Michael P. Ryan, “Intellectual Property Institutions and the Public Administration of Knowledge in Developing Economies: The Case of Indecopi in Peru”
- Frank Pasquale, “Indecopi as Brand and Holding Company: The Business Model of Governance”
- Ross Lipson, “Innovation in Public Sector Reform: The Decentralisation of Indecopi”

Boza, Beatriz, ed., *Peru’s Experience in Market Regulatory Reform, 1993-1998*, Indecopi (1998):

- Beatriz Boza, “The Role of Indecopi in Peru: The First Seven Years”
- Geoffrey Shepherd, “The Role of Indecopi: Proposals and Perspectives”
- Robert M. Sherwood, “Indecopi: The 21st Century Arrives a Little Early”
- Aurora Belmore, “Indecopi in Partnership with the Inter American Development Bank”
- Elvia Patricia Gastelo, “Recent Developments in Peru’s Response to Intellectual Property Infringement”

Cáceres, Armando, “Peru: Regulatory Reform in the Electricity Sector, APEC-OECD Co-operative Initiative on Regulatory Reform”, Jeju Islaand, Corea, octubre de 2002.

Cáceres, Armando, “Strengthening the Competition Framework in a Developing Economy: The Case of Peru”, Christchurch, Nueva Zelanda, abril de 1999.

Cannock, Geoffrey, y Escaffi, José, “Telecommunications Reform in Peru: Impact of Market Sector Reform on Competition”, Washington, D.C., abril de 2001.

- De León, Ignacio, *The Role of Competition Policy in the Promotion of Competitiveness and Development in Latin America*, World Competition, Vol. 23, No. 4 (Dec. 2000) (Kluwer Law International Journal).
- Martinelli, Ana Rosa, “Competition Development in the Peruvian Public Telecommunications Market”, septiembre de 2003.
- OCDE (2003), Second Report by the Competition Committee on Effective Action against Hard Core Cartels.
- OCDE (2002a), Report on the Nature and Impact of Hard Core Cartels and Sanctions Against Cartels Under National Competition Laws.
- OCDE (2001b), OECD Global Forum on Competition, Contribution of Peru.
- OCDE (2001a), Recommendation of the OECD Council concerning Structural Separation in Regulated Industries, 26 de abril de 2001 [C(2001)78].
- OCDE (2001b), OECD Global Forum on Competition, Contribution of Peru.
- OCDE (2001c), Restructuring Public Utilities for Competition.
- OCDE (1998), Recommendation of the Council Concerning Effective Action Against Hard Core Cartels, 25 marzo de 1998 [C(98)35/FINAL].
- OCDE (1997), The OECD Report on Regulatory Reform Summary.
- UNCTAD (2004), Informe de las necesidades y prioridades en el área de Políticas de Competencia en el caso de Perú. Proyecto auspiciado por el Secretariado de Estado para Asuntos Económicos (SECO, Suiza) sobre Fortalecimiento de Instituciones y Capacidades en el área de Políticas de Competencia y Protección del Consumidor. Marzo de 2004. El documento fue elaborado en coordinación con las autoridades peruanas y contiene aportaciones procedentes de la misión exploradora en Perú del consultor de la UNCTAD Diego Petrecolla, Doctor en Economía, Director del Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Universidad Argentina de la Empresa.



## NOTAS

- 1 Los países PRMB que han participado en el Foro Global de Competencia de la OCDE son Albania, China, Egipto, Marruecos, Sudáfrica, Tailandia y Túnez.
- 2 Vargas Llosa inició su actividad política en agosto de 1987, con su oposición a la pretensión de García de nacionalizar totalmente el sector financiero y asegurador.
- 3 Entre 1993 y 1997, el porcentaje de personas que vivían en la pobreza cayó del 27 al 14 por ciento.
- 4 *Indecopi-Educa* es un programa de formación en virtud del cual la agencia forma a profesores de escuela de primaria y secundaria para que puedan explicar a sus alumnos conceptos relacionados con el libre mercado.
- 5 Véase n. 14 y cuerpo del texto.
- 6 Véase, p. ej., Kwang Wook Kim, “Conflict of Interest: The Tension between Public-Private Cooperation and Multiple Principles in Peru”, en Beatriz Boza (ed.), *The Role of the State in Competition and Intellectual Property in Latin America* (Indecopi 2000) (en lo sucesivo, “*The Role of the State*”), p. 45. Véase también Ruth Lars Keppeler y Andreas Reber, “Information and Communication Technology in Peru: Building an Industry”, en *The Role of the State*, p. 383.
- 7 El Tribunal se basó en buena medida en los documentos del juez estadounidense Robert Bork y al parecer el Indecopi adoptó un enfoque bastante hostil hacia la regulación oficial.
- 8 En 1998, un experto concluyó que “Indecopi necesita entablar acciones judiciales en importantes casos de abuso del mercado para que el público pueda apreciar cómo las intervenciones reguladoras de Indecopi mejoran sus condiciones de vida”. Geoffrey Shepherd, “The Role of Indecopi: Proposals and Perspectives”, en Beatriz Boza (ed.), *Peru’s Experience in Market Regulatory Reform, 1993-1998* (Indecopi 1998) (en lo sucesivo, “*Peru’s Experience*”), p. 97. Véase también Mercedes Aroz Fernández, “The Value of Formality, Investment, and Competition Policy”, en *The Role of the State*, p. 148 (advertencia sobre el posible coste de no adoptar un enfoque más preventivo); Barak Orbach, “Competition Policy in Transition: Lessons from Peru”, en *The Role of the State*, p. 225 (expresa preocupación por el estrecho marco de actuaciones del Indecopi).



- 9 En 1999 Perú fue elegido para desempeñar un mandato temporal como “economía convocadora” de la APEC sobre asuntos de legislación y política de competencia.
- 10 Robert M. Sherwood, “Indecopi: The 21st Century Arrives a Little Early”, en *Peru’s Experience*, p. 140. Véase también Kwang Wook Kim, *supra* n. 6, pp. 47 (sobre la “falta de capital político” de Indecopi), 50 (sobre la debilidad del mandato legal de Indecopi) y 57 (indicando que las agencias autónomas en Perú históricamente no han funcionado bien tras un cambio de gobierno).
- 11 Véase, p. ej., Aurora Belmore, “Indecopi in Partnership with the Inter American Development Bank”, en *Peru’s Experience*, p. 89 (expresando preocupación sobre la capacidad de Indecopi para mantener su independencia frente al gobierno y evitar sufrir reveses en los tribunales).
- 12 Técnicamente, Osiptel hace cumplir el Decreto Legislativo 702 e Indecopi hace cumplir el Decreto Legislativo 701, pero ambas leyes son esencialmente idénticas.
- 13 Resolución No. 163-96.
- 14 Resolución No. 001-97.
- 15 Resolución No. 206-97. En concreto, el precedente obligatorio era el siguiente:
- "Los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan como finalidad y efectos únicos y esenciales restringir la competencia, es decir cuando sean acuerdos desnudos o puros. Por otro lado, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos. De ser considerados irracionales corresponderá declarar su ilegalidad.
- Si, dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos. Sin embargo, cuando la integración pueda ser beneficiosa pero no sea considerada esencial para llevar a cabo determinada actividad productiva, el acuerdo de integración y los acuerdos accesorios y complementarios que restrinjan la competencia estarán permitidos si reúnen tres condiciones:
- i) Los acuerdos de fijación de precios o de división de mercado se realizan como consecuencia de un contrato de integración, es decir que los miembros deben estar realizando una determinada actividad económica en forma conjunta. Asimismo, dichos acuerdos deben ser capaces de incrementar la eficiencia del grupo integrado y deben ser aplicados dentro de los límites necesarios para lograr dicha eficiencia;
  - ii) Las cuotas de mercado correspondientes a cada integrante del acuerdo no llevan a determinar que la restricción de la competencia derivada de la integración vaya a ocasionar un daño;
  - iii) Los integrantes de los acuerdos no deben tener como principal propósito o intención restringir la competencia.
- De no presentarse las tres condiciones expuestas, el acuerdo será considerado ilegal."

- 16 Resolución No. 224-03.
- 17 Véase *FTC v. Indiana Federation of Dentists*, 476 U.S. 447 (1986). Véase también *California Dental Ass'n v. FTC*, 526 U.S. 756 (1999). Véase, en general, Timothy J. Muris, *California Dental Association v. Federal Trade Commission: The Revenge of Footnote 17*, 8 Sup. Ct. Econ. Rev. 265 (2000); Timothy J. Muris, *GTE Sylvania and the Empirical Foundations of Antitrust*, 68 Antitrust L.J. 899 (2001).
- 18 Al menos en el pasado, las multas impuestas por la Cámara de la Propiedad Intelectual del Tribunal eran tan bajas que los piratas bien podían considerar rentable seguir con sus actividades ilegales y contabilizar las multas como un coste operativo. Mientras las Oficinas aplicaron criterios disuasorios para fijar las multas, el Tribunal decidió al parecer no imponer multas que excediesen del perjuicio causado por la conducta ilegal. Elvia Patricia Gastelo, “Recent Developments in Peru’s Response to Intellectual Property infringement”, en *Peru’s Experience*, pp. 143, 162.
- 19 OCDE, *Hard Core Cartels* (2003); OCDE, *Fighting Hard Core Cartels: Harm, Effective Sanctions, and Leniency Programmes* (2002).
- 20 Véase *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n*, 493 U.S. 411 (1990).
- 21 Armando E. Rodriguez y Kelly A. Hoffman, “Why is Indecopi Focused on Competition Advocacy? A Framework for Interpretation”, *Peru’s Experience*, p. 197.
- 22 Resolución No. 14-93.
- 23 Resolución No. 15-02.
- 24 Resolución No. 429-04.
- 25 Resolución No. 870-02.
- 26 Resolución No. 006-03.
- 27 OCDE, *OECD Global Forum on Competition: Preventing Market Abuses and Promoting Economic Efficiency, Growth, and Opportunity* (2004).
- 28 Antimonopolio y Antioligopolio en la Legislación del Sector Eléctrico, Decreto Ley No. 25,965 (1996).
- 29 Barak Y. Orbach, “Competition Policy in Transition: Lessons from Peru”, *The Role of the State*, p. 235, n. 48.
- 30 La ley se refiere al control “directo o indirecto”, pero no requiere la notificación de una compra de acciones que dé a la firma adquirente la capacidad de nombrar miembros del consejo de administración que podrían supervisar las actividades de la empresa adquirida e influir en sus decisiones.
- 31 UNCTAD, *PERÚ: Informe sobre las necesidades y prioridades en el área de Políticas de la Competencia*, Documento preparado para el Seminario Subregional

- Bolivia – Perú (Lima, del 22 al 24 de marzo de 2004), pp. 27 y ss. El Informe refleja los hallazgos de la misión exploratoria realizada por Diego Petrecolli (Consultor de la UNCTAD, Doctor en Economía, Universidad de Illinois en Urbana-Champaign. Director del Centro de Estudios Económicos de la Regulación, Universidad Argentina de la Empresa).
- 32 La Comisión de Acceso al Mercado se creó como unidad separada en 1996. Antes, las facultades del Indecopi con arreglo al Decreto Legislativo 776 las ejercían la Comisión de Libre Competencia y la Comisión para la Protección al Consumidor.
- 33 Armando Cáceres, “Indecopi’s First Seven Years: The Challenge of Changing the Paradigm of Succeeding in the Market”, en *The Role of the State*, p. 108.
- 34 Resolución No. 02-1998.
- 35 Resolución No. 03-98.
- 36 Resolución No. 448-03.
- 37 Resolución No. 34-98.
- 38 Resolución No. 182-97.
- 39 Beatriz Boza, “The Role of Indecopi in Peru: The First Seven Years”, en *Peru’s Experience*, pp. 3, 23.
- 40 Decreto Ley No. 26122.
- 41 Decreto Legislativo No. 691.
- 42 Hasta 1998, el Indecopi no había desarrollado al parecer un sistema para garantizar la protección del secreto industrial. Robert Sherwood, “Indecopi: the 21st Century Arrives a Little Early”, en *Peru’s Experience*, p. 138. No queda claro si dicho sistema existe en la actualidad.
- 43 Resolución No. 163-96.
- 44 Resolución No. 547-03.
- 45 Véase Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, Artículo 3a.
- 46 Decreto Legislativo No. 716.
- 47 Beatriz Boza y Welby Leaman, “The Promotional Role of Government in Market Discrimination Cases: Lima nightclubs, self-esteem, and civil society empowerment”, en *The Role of the State*, p. 173.
- 48 Decreto Supremo No. 133.
- 49 Las actividades de la Comisión se basan en el Decreto Ley No. 668.

- 50 En esa época, Perú tuvo algunas leyes y una oficina de propiedad intelectual, pero el gobierno militar de los años 70 se sirvió de la oficina para impedir la importación de productos amparándose en supuestos de la propiedad intelectual. Las leyes actuales son: Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo No. 822 (1996); Ley de Propiedad Industrial, Decreto Legislativo No. 823 (1996); Ley de Patentes de Invención y Nuevas Tecnologías, Decreto Legislativo No. 823 (1996).
- 51 Michael P. Ryan, “Intellectual Property Institutions and the Public Administration of Knowledge in Developing Economies: The Case of Indecopi in Peru”, en *The Role of the State*, p. 319.
- 52 *Id.*, p. 334.
- 53 La ley que administra la Comisión se promulgó por Decreto Presidencial en 1992, Decreto Ley No. 26116. Véanse también el Decreto Ley No. 845 (1996) y la Ley Legislativa No. 27146 (1999).
- 54 La destitución sin causa justificada requiere una “opinión favorable” del Directorio del Indecopi, de su Consejo Consultivo y del Presidente del Consejo de Ministros. Como el Consejo Consultivo carece básicamente de funciones, y dado que los miembros del Directorio pueden ser cesados sin causa justificada, parece improbable que este requisito brindase algún tipo de protección real a un miembro del Tribunal a quien el Gobierno deseara cesar.
- 55 Véanse Frank Pasquale, “Indecopi as Brand and Holding Company: The Business Model of Governance”, en *The Role of the State*, pp. 83, 93; Ross Lipson, “Innovation in Public sector Reform: The Decentralization of Indecopi”, en *The Role of the State*, pp. 273, 284-87; Kwang Wook Kim, “Conflict of Interest: The Tension between Public-Private Cooperation and Multiple Principals”, *The Role of the State*, p. 295.
- 56 Es comprensible que la duración de los procesos varíe considerablemente a nivel tanto de una Comisión dada como entre Comisiones. Por ejemplo, los procesos ante la Comisión de Protección al Consumidor generalmente se resuelven en 2-3 meses.
- 57 La Comisión de Protección al Consumidor también está autorizada para ordenar acciones correctoras simples como la reparación o sustitución de un producto defectuoso.
- 58 No existen datos históricos exactamente comparativos para todo este periodo, pero parece que en 1999 únicamente 8 miembros o así de la plantilla participaron en investigaciones y análisis de la competencia.
- 59 La Comisión de la Competencia de Sudáfrica tiene 91 puestos a tiempo completo y, su Tribunal, 13 puestos a tiempo completo (2 miembros del Tribunal y un personal de apoyo compuesto por once personas). Desde que el organismo regulador de las telecomunicaciones en Sudáfrica tiene poder para exigir el respeto del Derecho de la

competencia (aunque no en exclusiva, como en Perú), el total de puestos de trabajo de Sudáfrica, 103, parece más comparable con los 15 años de trabajo del Indecopi.

- 60 Ley 26285 – Ley de la Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones.
- 61 Véase Banco Mundial, “Country Assistance Strategy for the Republic of Peru, Annex C: Private Sector Strategy”, par. 22 (2002).
- 62 Véase apartado 2.2 anterior.
- 63 Véase apartado 2.1.4 anterior.
- 64 Armando Cáceres, *supra* n.21, p. 123.
- 65 En Chile, el Tribunal será una entidad independiente con facultades judiciales, pero sin ser formalmente parte del poder judicial. Tendrá cinco miembros. El Presidente del Tribunal, que debe ser un abogado con no menos de diez años de experiencia en el campo de la legislación de competencia, será designado por el Presidente de la República de una lista de cinco candidatos elaborada por la Corte Suprema a través de concurso público. Los demás miembros (dos abogados y dos economistas) serán elegidos de la siguiente manera: un abogado y un economista serán elegidos por el Presidente de una lista de tres candidatos elaborada por el Banco Central (Consejo de Gobernadores) también mediante concurso público. El otro abogado y el otro economista serán nombrados directamente por el Banco Central entre los candidatos escogidos por ese mismo concurso público. El Tribunal también tendrá cuatro miembros suplentes seleccionados por el Presidente de la República y el Banco Central de las mismas listas de candidatos. Es requisito imprescindible que todos los candidatos tengan experiencia en temas relacionados con la competencia. El cargo de los miembros del Tribunal será por seis años, que podrá prorrogarse más de un periodo. Durante la vigencia de su cargo, solo podrán ser destituidos con causa justificada. No pueden presentar su candidatura los funcionarios ni los directivos o empleados de empresas estatales (o de sus asociadas).

# Derecho y Política de la Competencia en Perú

A pesar de dificultades transitorias, los ciudadanos de Perú estarán mejor cuando, el mercado y no los monopolistas o los burócratas, sea el que determine los precios y las calidades de los bienes y servicios que demanden. Este informe, que proporciona un análisis del derecho y de la política de la competencia en Perú, fue la base de un examen inter-pares en profundidad, durante la segunda reunión del Foro Latinoamericano de la Competencia, organizado conjuntamente por el Banco Interamericano de Desarrollo y la OCDE los días 14 y 15 de junio de 2004.

Este examen forma parte de la cooperación que la OCDE esta llevando a cabo con países que no pertenecen a la OCDE.

[www.oecd.org](http://www.oecd.org)

