



Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: La experiencia peruana

ENRIQUE A. PALACIOS PAREJA Y MIGUEL ANGEL LUQUE OYARCE

Sumario: I. Introducción. II. ¿En qué consisten? III. ¿Cómo están reguladas? IV. ¿Cómo han sido aplicadas? 4.1. En el mercado de telefonía móvil. 4.2. En el mercado de televisión por cable. 4.3. En el mercado de materiales de construcción. 4.4. En el mercado de transporte ferroviario. V. ¿Qué ha establecido el Tribunal Constitucional? VI. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

¿Qué sentido tiene que una Agencia de Competencia determine la existencia de una infracción e imponga la sanción correspondiente, si no corrige —a través de una medida correctiva adecuada— la distorsión producida en el proceso competitivo?

Precisamente, el propósito de este artículo es resaltar la importante función que cumplen las medidas correctivas en materia de Defensa de la Competencia. Así, en primer lugar, describiremos sus alcances a la luz del objetivo de la Política de Competencia. Luego, examinaremos cómo están reguladas en nuestro ordenamiento jurídico y cómo han sido aplicadas por nuestras Agencias de Competencia¹. Para terminar, comentaremos el pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional en relación con esta importante figura del Derecho de Defensa de la Competencia.

II. ¿EN QUÉ CONSISTEN?

Las medidas correctivas consisten básicamente en órdenes de cese — obligaciones de hacer o de no hacer, incluso bajo determinadas condiciones— que puede imponer la Agencia de Competencia. Como suele ocurrir con los conceptos jurídicos, la mejor forma de entender esta figura, y aplicarla correctamente, es a través de la consideración de sus objetivos.

¹ En el Perú, las Agencias de Competencia son el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual — INDECOPI y, para los servicios públicos de telecomunicaciones, el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones — OSIPTEL.

El objetivo de la Política de Competencia² consiste en proteger el proceso competitivo. Para alcanzar este fin, es necesario prohibir, sancionar y corregir aquellas conductas que tengan por efecto, real o potencial, la concentración de poder de mercado por medios o razones distintos a la eficiencia económica. Así, la Política de Competencia suele utilizar dos herramientas de carácter complementario para cumplir su objetivo: el control de conductas (prohibición del abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas) y el control de estructuras (control de concentraciones empresariales).

En el caso peruano, el Decreto Legislativo 701, Ley de Defensa de la Competencia, prohíbe el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas. El control de concentraciones empresariales, en cambio, sólo ha sido recogido de manera expresa en el sector eléctrico, a través de la Ley Antimonopolio y Antioligopolio del Sector Eléctrico, aprobada mediante Ley 26876³.

Como resulta evidente, existe una relación directa entre el objetivo de la Política de Competencia y los objetivos que deben perseguir las medidas correctivas. En efecto, las medidas correctivas en nuestro país están destinadas a corregir las distorsiones producidas o que podrían producirse en el proceso competitivo por el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas, y a evitar las distorsiones que podrían producirse a raíz de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico. Así, cuando la Agencia de Competencia determina la existencia de un abuso de posición de dominio o de una práctica restrictiva, además de declarar la ilegalidad de la conducta e imponer la sanción correspondiente, debe establecer medidas correctivas adecuadas.

Por ejemplo, si se determina que la negativa de “A” —empresa con posición de dominio en un mercado mayorista— de suministrar determinado insumo a “B” —empresa entrante en un mercado minorista— constituye un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, no basta con que se declare la ilegalidad de la conducta y se imponga una sanción a “A”, sino que es necesario ordenar el cese de la conducta infractora. En otras palabras, es necesario que la Agencia de Competencia ordene que “A” suministre el insumo a “B”, incluso bajo determinadas condiciones. La razón es muy sencilla y es que, si la infracción ha sido correctamente determinada, el suministro del insumo constituye un recurso esencial⁴ para que “B” participe en el mercado minorista. En consecuencia, sólo ordenando dicho suministro podrá corregirse la distorsión en el proceso competitivo producida por la infracción de “A”.

2 Para un análisis histórico del objetivo de la Política de Competencia, ver: CÁCERES, Fernando. “El por qué de la política de libre competencia”. En: *Derecho & Sociedad*, N.º 19, Lima, 2002.

3 Para un análisis objetivo de las razones a favor y en contra de esta inusual restricción, ver: DIEZ CANSECO, Luis y José TÁVARA. “Estabilizando el péndulo: control de fusiones y concentraciones en el Perú”. En: *Themis*, N.º 47, Lima, 2003.

4 Para un análisis exhaustivo del concepto de recurso esencial, ver: KRESALJA, Baldo y Eduardo QUINTANA. “La doctrina de las facilidades esenciales y su recepción en el Perú”. En: *Ius et veritas*, N.º 31, Lima, 2005. Para un análisis crítico, ver: HARO, José Juan. “Contra los excesos de la regulación económica. Sobre monopolios naturales, instalaciones esenciales y otros fantasmas”. En: *Themis*, N.º 50, Lima, 2005.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos reconocer que la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita una orden de cese. En el ejemplo propuesto, sería absurdo interpretar que “A” puede continuar con su negativa a pesar de que dicha conducta ha sido declarada ilegal por la Agencia de Competencia. Sin embargo, como veremos en el punto 4, los casos reales suelen ser más complejos que nuestro ejemplo y precisamente esta complejidad es la que puede hacer necesaria la imposición expresa de medidas correctivas.

En esta tarea, por supuesto, la Agencia de Competencia debe tener en cuenta la existencia de ciertos límites. En efecto, las medidas correctivas pueden ser difíciles y costosas de administrar, pueden estar sujetas a problemas inesperados que frustren sus propósitos, pueden ser complicadas de aplicar en industrias de alta tecnología, etcétera⁵. Así, en virtud del principio de razonabilidad⁶, la imposición de medidas correctivas sólo estará justificada cuando sus beneficios sobre el proceso competitivo superen los costos de su diseño, implementación y supervisión.

En ese sentido, existen ciertos principios que deben orientar el diseño de medidas correctivas por parte de la Agencia de Competencia como, por ejemplo, restaurar la competencia, adecuarse a la infracción, eliminar las ganancias supracompetitivas, resultar autoaplicables, evitar la necesidad de supervisiones prolongadas y complicadas, etcétera⁷.

Por otro lado, así como las herramientas que utiliza la Política de Competencia pueden clasificarse en control de conductas (prohibición del abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas) y control de estructuras (control de concentraciones empresariales), las medidas correctivas pueden clasificarse en medidas correctivas de conducta y medidas correctivas estructurales.

Las medidas correctivas de conducta son aquellas que sólo inciden sobre la conducta del agente infractor. En términos generales, consisten en órdenes de cese. Sin embargo, una orden de cese puede suponer diversas obligaciones de hacer o de no hacer, dependiendo de la conducta infractora objeto de corrección. Así, si hablamos de abuso de posición de dominio, la medida correctiva de conducta puede consistir en una orden de cese de la negativa injustifi-

5 Sobre el particular, ver: OECD. *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*. Mayo, 2007, p. 51 (disponible en <http://www.oecd.org/competition>).

6 Principio del procedimiento administrativo recogido por el numeral 1.4 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, en los siguientes términos: “[l]as decisiones de la autoridad administrativa, cuando creen obligaciones, califiquen infracciones, impongan sanciones, o establezcan restricciones a los administrados, deben adaptarse dentro de los límites de la facultad atribuida y manteniendo la debida proporción entre los medios a emplear y los fines públicos que deba tutelar, a fin de que respondan a lo estrictamente necesario para la satisfacción de su cometido”.

7 Sobre el particular, ver: FISHER, Franklin. Jane Berkowitz and William Carlton Professor of Microeconomics, Emeritus. Massachusetts Institute of Technology. *Remedy Issues in Section 2 Cases*. Marzo, 2007, pp. 1–3 (disponible en <http://www.usdoj.gov>).

cada⁸ a través de la celebración del contrato negado, en una orden de cese de la discriminación⁹ mediante la aplicación de condiciones iguales para prestaciones equivalentes, en una orden de cese de la atadura¹⁰ a través de la venta individual de los productos atados, etcétera. Por otro lado, si hablamos de prácticas restrictivas, la medida correctiva de conducta puede consistir en una orden de cese de la concertación de precios¹¹ a través de la fijación individual e independiente del precio, en una orden de cese del reparto de mercado¹² mediante la atención total e indistinta del mercado, en una orden de cese del boicot¹³ a través de la celebración del contrato negado por la asociación que controla el acceso al mercado, etcétera.

Por su parte, las medidas correctivas estructurales son aquellas que afectan la estructura misma del agente infractor. Pueden consistir en una orden de escisión, reorganización, venta de una parte de los activos de la empresa, etcétera.

III. ¿CÓMO ESTÁN REGULADAS?

Lamentablemente, nuestra Ley de Defensa de la Competencia no regula expresamente la figura de las medidas correctivas. Sin embargo, consideramos que la facultad del IN-DECOPI para establecerlas está implícita en la norma.

Como señalamos al inicio, para proteger el proceso competitivo es necesario prohibir, sancionar y corregir aquellas conductas que tengan por efecto, real o potencial, la concentración de poder de mercado por medios distintos a la eficiencia económica. En ese sentido, no basta con prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas sino que es necesario, y quizá más importante, que la Agencia de Competencia esté en capacidad de corregir las distorsiones que dichas conductas producen o pueden producir en el proceso

8 Conducta tipificada en el artículo 3 y descrita en el literal a) del artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia como “[l]a negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación de productos o servicios”.

9 Conducta tipificada en el artículo 3 y descrita en el literal b) del artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia como “[l]a aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”.

10 Conducta tipificada en el artículo 3 y descrita en el literal c) del artículo 5 de la Ley de Defensa de la Competencia como “[l]a subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos”.

11 Conducta tipificada en el artículo 3 y descrita en el literal a) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia como “[l]a fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio”.

12 Conducta tipificada en el artículo 3 y descrita en el literal b) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia como “[e]l reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento”.

13 Conducta tipificada en el artículo 3 y descrita en el literal g) del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia como “[l]a negativa concertada e injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

competitivo. De esta manera, las medidas correctivas resultan fundamentales para alcanzar el objetivo de la Política de Competencia.

Sobre el particular, el artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia establece que esta norma “*tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores*”. Al utilizar el verbo *eliminar*, la propia Ley de Defensa de la Competencia reconoce de manera implícita que su objeto no sólo consiste en prohibir y sancionar las conductas anticompetitivas, sino también en corregir las distorsiones que producen o pueden producir en el proceso competitivo.

Por otro lado, al regular las medidas cautelares, la Ley de Defensa de la Competencia señala lo siguiente:

“Artículo 21.- En cualquier etapa del procedimiento, de oficio o a pedido de parte, la Comisión de Libre Competencia¹⁴ podrá, dentro del ámbito de su correspondiente competencia, dictar cualquier medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva. Con tal objeto, la Secretaría Técnica podrá proponer a la Comisión de Libre Competencia la adopción de la medida cautelar que considere, en especial la orden de cesación o la imposición de condiciones determinadas para evitar el daño que pudieran causar las conductas a que el procedimiento se refiere”.

Las medidas cautelares previstas en la norma citada, en función a la incidencia que tienen sobre la relación jurídica principal que es objeto del debate en el proceso constituyen medidas innovativas, es decir que implican una modificación en la relación material existente al inicio del procedimiento¹⁵, ya sea ordenando el cese o la realización de una acción determinada. En función a la similitud de los efectos de la medida cautelar con la pretensión principal, las medidas previstas en la disposición legal transcrita constituyen las denominadas medidas cautelares coincidentes o anticipadas sobre el fondo. Se trata de decisiones en las que la autoridad no está amparando en definitiva las pretensiones planteadas, sino que simplemente considera necesario dictar medidas que son similares a aquello que resolverá en la decisión final, pues no existe otra forma de asegurar la eficacia de esta decisión cuando se produzca.¹⁶

Como se aprecia, la Ley está permitiéndole al INDECOPI que en sede cautelar dicte medidas ordenando el cese de las conductas denunciadas o la imposición de condiciones específicas para evitar las consecuencias dañosas de las conductas denunciadas. En otras

14 La Comisión de Libre Competencia y la Sala de Defensa de la Competencia son la primera y segunda instancia administrativa en materia de Defensa de la Competencia del INDECOPI.

15 En función a la incidencia que tienen sobre la relación jurídica principal, frente a las medidas innovativas están las medidas cautelares conservativas, tales como los embargos.

16 En función a la similitud de los efectos de la medida cautelar con la pretensión principal, frente a las medidas coincidentes o anticipadas sobre el fondo, existen las no coincidentes. Nuevamente apreciamos al embargo como un ejemplo de estas últimas

palabras que dicte medidas correctivas durante el transcurso del procedimiento administrativo, antes de haber adquirido convicción sobre la materia controvertida. Como sabemos, para la concesión de una medida cautelar no se exige certeza en el juzgador acerca del derecho que se discute o pretende; basta que ese derecho aparezca como verosímil, como probable para que pueda concederse una medida cautelar

De esta manera, con la norma comentada se confirma que si el INDECOPI es competente para establecer medidas correctivas en sede cautelar, luego de un análisis de probabilidad de que el derecho alegado sea fundado, con mayor razón podrá hacerlo al resolver sobre el fondo poniendo fin al procedimiento, momento en el cual su decisión no se basará en un simple análisis de probabilidades de que el derecho sea cierto, sino en la certeza de dicho derecho, luego de agotado el debate y la actuación de los medios probatorios que hayan generado su convicción. En efecto, sería contradictorio interpretar que la Agencia de Competencia está facultada para disponer una orden de cese como medida cautelar (antes de haber determinado el carácter anticompetitivo de la conducta), pero no como medida correctiva (luego de haber determinado el carácter anticompetitivo de la conducta).

Además, desde un punto de vista práctico, desconocer la facultad del INDECOPI para establecer medidas correctivas no sólo resultaría contradictorio sino que le quitaría efectividad a nuestra Política de Competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, para evitar cuestionamientos formales basados en el principio de legalidad¹⁷, consideramos que sería recomendable que una eventual modificación normativa de nuestra Ley de Defensa de la Competencia incluyera de manera expresa la facultad del INDECOPI para establecer medidas correctivas. Ya el Proyecto de Ley 14199/2005-CR, Proyecto de Ley de Defensa de la Competencia, propuso regular las medidas correctivas con la siguiente fórmula:

“Artículo 33.- Medidas correctivas.-

Sin perjuicio de la sanción que se imponga por infracción a la Ley, la Comisión podrá dictar medidas correctivas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones;*
- b) La obligación de contratar, inclusive bajo determinadas condiciones;*
- c) La ineficacia de las cláusulas o disposiciones anticompetitivas de actos jurídicos o,*
- d) El acceso a sistemas, redes, asociaciones o servicios que sean decisivos para la competencia, inclusive bajo determinadas condiciones.*

17 Principio del procedimiento administrativo recogido por el numeral 1.1 del Artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General en los siguientes términos: “[l]as autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que les fueron conferidas”.

De manera excepcional cuando la imposición de multas fuere insuficiente para corregir la afectación de la competencia en el mercado, la Comisión podrá dictar medidas correctivas de tipo estructural, tales como ordenar la escisión o reorganización de la empresa o la venta de una parte de sus activos.

Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para el obligado a cumplirlos, que el remedio estructural.

El Tribunal tiene las mismas facultades atribuidas a la Comisión para el dictado de medidas correctivas”.

Si bien esta propuesta legislativa fue bastante cuestionada y terminó archivada en el Congreso de la República¹⁸, constituye un primer intento por reconocer de manera expresa la figura de las medidas correctivas en nuestra Ley de Defensa de la Competencia.

Por otro lado, en lo que se refiere a la facultad del OSIPTEL para establecer medidas correctivas cuando actúa como Agencia de Competencia para los servicios públicos de telecomunicaciones, la Ley de Telecomunicaciones, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 013-93-TCC, establece lo siguiente:

“Artículo 69.- Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras”.

Como se puede apreciar, a diferencia del INDECOPI, el OSIPTEL ha recibido de manera expresa la facultad para establecer medidas correctivas dentro del ámbito de su competencia.

Por su parte, la Decisión 608 de la Comisión de la Comunidad Andina, que aprobó las Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina, regula las medidas correctivas de la siguiente forma:

“Artículo 34.- Si el resultado de la investigación constata una infracción a los artículos 7 u 8¹⁹, la Secretaría General podrá disponer el cese inmediato de la conducta restrictiva y, de ameritarse, la aplicación de medidas correctivas y/o sancionatorias.

Las medidas correctivas podrán consistir, entre otras, en el cese de la práctica en

18 Entre otras razones, porque pretendía incluir a las conductas explotativas dentro de la prohibición del abuso de posición de dominio. Sobre esto último, ver: DIEZ CANSECO, Luis y Enrique PASQUEL. “Precios Excesivos: una mirada a la luz del Derecho Comparado”. En: *Advocatus*, N.º 10, Lima, 2004.

19 Normas que prohíben las prácticas restrictivas y el abuso de posición de dominio en el ámbito de la Comunidad Andina.

un plazo determinado, la imposición de condiciones u obligaciones determinadas o multas, al infractor (...)”.

Así, a diferencia de la Ley de Defensa de la Competencia, la Decisión 608 también otorga de manera expresa la facultad para establecer medidas correctivas a la Secretaría General de la Comunidad Andina, cuando actúa como Agencia de Competencia.

IV. ¿CÓMO HAN SIDO APLICADAS?

A continuación, analizaremos brevemente algunos casos en los que nuestras Agencias de Competencia, el OSIPTEL y el INDECOPI, frente a supuestos de abuso de posición de dominio, han impuesto medidas correctivas, más o menos adecuadas, en los mercados de telefonía móvil, televisión por cable, materiales de construcción y transporte ferroviario.

En el mercado de telefonía móvil

En 1997, Tele 2000 S.A. (Tele 2000) interpuso una demanda contra Telefónica del Perú S.A. (TdP) ante el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL²⁰, sobre interpretación y ejecución contractual del servicio de *roaming* automático nacional (RAN). Tele 2000 y TdP eran empresas dedicadas a la prestación del servicio de telefonía móvil. Básicamente, la demanda de Tele 2000 consistía en que TdP se había negado a prestarle el servicio de *roaming* automático fuera de Lima y Callao y, en consecuencia, había incurrido en un abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada.

En primer lugar, cabe precisar que el *roaming* es una facilidad que permite a los clientes de una empresa operadora de telefonía móvil efectuar y recibir llamadas utilizando íntegramente la red de otra empresa operadora de telefonía móvil. Además, hay que tener en cuenta que existen dos modalidades de *roaming*: el *roaming* manual²¹ y el *roaming* automático²².

El origen del problema estaba en que, existiendo cuatro bandas disponibles para la prestación del servicio de telefonía móvil²³, el Estado peruano había otorgado en concesión las dos bandas de Lima y Callao, pero sólo una banda fuera de Lima y Callao. Así, TdP operaba en la banda A de Lima y Callao y en la banda A fuera de Lima y Callao, mientras

20 El Cuerpo Colegiado y el Tribunal de Solución de Controversias son la primera y segunda instancia administrativa en materia de Defensa de la Competencia del OSIPTEL. Sin embargo, cabe precisar que durante la tramitación del referido procedimiento, la segunda instancia estaba a cargo de la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTEL.

21 En el *roaming* manual, el cliente comunica a su empresa operadora local que desea contar con esta facilidad en cierta localidad por un tiempo determinado. Luego, la empresa operadora local envía a la empresa operadora foránea la información de su cliente. Finalmente, la empresa operadora foránea procede a incluir en su sistema de telefonía móvil la información de este cliente, como si se tratara de un cliente propio.

22 El *roaming* automático es de carácter permanente. El cliente no requiere comunicar a su empresa operadora local que desea utilizar esta facilidad. La información de todos los clientes que cuentan con *roaming* automático se encuentra centralizada en una base de datos a la que tienen acceso los sistemas de telefonía móvil de las diferentes empresas operadoras.

23 Las bandas A y B en la zona de Lima y Callao y las bandas A y B en la zona fuera de Lima y Callao.

que Tele 2000 sólo operaba en la banda B de Lima y Callao, pues la banda B fuera de Lima y Callao aún no había sido otorgada en concesión.

Como resultado de lo anterior, los clientes de TdP podían utilizar sus teléfonos móviles fuera de su localidad en cualquier momento y sin necesidad de realizar ningún trámite (porque contaban con *roaming* automático), mientras que los clientes de Tele 2000 sólo podían utilizarlos fuera de su localidad de manera temporal y luego de realizar el trámite correspondiente (porque sólo contaban con *roaming* manual).

De acuerdo a lo anterior, la distorsión en el proceso competitivo estaría en el apalancamiento vertical efectuado por TdP. En otras palabras, a través de su negativa injustificada, TdP habría utilizado su posición de dominio en el servicio de *roaming* (mercado relevante) para concentrar mayor poder de mercado en el servicio de telefonía móvil (mercado afectado). ¿Cómo corregir esta distorsión?

Mediante Resolución 073-97-PD/OSIPTTEL del 13 de noviembre de 1997, la Presidencia del Consejo Directivo del OSIPTTEL declaró fundada la demanda y estableció la siguiente medida correctiva:

“1. TdP establezca el RAN en favor de los clientes de Tele 2000, con sujeción al procedimiento, condiciones, plazos y términos que a continuación se estipulan.

2. Para efectos del cumplimiento de lo dispuesto en el numeral anterior, las partes cumplirán lo siguiente:

— TdP y Tele 2000 iniciarán un proceso de negociación, con la intervención de un observador en las reuniones de las partes, designado por la Presidencia del OSIPTTEL, sobre los términos comerciales, económicos, técnicos y operativos necesarios para el establecimiento del RAN. El plazo para concluir esta negociación es de siete (7) días hábiles contados a partir del día siguiente de la notificación a las partes de esta resolución.

— La contraprestación económica por la utilización de la Red de TdP por los clientes de Tele 2000, será determinada considerando los siguientes conceptos:

I. Una compensación que retribuya la amplitud de la cobertura del RAN que las partes acuerden.

II. Los costos de instalación del RAN.

III. La tarifas por tráfico.

IV. La compensación por las inversiones adicionales que TdP deba hacer, necesariamente, para atender el mayor tráfico generado por los clientes de Tele 2000.

— Transcurrido el plazo señalado en el acápite a), si las partes no hubiesen convenido todos los términos y condiciones necesarios para el establecimiento del RAN, se dará por terminada la negociación. En tal caso, OSIPTTEL emitirá, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes y sobre la base de los argumentos y puntos de vista presentados en dicha etapa, un mandato de obligatorio cumplimiento para las partes, en el que se fije los términos y condiciones para el establecimiento del RAN.

3. *El plazo de instalación efectiva del RAN será de dos meses contado desde la fecha del acuerdo adoptado por las partes.*

4. *Salvo pacto en contrario, el acuerdo que resulte de las negociaciones tendrá la duración mínima de un año contado desde el día siguiente al otorgamiento de la concesión de la Banda B fuera de Lima y Callao a un operador de telefonía móvil”.*

Como se puede apreciar, el OSIPTEL impuso una medida correctiva sumamente específica. En efecto, anticipando los problemas que una simple orden de cese de la negativa injustificada podría haber generado, la Agencia de Competencia estableció obligaciones concretas para la celebración del contrato negado e, incluso, advirtió que emitiría un mandato si las partes no llegaban a un acuerdo dentro del plazo otorgado.

Cabe resaltar que, para cuestionar la validez de la medida correctiva, TdP argumentó que el establecimiento de una relación jurídica patrimonial significaba una violación a sus derechos a la libertad de contratar y a la libertad contractual, reconocidos por los artículos 2, numeral 14²⁴, y 62²⁵ de la Constitución Política del Perú.

Sobre el particular, el OSIPTEL precisó que el ejercicio de las libertades invocadas por TdP se encontraba limitado por el respeto a las normas de orden público como, por ejemplo, la Ley de Defensa de la Competencia. En ese sentido, teniendo en cuenta que el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas limitan el ejercicio de los derechos constitucionales a la libertad de contratar y a la libertad contractual, concluyó que la comisión de estas infracciones faculta a la Agencia de Competencia a establecer medidas correctivas. Como veremos en el punto 5, el Tribunal Constitucional ha confirmado esta interpretación.

4.2. En el mercado de televisión por cable

En 2001, Empresa de Telecomunicaciones Multimedia Alfa E.I.R.L. (Alfotel) interpuso una demanda contra Telefónica del Perú S.A.A. (TdP) ante el Cuerpo Colegiado del OSIPTEL, sobre abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada²⁶. Alfotel quería participar en el mercado de televisión por cable en la localidad de Huaycán. Por su parte, TdP prestaba el servicio de telefonía fija y, en consecuencia, contaba con una importante red de postes. De manera similar, Luz del Sur S.A.A. (Luz del Sur) prestaba el servicio de energía eléctrica y a su vez contaba con una importante red de postes. Por último, cabe mencionar que Telefónica Multimedia S.A.C. (TM) era una empresa vinculada a TdP que participaba en el mercado de televisión por cable, aunque no específicamente en la localidad de Huaycán.

24 Constitución Política del Perú. Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

25 Constitución Política del Perú. Artículo 62.- La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

26 Expediente 009-2000.

La controversia surgió porque, a pesar de que Alfatel le solicitó hasta en dos oportunidades la prestación del servicio de arrendamiento de postes, para el tendido de su red de televisión por cable, TdP no le dio ninguna respuesta, incurriendo implícitamente en una negativa injustificada.

Al analizar el caso, el OSIPTEL opinó que ni la instalación de postes propios ni la utilización del sistema MMDS constituían sustitutos adecuados del arrendamiento de postes. En consecuencia, definió el mercado relevante como el servicio de arrendamiento de postes de TdP y Luz del Sur, para el tendido de la red de televisión por cable de Alfatel (mercado de producto), en el área de cobertura de la red de TdP en la localidad de Huaycán (mercado geográfico). Además, el OSIPTEL interpretó que TdP y Luz del Sur ostentaban “posición de dominio conjunta”²⁷ en el mercado relevante.

Sobre la base de lo anterior, concluyó que la negativa de TdP impidió el acceso de Alfatel al mercado de televisión por cable en Huaycán (efecto real sobre el proceso competitivo) y facilitaba el acceso de TM a dicho mercado (efecto potencial sobre el proceso competitivo). Este efecto potencial constituía un beneficio indirecto para TdP y confirmaba la configuración del abuso de posición de dominio demandado por Alfatel.

En consecuencia, mediante Resolución 019-2003-TSC/OSIPTEL del 30 de junio de 2003, el Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL declaró fundada la demanda y, como medida correctiva, ordenó que “*la demandada satisfaga la solicitud de arrendamiento de postes de la demandante*”.

A diferencia del caso anterior, en esta oportunidad, el OSIPTEL impuso una medida correctiva bastante genérica. En efecto, confiando probablemente en la existencia de incentivos suficientes para que las partes se pusieran de acuerdo, en un plazo razonable, sobre los términos y condiciones del contrato, la Agencia de Competencia se limitó a establecer la obligación de que TdP prestara el servicio negado a Alfatel.

4.3. En el mercado de materiales de construcción

En 2001, Depósitos Santa Beatriz S.R.L. (Depósitos Santa Beatriz) denunció a Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (Dino) ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación y ventas atadas²⁸. Depósitos Santa Beatriz y Dino participaban en el mercado de distribución de cemento y otros materiales de construcción. Sin embargo, Dino ostentaba posición de dominio en el mercado relevante, definido por la distribución de cemento (mercado de producto), en el departamento de Piura (mercado geográfico).

De acuerdo con la denunciante, la discriminación se configuraba a través del otorgamiento de precios especiales a los sub-distribuidores con los que Dino hubiera celebrado contratos de afiliación, a cambio de cláusulas de compra exclusiva, de compra de

27 Para un análisis minucioso del concepto de posición de dominio conjunta, ver: QUINTANA, Eduardo. Abuso de posición de dominio conjunta y colusión tácita: ¿infracciones sin contenido real? En: Themis, número 51. Lima, 2005.

28 Expediente 001 y 002-2001/CLC.

montos mínimos y de flujo de información. Sobre el particular, el INDECOPI interpretó que la discriminación de precios era utilizada por Dino para lograr la fidelidad de sus sub-distribuidores afiliados —a través de la imposición de precios desventajosos para los sub-distribuidores no afiliados como Depósitos Santa Beatriz— y reforzar su posición de dominio en el mercado relevante. De hecho, se llegó a afirmar que el establecimiento de cláusulas de compra exclusiva por parte de empresas en posición de dominio constituye, en sí mismo, un abuso de posición de dominio.

En lo que se refiere a las ventas atadas, Depósitos Santa Beatriz sostenía que los contratos de afiliación estaban condicionados a la aceptación de la obligación de comprar todos los materiales de construcción exclusivamente a Dino. Al respecto, el INDECOPI consideró que este condicionamiento —además de un mecanismo de discriminación— constituye un abuso de posición de dominio en la modalidad de ventas atadas o contratos ligados.

De acuerdo a lo anterior, mediante Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI del 4 de marzo de 2005, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI declaró fundada la denuncia y, en calidad de medida correctiva, ordenó a Dino “*el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados*”.

Como se puede apreciar, en este caso el INDECOPI optó por una medida correctiva genérica pero bastante drástica. En efecto, la Agencia de Competencia estableció una obligación de no hacer, específicamente, la obligación de que la denunciada no cumpliera los contratos de afiliación que había celebrado con diversos sub-distribuidores y que, según se había determinado en el procedimiento, configuraban infracciones a la Ley de Defensa de la Competencia. Como veremos en el punto 5, lo interesante es que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado concretamente sobre la constitucionalidad de esta medida correctiva.

4.4. En el mercado de transporte ferroviario

En 2004, Ferrocarril Transandino S.A. (Fetrans) fue denunciada por Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C. (Fersimsac) ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, por abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada²⁹. En 1999, el Estado peruano había celebrado con Fetrans un Contrato de Concesión para el mantenimiento, rehabilitación y explotación de determinados bienes, para la construcción de obras de infraestructura vial ferroviaria y para la prestación de servicios de transporte ferroviario y de servicios complementarios en el Ferrocarril Sur Oriente (FSO). Por su parte, Fersimsac pretendía prestar el servicio de transporte ferroviario pero no contaba con el material tractivo y rodante³⁰ necesario para realizar esta actividad.

29 Expediente 010 y 012-2004/CLC.

30 El material tractivo es el conjunto de unidades con tracción propia que sirven para remolcar vagones de carga y coches de pasajeros (locomotoras, autovagones y autovías). Por su parte, el material rodante es el conjunto de unidades sin tracción propia, sólo remolque, utilizados para el transporte de carga y pasajeros (coches de pasajeros, vagones y jaulas de carga).

Originalmente, el Contrato de Concesión prohibía la integración vertical (el prestador del servicio de administración de la infraestructura vial ferroviaria no podría competir con el prestador del servicio de transporte ferroviario). Esto sucede generalmente en la privatización de industrias donde existen “cuellos de botella”, con la finalidad de evitar conductas anticompetitivas y la existencia de subsidios cruzados entre actividades reguladas y actividades no reguladas. Sin embargo, mediante Circular 17 y con la finalidad de asegurar la continuidad del servicio, el Comité Especial de Promoción de la Inversión Privada en la Empresa Nacional de Ferrocarriles S.A. estableció que el adjudicatario de la Concesión debía contratar o constituir un operador del servicio de transporte ferroviario. En otras palabras, se autorizó la integración vertical de los servicios de administración de infraestructura vial ferroviaria y transporte ferroviario.

En virtud de esta autorización, Fetrans constituyó la empresa Perurail S.A. para que prestara el servicio de transporte ferroviario y le arrendó el material tractivo y rodante que le fue otorgado en Concesión. En estas circunstancias y con la finalidad de prestar el servicio de transporte ferroviario, Fersimsac solicitó a Fetrans que le arrendara material tractivo y rodante. Sin embargo, Fetrans se negó a contratar con Fersimsac argumentando que había celebrado un contrato de arrendamiento previo con Perurail, su empresa vinculada, por la totalidad del material solicitado y hasta el 2010.

A criterio del INDECOPI, ni la adquisición de material tractivo y rodante (nuevo o usado) ni la adquisición de material de trocha ancha o estándar (para su posterior adaptación a la trocha angosta que requerían las vías del FSO) constituían sustitutos adecuados del servicio en cuestión. En tal sentido, definió el mercado relevante como el servicio de arrendamiento de material tractivo y rodante con capacidad de operar en el FSO (mercado de producto), en el departamento de Cusco (mercado geográfico). De acuerdo a lo anterior, el INDECOPI determinó que Fetrans ostentaba posición de dominio en el mercado relevante.

Cabe precisar que, si bien no se llegó a determinar si Perurail utilizaba o no la totalidad del material tractivo y rodante, el INDECOPI interpretó que esto era irrelevante porque el abuso de posición de dominio de Fetrans no se derivaba de la celebración del contrato de arrendamiento sobre el material sino en haber utilizado dicho contrato como pretexto para negarse a arrendarlo a cualquier otro operador.

Así, mediante Resolución 1122-2007/TDC-INDECOPI del 2 de julio de 2007, la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI declaró fundada la denuncia y, en calidad de medida correctiva, ordenó a Fetrans “*el cese de la negativa injustificada de alquiler del material tractivo y rodante objeto del Contrato de Concesión del Ferrocarril Sur — Oriente y el cumplimiento del deber de no discriminación contenido en la Cláusula 7.6 del referido Contrato de Concesión*”.

Nuevamente, se trata de una medida correctiva genérica. Sin embargo, cabe mencionar que en este caso la Agencia de Competencia ensayó el establecimiento de un parámetro objetivo para el diseño de la medida correctiva. A saber, el cumplimiento del deber de no discriminación. De esta manera, Fetrans no sólo debía acceder al arrendamiento del material tractivo y rodante que le fue otorgado en Concesión sino que debía brindar las mismas condiciones otorgadas a Perurail, su empresa vinculada.

V. ¿QUÉ HA ESTABLECIDO EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL?

En 2005, Ferretería Salvador S.R.L. (Ferretería Salvador) interpuso una demanda de amparo solicitando que se deje sin efecto la medida correctiva establecida contra Dino mediante Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI, consistente en “*el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado en las modalidades de discriminación y contratos ligados*”³¹. De acuerdo con la demandante, la medida correctiva implicaba dejar sin efecto los contratos de representación comercial que había celebrado con Dino y, en esa medida, violaba sus derechos constitucionales a la libertad de contratación, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa. Además, al no haber sido informada del procedimiento administrativo ni notificada con la decisión del INDECOPI, alegaba que su derecho al debido proceso había sido vulnerado.

En primera instancia, el Juzgado Civil de Paita declaró fundada la demanda. Efectivamente, concluyó que, al dejar sin efecto los contratos de representación comercial celebrados por Dino, las medidas correctivas impuestas mediante Resolución 0256-2005/TDC-INDECOPI resultaban inconstitucionales. Además, teniendo en cuenta que Ferretería Salvador no había intervenido en el procedimiento administrativo a pesar de que la decisión del INDECOPI la afectaba, consideró que se había violado su derecho al debido proceso.

En segunda instancia, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura declaró infundada la demanda. En efecto, precisó que los derechos constitucionales a la libertad de contratación, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa debían ser ejercidos respetando la ley. Además, consideró que no se atentaba contra el debido proceso porque, en la medida en que la denuncia se presentó con anterioridad a la celebración del contrato de representación comercial entre Dino y Ferretería Salvador, resultaba materialmente imposible que la demandante hubiera sido notificada.

Finalmente, como resultado del Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por Ferretería Salvador, mediante Sentencia del 5 de diciembre de 2006, el Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda de amparo. En lo que se refiere a la supuesta vulneración de los derechos constitucionales a la libertad de contratación, a la libre iniciativa privada y a la libertad de empresa de Ferretería Salvador, el Tribunal Constitucional estableció lo siguiente:

“22. Ahora bien, ¿es posible afirmar que INDECOPI, en el cumplimiento de sus funciones de control de las prácticas contrarias al normal funcionamiento del mercado, se encuentre imposibilitado de ordenar el cese de las conductas que atenten contra la libre competencia y la protección a los consumidores y usuarios? Desde luego que no. Admitir que INDECOPI no puede ordenar el cese de conductas, sería negarle capacidad real para actuar dentro de sus facultades, las mismas que fueran otorgadas para hacer prevalecer los fines constitucionales de protección a la libre competencia (artículo 61 de la Constitución) y el derecho de los consumidores y usuarios (artículo 65 de la Constitución).”

31 Expediente 1963-2006-PA/TC.

(...)

24. A juicio del Tribunal Constitucional, INDECOPI no se ha arrogado facultades que no le han sido conferidas constitucionalmente, pues no ha declarado en sede administrativa la invalidez de contratos; únicamente, se ha pronunciado por el cese de las conductas que, de acuerdo con su evaluación, demuestran un uso abusivo de la posición de dominio de la empresa DINO en el mercado de cemento en el norte del país. De este modo, este organismo estatal ha hecho efectivas las facultades que le han sido asignadas en su Ley de creación para garantizar el normal funcionamiento del mercado, así como lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701 —que eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia”.

Además, en respuesta al argumento de Ferretería Salvador, en el sentido que la medida correctiva implicaba dejar sin efecto los contratos de representación comercial que había celebrado con Dino, el Tribunal Constitucional precisó lo siguiente:

“25. Si bien podría argumentarse que la orden de “cese de conductas” trae como consecuencia directa que la empresa DINO incumpla sus compromisos contractuales con sus afiliados —entre ellos la recurrente—, ello de ningún modo puede equipararse con una declaración de invalidez de los contratos en sede administrativa; y menos aún, puede predicarse que el derecho a la libertad contractual tiene la calidad de isla oponible a cualquier medida correctiva, puesto que, si se parte de la hipótesis de que dichas conductas, concretizadas en contratos ligados, fueron contrarias a Ley, entonces, de ninguna manera podrían ampararse en los alcances de los artículos 2.14 y 62 de la Constitución, pues estos únicamente protegen la libertad contractual bajo el supuesto que sea ejercida válidamente, esto es, con fines lícitos y sin contravenir las normas de orden público; más aún si se considera que los derechos y libertades que la Constitución del Estado reconoce tiene límite. Y ello por que su ejercicio legítimo viene delimitado por el pleno respeto de los principios y bienes constitucionales, pero también de los derechos fundamentales de las personas. Los derechos y libertades económicas no están exentos, en modo alguno, de la plena observancia de los tales principios, bienes y derechos fundamentales.

Justamente este fue el supuesto del cual partió INDECOPI, a juicio de este Colegiado”.

Acerca de la supuesta violación al derecho constitucional al debido proceso, el Tribunal Constitucional interpretó que, a pesar de que Ferretería Salvador efectivamente tenía legítimo interés, resultaba materialmente imposible que el INDECOPI conociera esta circunstancia porque la relación contractual entre Dino y la demandante surgió tres años después de iniciado el procedimiento, poco antes de que el caso se resolviera en segunda instancia administrativa. En ese sentido, concluyó que era obligación de Dino haber comunicado oportunamente la existencia de esta relación contractual y que, en consecuencia, el INDECOPI no había vulnerado el derecho constitucional al debido proceso de Ferretería Salvador.

VI. CONCLUSIONES

Las medidas correctivas en nuestro país están destinadas a corregir las distorsiones producidas o que podrían producirse en el proceso competitivo por el abuso de posición de dominio y las prácticas restrictivas, y a evitar las distorsiones que podrían producirse a raíz de las concentraciones empresariales en el sector eléctrico.

Aún cuando no haya sido expresamente regulada en nuestra Ley de Defensa de la Competencia, el INDECOPI tiene la facultad para establecer medidas correctivas. Por su parte, el OSIPTEL y la Comunidad Andina sí han recibido expresamente esta facultad, a través de la Ley de Telecomunicaciones y la Decisión 608, respectivamente.

La experiencia peruana demuestra la importancia que tiene el establecimiento de medidas correctivas adecuadas para la Política de Competencia. Finalmente, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que el INDECOPI está facultado para establecer medidas correctivas.