

**Intergovernmental Group of Experts on Competition Law
and Policy, Fourteenth Session**

Geneva, 8-10 July 2014

Roundtable on:
**The Benefit of Competition Policy for
Consumers**

**Contribution
by
Peru**

The views expressed are those of the author and do not necessarily reflect the
views of UNCTAD

1. Introducción

Las políticas modernas del Derecho de la Competencia descansan sobre las siguientes premisas de la teoría microeconómica: competencia perfecta, monopolio, bienestar del consumidor, barreras a la entrada, eficiencias productivas y asignativas, mercados contestables, economías de escala, entre otras. Es difícil encontrar otros campos del ordenamiento jurídico que se encuentren tan nutridos y respaldados por la doctrina económica contemporánea como el Derecho de la Competencia, motivo por el cual esta materia suele considerarse como uno de los campos más fructíferos de la Economía aplicada a la ciencia jurídica, pues permite crear eficiencia en el mercado de esa manera aumentar el bienestar de los consumidores.

Asimismo, la función de la normativa protectora de la libre competencia contiene un elemento intrínseco de buscar el bienestar de los consumidores, siendo que esta función se puso de manifiesto en la políticas públicas de países como los Estados Unidos, donde hasta hoy existe una interconexión de las políticas de defensa de la competencia y de las de protección al consumidor, a nivel institucional como podemos apreciar de la estructura orgánica de la *Federal Trade Commission* (FTC) que tiene como funciones principales las de promover la protección de los consumidores, así como la prevención y eliminación de las prácticas contrarias a la libre competencia. Asimismo, en el Reino Unido existe una mayor interconexión a nivel institucional entre ambas materias, mediante la afirmación de que el principal objetivo de las políticas de competencia y las de consumidor es incrementar el bienestar de los consumidores y el crecimiento de la productividad de manera conjunta o integrada.¹

En el caso del Perú, el Indecopi tiene un diseño institucional que se ajusta a este requerimiento, pues además de ser la agencia de defensa de la competencia también protege los derechos de los consumidores², por lo que al igual que los casos anteriores, permite que ambas políticas se encuentren interconectadas y que por tanto, las acciones de promoción de la entidad se encuentren alineadas con el objetivo de mejorar la eficiencia del mercado y como consecuencia de ello, se incremente el bienestar de los consumidores. Como veremos a continuación, este documento de trabajo tiene como finalidad presentar el marco normativo y los esfuerzos realizados por el Indecopi para procurar beneficiar a los consumidores mediante la represión y sanción de conductas anticompetitivas.

2. Diagnóstico de las acciones del Indecopi en beneficio de los consumidores

¹ Alicia ARROYO APARICIO, Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daños”. *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*. Primera Edición 2013, p. 34.

² Entre otras funciones como la protección de la propiedad intelectual, eliminación de barreras burocráticas, entre otras.

En junio de 2008, el Gobierno peruano aprobó el Decreto Legislativo 1034³ (en adelante, la Ley de Competencia), introduciendo cambios en nuestra política de competencia, las que ahora se encuentran alineadas con los principios de la UNCTAD y han sido diseñadas para estimular la competencia en todos los sectores económicos. Entre los principales cambios introducidos, destaca la definición de la finalidad de la Ley, lo cual resulta importante por ser el principio rector sobre el cual se construye la política de competencia vigente en el Perú:

«Artículo 1.- Finalidad de la presente Ley.-

La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.»

Como se puede observar, la Ley establece claramente un objetivo inmediato (la promoción de la eficiencia), un objetivo último (el bienestar de los consumidores) y un mecanismo (la prohibición y sanción de conductas anticompetitivas). Para cumplir con su finalidad, el Decreto Legislativo 1033⁴ (en adelante, la Ley de Indecopi) y la Ley de Competencia han otorgado atribuciones a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del Indecopi (en adelante, la Comisión) y al Tribunal del Indecopi⁵ para perseguir conductas anticompetitivas:

«Ley del Indecopi

Artículo 2.- Funciones del INDECOPI.-

2.1 El INDECOPI es el organismo autónomo encargado de:

b) Defender la libre y leal competencia, sancionando las conductas anticompetitivas y desleales y procurando que en los mercados exista una competencia efectiva.»

«Ley de Competencia

Artículo 13.- Las autoridades de competencia.-

13.1. En primera instancia administrativa la autoridad de competencia es la Comisión, entendiéndose por ésta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI.

13.2. En segunda instancia administrativa la autoridad de competencia es el Tribunal, entendiéndose por éste al Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual del INDECOPI.»

[Énfasis agregado]

Las conductas anticompetitivas que puede perseguir la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia (en adelante, la Secretaría Técnica) y que la Comisión puede sancionar, son las siguientes:

- a. Abuso de posición de dominio. - Entendido como conductas unilaterales mediante las cuales un agente con posición de dominio restringe la competencia, causando perjuicios a sus competidores, por razones distintas a la de buscar mayor eficiencia económica. Ejemplos típicos de abuso son la negativa injustificada de trato, las ventas atadas, la discriminación y los contratos de exclusiva. Estas conductas están sometidas a una prohibición relativa o «regla de la razón».

³ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

⁴ Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Organización y Funciones del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Protección de la Propiedad Intelectual – Indecopi, publicado el 25 de junio de 2008.

⁵ A través de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia (SDC).

- b. Prácticas colusorias horizontales.- Son acuerdos o prácticas concertadas entre agentes competidores, o decisiones o recomendaciones en gremios y otras asociaciones, dirigidas a restringir la competencia. Aquí encontramos a los cárteles, que son las conductas más graves y se encuentran sometidas a una prohibición absoluta o «regla per se»: fijación de precios, restricción de la producción, reparto de mercados y licitaciones colusorias. Otros acuerdos horizontales como la discriminación concertada o la negativa concertada de acceso a una organización de intermediación, se encuentran sujetas a la prohibición relativa o «regla de la razón».
- c. Prácticas colusorias verticales.- Son acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas entre agentes que pertenecen a niveles distintos de la cadena de producción o comercialización. Para ser sancionables se requiere que alguno de los agentes involucrados haya tenido posición de dominio antes de realizar la conducta. Ejemplos típicos en estas restricciones son los contratos de exclusividad y la fijación de precios de reventa. Estas conductas están también sometidas a una prohibición relativa o «regla de la razón».

La metodología de análisis y los estándares de prueba aplicables a cada uno de estos tipos de conductas deriva de la larga experiencia en la doctrina y jurisprudencia comparadas, así como en la casuística que el propio Indecopi ha desarrollado al cabo de veinte años. Así, por ejemplo, luego de un amplio debate a comienzos de la década pasada, ha quedado claro que los cárteles dirigidos a fijar precios, restringir la oferta o repartirse el mercado son los más nocivos y, en ese sentido, deben estar sometidos a la regla «per se». Adicionalmente, a raíz de la discusión de diversos casos sobre restricciones verticales, y a la luz de la experiencia comparada, se ha podido determinar que dichas prácticas pueden ser nocivas en la medida que alguno de los agentes involucrados tenga posición de dominio en su respectivo nivel de la cadena. Ambos criterios han sido recogidos en la Ley de Competencia.

La aplicación de las normas de competencia beneficia a los consumidores de dos formas:

- 1. Beneficio directo.- Como consecuencia de la eliminación de una conducta anticompetitiva, por ejemplo un cártel de precios, los consumidores se benefician de manera inmediata debido a la mayor competencia que se generará en el mercado. Según la teoría económica como consecuencia de la corrección de una práctica anticompetitiva: los precios disminuyen, la calidad mejora, aumenta la variedad de productos o servicios y los productos y servicios se hacen más accesible a los consumidores.⁶

⁶ Ernest GELLHORN, William KOVACIC y Stephen CALKINS, *Derecho y Economía de la Competencia*, 5ª edición, México: Thomson Reuters/West, 2004, p. 68: «El [Sistema] Antimonopolio promueve la competencia con base en la creencia de que la competencia presiona a los productores para que satisfagan los deseos de los consumidores al precio más bajo y empleando los menos recursos posibles. La rivalidad entre productores permite a los consumidores hacer una oferta por los bienes y servicios, emparejando así sus deseos con los costos de oportunidad para la sociedad. En términos económicos, la competencia maximiza el bienestar del consumidor al aumentar la eficiencia asignativa (haciendo lo que los consumidores, lo cual es manifestado en su disposición a pagar) como la eficiencia productiva (produciendo bienes o servicios al costo más bajo, por ende utilizando los menos recursos posibles), y promoviendo la innovación.»

En la misma línea, el Departamento de Justicia de los Estados Unidos señala que: «La libre y abierta competencia beneficia a los consumidores al asegurarles precios menores y nuevos y mejores productos. En un mercado libremente competitivo, cada empresa competidora generalmente tratará de atraer a los consumidores recortando sus precios e incrementando la calidad de sus productos o servicios. La competencia y la oportunidad de ganancias que conlleva también estimula a las empresas a buscar métodos de producción nuevos, innovadores y más eficientes. Los consumidores se benefician de la competencia a través de precios menores y mejores productos y servicios. Las empresas que no tienen éxito en comprender y reaccionar a las necesidades de los consumidores pronto se encuentran perdiendo la batalla competitiva». Traducción libre de: «Free and open

2. **Beneficio indirecto.**- La represión de conductas anticompetitivas tiene además un beneficio indirecto, pues envía un claro mensaje al mercado sobre las graves consecuencias de emprender una conducta anticompetitiva. De esta manera, los potenciales infractores son disuadidos de asumir el riesgo de cometer una infracción y, en esa medida, los consumidores se verán beneficiados.

Una forma indirecta de aproximar el beneficio de las acciones de promoción y defensa de la competencia por parte del Indecopi es a través de las sanciones impuestas mediante multas. Al respecto, la imposición de multas, que incluyan criterios que permitan la disuasión de conductas ilícitas, desincentiva la ocurrencia de infracciones a la norma por parte de los potenciales infractores, lo cual redundará positivamente en el bienestar de los consumidores. El esquema sancionador implementado por la Comisión y el Indecopi considera una serie de criterios para su graduación⁷, siendo el beneficio ilícito y la probabilidad de detección los elementos de la multa base que permiten alcanzar el efecto disuasivo deseado⁸. El beneficio ilícito de los infractores se calcula considerando una serie de factores, que en el caso de cárteles de fijación de precios son el tamaño del mercado afectado, el incremento del precio que se evitaría al eliminar el cártel, y el tiempo que se mantuvo el incremento. La probabilidad de detección toma en cuenta la dificultad que enfrenta la agencia de competencia para descubrir la práctica ilícita. De esta forma, los criterios utilizados por la Comisión permiten que el esquema sancionador tenga un efecto disuasivo, favoreciendo positivamente el bienestar de los consumidores. En ese sentido, a continuación presentamos las multas impuestas por la Comisión en los últimos años:

Cuadro 1 **Multas impuestas por la Comisión entre 2008 y 2013**

competition benefits consumers by ensuring lower prices and new and better products. In a freely competitive market, each competing business generally will try to attract consumers by cutting its prices and increasing the quality of its products or services. Competition and the profit opportunities it brings also stimulate businesses to find new, innovative, and more efficient methods of production. Consumers benefit from competition through lower prices and better products and services. Companies that fail to understand or react to consumer needs may soon find themselves losing out in the competitive battle». US Department of Justice, Antitrust enforcement and the consumer. Disponible en:

http://www.justice.gov/atr/public/div_stats/antitrust-enfor-consumer.pdf

⁷

Decreto Legislativo 1034

Artículo 44.- Criterios para determinar la gravedad de la infracción y graduar la multa.-

La Comisión tendrá en consideración para determinar la gravedad de la infracción y la aplicación de las multas correspondientes, entre otros, los siguientes criterios:

- (a) El beneficio ilícito esperado por la realización de la infracción;
- (b) La probabilidad de detección de la infracción;
- (c) La modalidad y el alcance de la restricción de la competencia;
- (d) La dimensión del mercado afectado;
- (e) La cuota de mercado del infractor;
- (f) El efecto de la restricción de la competencia sobre los competidores efectivos o potenciales, sobre otras partes en el proceso económico y sobre los consumidores;
- (g) La duración de la restricción de la competencia;
- (h) La reincidencia de las conductas prohibidas; o,
- (i) La actuación procesal de la parte.

⁸

Indecopi (2012), Propuesta metodológica para la determinación de multas en el Indecopi. Documento de Trabajo 01-2012/GEE.

| Año | Multa (USD*) |
|-----------------|----------------------|
| 2008 | 5.5 millones |
| 2009 | 282 mil |
| 2010 | 8.8 millones |
| 2011 | 1.9 millones |
| 2012 | 87 mil |
| 2013 | 2.4 millones |
| Promedio | 3.16 millones |

*Valores aproximados al 26 de mayo de 2014

Fuente: Secretaría Técnica de la Comisión

Si bien éste no es el indicador más idóneo para medir el mayor beneficio que recibe la sociedad, puede afirmarse que el Indecopi ha estado presente desde un primer momento en la represión de conductas que puedan estar afectando a los consumidores, especialmente a los de menores recursos. En efecto, como podrá observarse a continuación, el Indecopi ha tenido la oportunidad de emitir pronunciamientos en relación con bienes primarios y servicios esenciales.

Mercados de bienes esenciales: En el caso de las empresas avícolas (1996)⁹, el Tribunal sancionó a las empresas de una asociación avícola por la concertación para la fijación del precio y la limitación de la producción del pollo, producto básico de la canasta familiar¹⁰. En el caso del oxígeno medicinal (2013)¹¹, el Tribunal sancionó a las empresas que proveían de este producto al seguro social peruano, al determinar que entre 1999 y 2004 éstas se habían repartido geográficamente las licitaciones para la adquisición de este insumo, que por resultar indispensable para la preservación de la vida y la salud de las personas que no pueden acceder a establecimientos privados, tenía una demanda inelástica¹². También se investigó el mercado del cemento (2013)¹³, en cuya oportunidad se acreditó el establecimiento de un esquema vertical de boicot contra un nuevo entrante al mercado cementero peruano, que se encuentra sujeto a condiciones de alta concentración y distribución geográfica¹⁴. En todos estos casos, la intervención del Indecopi a través de la Comisión y el

⁹ El caso se inició contra la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y diversas empresas del sector avícola, entre otros, por la presunta concertación del precio del pollo comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao entre mayo de 1995 y julio de 1996.

¹⁰ Ver: Resolución 276-97-TDC del 19 de noviembre de 1997. Disponible en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/articulos/2005/3/1-66/Re276-1997.pdf>

¹¹ El caso se inició contra tres empresas productoras de oxígeno medicinal en el país, que juntas concentraban cerca del 90% del mercado, por el presunto reparto del mercado en los procesos de selección convocados por el Seguro Social de Salud – EsSalud para la adquisición de oxígeno medicinal líquido y gaseoso a nivel nacional, entre enero de 1999 y junio de 2004.

¹² Ver: Resolución 1167-2013/SDC-INDECOPI del 15 de julio de 2013. Disponible en: http://sistemas.indecopi.gob.pe/sdc_Jurisprudencia/documentos/1-93/2013/Re1167.pdf

¹³ El caso se inició por la denuncia interpuesta por una distribuidora de materiales de construcción contra la empresa productora de cemento dominante en la región central del Perú y sus tres principales distribuidoras, entre otros, por la presunta comisión de una práctica colusoria vertical en la modalidad de negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra de cemento contra aquellos clientes que comercializaban cemento de un competidor.

¹⁴ Ver: Resolución 010-2013/CLC-INDECOPI del 22 de enero de 2013. Disponible en: http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_010_2013_CLC/Res010-2013.pdf

Tribunal ha sido determinante en la represión de conductas anticompetitivas que tienen un impacto negativo sobre los consumidores.

Mercados de servicios básicos: En el caso del seguro obligatorio contra accidentes de tránsito - SOAT (2002)¹⁵, la Comisión y el Tribunal sancionaron a un conjunto de empresas por la concertación en el precio del referido seguro obligatorio entre 2001 y 2002¹⁶. También en este mercado, en el caso de los seguros vehiculares privados (2004)¹⁷, la Comisión sancionó a las empresas que ofrecían seguros vehiculares enlatados (dirigidos al público masivo) a nivel nacional, debido a que entre 1999 y 2003 fijaron concertadamente el monto de las primas y deducibles mínimos de dichos seguros¹⁸. En el caso de los servicios de transporte, que resultan de primera necesidad, se han tramitado casos en diversas zonas del país –algunos se encuentran aún en trámite, donde asociaciones y grupos de transportistas (de carga y de pasajeros) decidieron e impusieron concertadamente sus tarifas a los usuarios del servicio, generando un perjuicio a la población¹⁹.

¹⁵ El caso se inició contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg) y diversas empresas del sector financiero y de seguros, por la presunta concertación del precio del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito (SOAT) durante entre julio de 2001 y abril de 2002.

¹⁶ Ver: Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 2003. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/repositorioaps/0/0/jer/-1/ResolucionN0224-2003-TDC.pdf>

¹⁷ El caso se inició contra la Asociación Peruana de Empresas de Seguros (Apeseg), diversas empresas del sector financiero y de seguros, así como funcionarios de dichas empresas que ejercían cargos de dirección o representación, por la presunta fijación concertada de primas y deducibles mínimos de los seguros vehiculares denominados enlatados (productos básico y completo), durante el período comprendido entre julio de 1999 y diciembre de 2003.

¹⁸ Ver: Resolución 009-2008/CLC-INDECOPI del 25 de febrero de 2008. Disponible en: <http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES009-2008/Res009-2008.pdf>

¹⁹ Véase, por ejemplo: Resolución 085-2009/CLC-INDECOPI del 22 de diciembre de 2009, que resuelve el caso iniciado contra la Asociación de Empresas de Transporte Urbano de Pasajeros (Asetup) y su Presidente, por presuntas prácticas colusorias horizontales en las modalidades de decisiones y recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar los precios de los pasajes del servicio de transporte urbano de pasajeros en Lima Metropolitana y Callao, realizadas durante el mes de agosto de 2008. Disponible en: http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_085_2009_CLC/Res085-2009.pdf

Resolución 069-2010/CLC-INDECOPI del 6 de octubre de 2010, que resuelve el caso iniciado contra la Central Regional de Transporte Público de Pasajeros (Ancash, Perú), sus representantes y diversas empresas, por presuntas prácticas colusorias horizontales en las modalidades de acuerdos y decisiones o recomendaciones destinados a la fijación concertada de precios del servicio de transporte urbano e interurbano de pasajeros en la ciudad de Huaraz, realizados entre agosto y octubre de 2008. Disponible en: http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_069_2010_CLC/Res069-2010.pdf

Resolución 055-2011/CLC-INDECOPI del 11 de octubre de 2011, que resuelve el caso iniciado contra Unión de Transportistas de Carga (Ancash, Perú), sus representantes y más de setenta (70) empresas de transporte terrestre de pasajeros, por presuntas por prácticas colusorias horizontales en la modalidad de limitación concertada de la producción en el mercado de transporte de carga pesada, desde y hacia el Callejón de Huaylas (Ancash, Perú), desde setiembre de 2007 hasta mayo de 2009. Disponible en: http://www.indecopi.gob.pe/RepositorioAPS/0/2/par/RES_055_2011_CLC/Res055-2011CLC.pdf

Resolución 056-2011/CLC-INDECOPI del 11 de octubre de 2011, que resuelve el caso iniciado contra la Unión de Transportistas de Carga (Ancash, Perú), ex miembros de su Consejo Directivo y más de setenta (70) empresas de transporte de carga, por la comisión de presuntas prácticas colusorias horizontales en las modalidades de limitación concertada de la producción y obstaculización de la permanencia de un competidor, en el mercado de transporte de carga pesada en el Callejón de Huaylas (Ancash, Perú). Disponible en:

Como puede observarse, el Indecopi ha realizado esfuerzos conducentes a promover y defender la libre competencia en distintos sectores de la economía, beneficiando de esta manera a los consumidores. Asimismo, a la par de la represión de conductas anticompetitivas, se espera que en los próximos años se intensifiquen las actividades de abogacía de la competencia, con la finalidad de eliminar barreras que estén impidiendo la mayor competencia en sectores particularmente importantes de la economía.

3. Reflexiones finales

Como hemos mencionado desde el inicio del presente trabajo, el Indecopi tiene un modelo institucional que le permite visualizar muy de cerca la interacción entre el derecho de la competencia y la protección de los consumidores. Esto resulta fundamental para la elaboración de las Políticas Públicas de Defensa de la Libre Competencia ya que las mismas deben estar alineadas con el objetivo de aumentar la eficiencia del mercado y por tanto, el bienestar de los consumidores.

En efecto, la política de defensa de la competencia se encuentra alineada con el modelo constitucional peruano de Economía Social de Mercado, donde efectivamente se promueve la libre competencia, pero teniendo en consideración cuestiones de índole social que permitan alcanzar un buen nivel de bienestar general en la población. Para ello la Ley de Competencia establece un objetivo inmediato (la promoción de la eficiencia), un objetivo último (el bienestar de los consumidores) y un mecanismo (la prohibición y sanción de conductas anticompetitivas).

Para la ejecución de esta política, en el año 2008, se realizaron ajustes en la Ley de Competencia Peruana, introduciendo cambios en nuestra política de promoción y defensa de la competencia para estimularla en todos los sectores económicos. Uno de los cambios más trascendentes fue la definición de la finalidad de la Ley, señalándose que se encontraba diseñada para prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas para promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

En ese sentido, las normas de competencia en el Perú –en línea con las normas de las jurisdicciones más representativas alrededor del mundo– se encuentran diseñadas para crear un contexto en el cual los consumidores puedan beneficiarse de la mayor intensidad competitiva. Un ejemplo de esto, son las investigaciones que se han realizado en el mercado de bienes esenciales como los alimentos (industria avícola) y el mercado de salud (seguro social), y las investigaciones realizadas en el mercado de servicios básicos como el de transportes (seguro obligatorio contra accidentes de tránsito, servicio de carga y pasajeros); siendo que los consumidores son los principales beneficiados con la corrección de las prácticas anticompetitivas identificadas y sancionadas.

Como hemos apreciado en este trabajo, la labor que ha venido realizando el Indecopi para que la política de competencia beneficie a los consumidores ha sido constante; sin embargo, esta tarea no debe detenerse, por el contrario debe intensificarse, considerando además que hoy en día, el contexto de constante cambio en los mercados, globalización y desarrollo de la economía hace que las empresas encuentren cada vez más y mejores formas de materializar conductas que impactan negativamente sobre los consumidores.

Sin perjuicio de ello, resulta imprescindible que en el futuro cada agencia tenga la oportunidad de diseñar y establecer mecanismos que –de forma objetiva, fiable y predecible– le permitan evaluar el verdadero impacto que provocan en sus respectivos mercados, con la finalidad de realizar todas las mejoras necesarias en el sistema, considerando siempre el bienestar de los consumidores como el objetivo último de la política de competencia.

* * *