

ANDRADE MONAGAS, RAMÓN I.
ANDRADE CIFUENTES, IGNACIO J.
GONZÁLEZ MORALES, LUIS

La Protección de Datos como freno al abuso de posición de dominio en Venezuela

ARAMAYO BAELLA, ABELARDO
VEGA TALLEDO, ANDREA BELÉN

Últimas tendencias en publicidad digital a la luz de la casuística sobre publicidad en medios digitales

CUYUTUPA LUQUE, JORGE CARLOS

Ilegalidad y carencia de razonabilidad en el mar: a propósito de la obligación de pago por el uso del Derecho de área acuática en virtud de una Concesión marítima

GRANDES HERNÁNDEZ, GONZALO
BELTRÁN RUIZ, SUSANA

Duración máxima del suministro en exclusiva. El mercado español de hidrocarburos

GUZMÁN ARIAS, CHRISTIAN

El resarcimiento a consumidores por Conductas Anticompetitivas en Perú. Un primer vistazo

LAZO DE LA VEGA DURÁN, MARCO

Derecho de la Competencia en Bolivia

MERCHÁN DE LA HOZ, ANDRÉS FELIPE
ROJAS FORERO, MARIANA

El Derecho de la Competencia en Colombia: actualidad y cambios esperados

MONTENEGRO RUIZ, GUADALUPE

Cuando un gran poder conlleva una gran responsabilidad: los 'influencers' y las decisiones que toman los consumidores

MORALES ACOSTA, ALONSO

Problemas de Derecho de la Competencia en plataformas digitales de dos lados

PANTIGOZO VILLAFUERTE, LILIANA

La Compensación Bancaria: un cambio de postura del Indecopi por mérito del Tribunal Constitucional del Perú

PATRONI VIZQUERRA, URSULA
MUÑOZ VALDERRAMA, JUAN SEBASTIÁN

Venta de celulares sin cargador: prácticas comerciales que atan

QUIROZ PALACIOS, JHOSELYN JHEYDI

El sistema de eliminación de Barreras Burocráticas y el impacto en la Competencia

REYNA GARCÍA, DIEGO RAFAEL

Compromisos de cese: herramientas efectivas en la resolución de procedimientos en materia de libre competencia en el Perú

TEMAS ACTUALES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA



TÍTULOS PUBLICADOS

- No.77: Temas Actuales de Derecho Societario
- No.76: El Compliance empresarial en el Perú
- No.75: Temas actuales del Derecho Arbitral
- No. 74: Derecho y Nuevas Tecnologías
- No. 73: Protocolo Familiar
- No. 72: Temas Actuales de Protección al Consumidor
- No. 71: Responsabilidad Social Empresarial
- No. 70: Temas Actuales de Derecho Laboral y Empresa
- No. 69: Procedimiento Administrativo Sancionador y Empresa
- No. 68: Derecho Penal y Empresa
- No. 67: Tutela del Consumidor
- No. 66: Pequeña y Micro Empresa
- No. 65: Empresa y Medio Ambiente
- No. 64: Gobierno Corporativo y Responsabilidad Social
- No. 63: Financiamiento y Garantías
- No. 62: Hidrocarburos y Electricidad
- No. 61: Tributación Empresarial
- No. 60: Comercio Exterior: A propósito del TLC
- No. 59: Industrias Extractivas: Minería
- No. 58: Derecho Laboral y Empresa
- No. 57: Inversión Privada en Servicios Públicos
- No. 56: Arbitraje y Empresa
- No. 55: Tributación y Empresa
- No. 54: Temas Societarios
- No. 53: Telecomunicaciones y Empresa
- No. 52: Balance de la Ley General de Sociedades
- No. 51: Derecho Informático y Teleinformática Jurídica
- No. 50: Nueva Ley General de Sociedades – 2da parte
- No. 49: Títulos Valores y Valores Negociables
- No. 48: Nueva Ley General de Sociedades – 1era parte
- No. 47: Del Código de Comercio al Código de Empresa
- No. 46: Mercado y Empresa
- No. 45: Contratos Mercantiles
- No. 44: Sociedad y Mercado de Valores
- No. 43: Reestructuración Empresarial
- No. 42: La Empresa en la Nueva Constitución
- No. 41: Reforma Laboral en la Empresa
- No. 30: Contratos y Empresa
- No. 29: Quiebra, Reflotamiento y Empresa
- No. 28: El Derecho del Trabajo y la Empresa
- No. 27: Empresa y Desarrollo
- No. 26: Pequeña Empresa
- No. 25: Banca y Empresa
- No. 24: Delito Económico y Empresa



- ÍNDICE -

- 
- 01. EDITORIAL** **pág. 4**
- LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO FRENO AL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN VENEZUELA **pág. 5**
Ramón I. Andrade Monagas
Ignacio J. Andrade Cifuentes
Luis González Morales
- 02. ÚLTIMAS TENDENCIAS EN PUBLICIDAD DIGITAL A LA LUZ DE LA CASUÍSTICA SOBRE PUBLICIDAD EN MEDIOS DIGITALES** **pág. 28**
Abelardo Aramayo Baella
Andrea Belen Vega Talledo
- 03. ILEGALIDAD Y CARENCIA DE RAZONABILIDAD EN EL MAR: A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR EL USO DEL DERECHO DE ÁREA ACUÁTICA EN VIRTUD DE UNA CONCESIÓN MARÍTIMA** **pág. 45**
Jorge Carlos Cuyutupa Luque
- 04. DURACIÓN MÁXIMA DEL SUMINISTRO EN EXCLUSIVA. EL MERCADO ESPAÑOL DE HIDROCARBUROS** **pág. 59**
Gonzalo Grandes Hernández
Susana Beltrán Ruiz
- 05. EL RESARCIMIENTO A CONSUMIDORES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN PERÚ. UN PRIMER VISTAZO** **pág. 78**
Christian Guzmán Arias
- 06. DERECHO DE LA COMPETENCIA EN BOLIVIA** **pág. 99**
Marco Lazo de la Vega Durán
- 07. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA: ACTUALIDAD Y CAMBIOS ESPERADOS** **pág. 108**
Andrés Felipe Merchán De la Hoz
Mariana Rojas Forero
- 08. CUANDO UN GRAN PODER CONLLEVA UNA GRAN RESPONSABILIDAD: LOS INFLUENCERS Y LAS DECISIONES QUE TOMAN LOS CONSUMIDORES** **pág. 126**
Guadalupe Montenegro Ruiz
- 09. PROBLEMAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN PLATAFORMAS DIGITALES DE DOS LADOS** **pág. 138**
Alonso Morales Acosta
- 10. LA COMPENSACIÓN BANCARIA: UN CAMBIO DE POSTURA DEL INDECOPI POR MÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ** **pág. 150**
Liliana Pantigozo Villafuerte
- 11. VENTA DE CELULARES SIN CARGADOR: PRÁCTICAS COMERCIALES QUE ATAN** **pág. 163**
Ursula Patroni Vizquerra
Juan Sebastián Muñoz Valderrama
- 12. EL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y EL IMPACTO EN LA COMPETENCIA** **pág. 181**
Jhosselyn Jheydi Quiroz Palacios
- 13. COMPROMISOS DE CESE: HERRAMIENTAS EFECTIVAS EN LA RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ** **pág. 195**
Diego Rafael Reyna García

EDITORIAL

En un contexto global marcado por la transformación digital, la sostenibilidad y la creciente exigencia de consumidores más informados, las disciplinas jurídicas que están relacionadas con la regulación del mercado enfrentan retos cada vez más complejos. Es por ello que este número de la Revista Peruana de Derecho de la Empresa está dedicado a los "Temas actuales del Derecho de la competencia".

Hemos reunido contribuciones de destacados profesionales que abordan dichos desafíos desde cuatro ámbitos clave: la libre competencia, la eliminación de barreras burocráticas, la leal competencia y la protección de los consumidores, lo cual nos permite ofrecer una visión integral y actualizada, tanto en derecho peruano como en el de otros países.

Libre competencia: innovaciones regulatorias y desafíos digitales

La economía digital plantea interrogantes fundamentales sobre cómo preservar mercados abiertos y equilibrados. Ramón Andrade, Ignacio Andrade y Luis González analizan en su artículo el papel de la protección de datos como barrera frente al abuso de posición de dominio en Venezuela. Este enfoque preventivo resuena con los debates internacionales sobre la gestión responsable de datos personales.

Por su parte, Gonzalo Grandes y Susana Beltrán examinan los pactos de exclusividad en el mercado español de hidrocarburos, destacando cómo se armonizan las regulaciones nacionales y europeas para garantizar la competencia. Mientras tanto, Marco Lazo de la Vega revisa las particularidades del derecho de la competencia en Bolivia, un país con desafíos singulares debido a la nacionalización de empresas y la coexistencia de múltiples reguladores sectoriales.

En Colombia, Andrés Merchán y Mariana Rojas abordan los avances del derecho de la competencia desde su génesis hasta los cambios recientes, incluyendo su incorporación a la OCDE, lo que trae nuevos estándares y perspectivas. Alonso Morales profundiza en los retos regulatorios de las plataformas digitales de dos lados, como en los casos emblemáticos de Amazon o Epic Games vs. Apple, que han redefinido los conceptos de abuso de posición de dominio.

Finalmente, refiriéndonos a la investigación y represión de las conductas anticompetitivas, Diego Reyna presenta una reflexión sobre los compromisos de cese como una herramienta ágil y efectiva, resaltando su utilidad frente a la reducción del uso de programas de clemencia. Por mi parte, exploramos el papel del Derecho privado en la consolidación de mercados justos y equilibrados, a través de la responsabilidad civil, que también se presenta como un instrumento útil para disuadir futuras infracciones.

Eliminación de barreras burocráticas: incentivos al dinamismo del mercado

El impacto de las barreras burocráticas en la competencia es un tema crucial. Jheydi Quiroz analiza cómo el sistema peruano de eliminación de estas barreras ha evolucionado recientemente, destacando medidas innovadoras que buscan reducir la carga procesal e incentivar un mercado más competitivo. Este enfoque resulta particularmente relevante en un contexto global que prioriza la eficiencia administrativa como pilar del desarrollo económico.

Por su parte, Jorge Cuyutupa aborda un interesante ejemplo de barrera burocrática en el Perú: el cobro por el derecho de uso de agua que, según su análisis, es ilegal y carente de razonabilidad.



Christian Alonso Guzmán Arias
Coordinador de la Revista No. 78

Leal competencia: desafíos en la era digital

La digitalización también ha transformado la fiscalización de la competencia desleal. Omar Aramayo y Andrea Vega examinan la publicidad digital y los riesgos de prácticas engañosas en plataformas como delivery e influencers. En un entorno donde la publicidad ambiental y las promociones engañosas son cada vez más frecuentes, las guías de Indecopi y su participación en foros internacionales se presentan como herramientas preventivas cruciales.

Finalmente, Úrsula Patroni y Juan Muñoz reflexionan sobre prácticas comerciales como la venta de celulares sin cargadores, un tema que conecta directamente con los dilemas éticos y regulatorios de la economía circular, que puede ser utilizada como excusa por ciertos productores para establecer ventas atadas a través de falsas iniciativas ambientales.

Protección de consumidores: un enfoque centrado en la equidad

El consumidor, como eje del sistema económico, enfrenta nuevos retos en esta era de cambios acelerados. Guadalupe Montenegro analiza el impacto de los influencers en las decisiones de consumo, subrayando la responsabilidad que asumen al promover productos sensibles, mientras que Liliana Pantigoso explora el cambio de postura del Indecopi en la compensación bancaria en Perú, un caso que se refiere a la priorización del derecho fundamental al ahorro en lugar de los acuerdos contractuales, en el contexto del cobro de deudas de consumidores.

En este número presentamos, por lo tanto, un diálogo necesario entre autores destacados en la materia, que invita, además, a reflexionar sobre cómo las soluciones locales pueden integrarse en un contexto global. Los desafíos que enfrentan los mercados y los consumidores son compartidos, y el aprendizaje mutuo es clave para avanzar hacia sistemas más justos y sostenibles. Agradecemos a nuestros autores por sus valiosas contribuciones y a nuestros lectores por ser parte de este diálogo.

LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO FRENO AL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN VENEZUELA

Autores:

Ramón I. Andrade Monagas
Ignacio J. Andrade Cifuentes
Luis González Morales



LA PROTECCIÓN DE DATOS COMO FRENO AL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN VENEZUELA

Data Protection as a Restraint on Abuse of Dominant Position in Venezuela

Ramón I. Andrade Monagas¹
Ignacio J. Andrade Cifuentes²
Luis González Morales³

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Los mecanismos de protección de la información personal en el ordenamiento jurídico venezolano son pocos, dispersos e insuficientes en el contexto actual del internet y la provisión de bienes y servicios en línea.
- III. El abuso de la posición de dominio en la Ley Antimonopolio.
- IV. La ausencia de normas actualizadas y específicas en materia de protección de datos e intercambio de información podría resultar en el abuso de posición de dominio de las empresas tecnológicas con acceso a la información personal de sus usuarios.
- V. Conclusiones.

Resumen

Este trabajo tiene como propósito desarrollar y argumentar por qué y cómo la ausencia de normas robustas, actualizadas y específicas en materia de protección de datos e intercambio de información podría afectar la libre competencia y resultar en el abuso de posición de dominio de las empresas tecnológicas con acceso a la información personal de sus usuarios. A estos efectos, se revisarán las normas en materia de protección de datos que existen en Venezuela y analizaremos su capacidad de satisfacer las demandas actuales de esta materia. También revisaremos las normas vigentes en materia de derecho de la competencia, particularmente, en lo que respecta a la posición de dominio y su abuso. Con ello, presentaremos algunas situaciones en las que la ausencia de normas robustas, actualizadas y específicas en materia de protección de datos e intercambio de información podría resultar en el abuso de posición de dominio. Finalmente, presentaremos nuestras conclusiones y recomendaciones al respecto.

¹ Socio en Ponte Andrade & Casanova, Madrid, España. Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (1995), Especialista en Derecho Financiero de la misma universidad (2003, mención *cum laude*), y Masters of Business Administration (TRIUM Global Executive MBA Program) del Stern School of Business de la Universidad de Nueva York, London School of Economics and Political Science (LSE) y HEC School of Management (París) (2009). Fue socio de la firma global de abogados Norton Rose Fulbright de 2000 a 2017 y Director de Activos Especiales de la Corporación Andina de Fomento (CAF) de 2017 a 2022. Correo electrónico: r.andrade@epaclaw.com.

² Abogado en Ponte Andrade & Casanova, Caracas, Venezuela. Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2019, mención *cum laude*) y Especialista en Derecho Financiero de la misma universidad (2022, mención *summa cum laude*). Profesor de Pregrado y Posgrado en la Universidad Católica Andrés Bello y Miembro del Consejo de Posgrado de la Facultad de Derecho de esa universidad. Correo electrónico: jjandradec@epaclaw.com.

³ Abogado en Ponte Andrade & Casanova, Caracas, Venezuela. Abogado de la Universidad Católica Andrés Bello (2020). Correo electrónico: lgonzalez@epac.com.ve.

Palabras clave

Protección de datos/ libre competencia/ abuso de posición de dominio.

ABSTRACT

The primary objective of this paper is to establish and argue the potential detrimental impact of the absence of robust, updated, and specific rules on data protection and information exchange on free competition. This absence could result in the abuse of dominant position by technology companies with access to personal user information. To achieve this, the paper will examine the current data protection regulations in Venezuela and evaluate their adequacy in meeting current demands. Furthermore, this paper will review the existing competition law regulations, particularly in relation to dominance and its potential abuse. The paper will also present scenarios demonstrating how the lack of robust rules in data protection and information exchange could lead to the abuse of dominance. Ultimately, we will present our findings and offer recommendations in this regard.

Keywords

Data protection/ free competition/ abuse of dominant position.

I. INTRODUCCIÓN

En 1999, una investigación⁴ de mercado reveló que más de 100 millones de estadounidenses usaban el internet, un crecimiento exponencial que refleja la expansión global de esta tecnología. Hoy, los datos personales recopilados a través de estas plataformas se han convertido en uno de los recursos más valiosos, explotados comercialmente por empresas con acceso masivo a la información de sus usuarios. Ese mismo año, International Data Corporation predijo que esa tendencia continuaría y que, para finales de 2003, habría unos 502 millones de usuarios del internet en el mundo entero⁵. Se quedaron cortos; para 2004, el Computer Industry Almanac calculaba unos 935 millones de usuarios globalmente⁶. Para abril 2024, DataReportal estimó unos 5,44 mil millones de usuarios en línea, equivalentes al 67,1% de la población mundial⁷. Se estima que, en 2024, se transarán alrededor de 6,3 trillones de dólares en comercio electrónico⁸ y que se envían unos 347,3 mil millones de correos electrónicos por día a lo largo de las 7 horas, en promedio, que pasan en internet⁹.

Este crecimiento no sorprende. Es evidente el enorme potencial comercial y social del internet, el cual es explotable económicamente por la facilidad de alcanzar directa e individualmente a los usuarios y rastrear cada operación realizada. Cada vez que alguien visita una página web,

⁴ Reuters. 1999. «Internet users now exceed 100 million» sitio web de The New York Times. Último acceso: 1 de julio de 2024. <https://www.nytimes.com/1999/11/12/business/internet-users-now-exceed-100-million.html>

⁵ *Ibid.*

⁶ Peterson, Michael P. 2005. «A decade of maps and the internet.» Editado por Global Congresos. *XXII International Cartographic Conference*. Coruña: The International Cartographic Association (ICA-ACI). Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://shorturl.at/Y8bZM>.

⁷ Kemp, Simon. 2024. *Digital 2024 April Global Statshot Report*. 24 de abril. Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://datareportal.com/reports/digital-2024-april-global-statshot>.

⁸ Snyder, Kristy. 2024. *35 e-Commerce statistics of 2024*. 28 de marzo. Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://shorturl.at/Y8bhC>.

⁹ Singh, Shubham. 2024. *How Many Emails Are Sent Per Day in 2024?* 21 de mayo. Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://www.demandsage.com/how-many-emails-are-sent-per-day/>.

envía un correo, usa un reloj inteligente para medir su actividad física, cuelga una imagen o video a una red social, pide con su voz a los asistentes de inteligencia artificial como Alexa, Cortana o Siri que anote un listado de compras, o accede una publicidad, el usuario está dejando un rastro –una huella– digital, muchas veces con información que lo identifica. Esto puede incluir direcciones de IP, direcciones de correos electrónicos, ubicaciones GPS en vivo, nombres, fechas de nacimiento, datos de cuentas bancarias, tarjetas de crédito, hábitos, imágenes, voz, alergias y enfermedades, entre otros. Y estos datos personales pueden ser aprovechados comercialmente por las empresas que los reciben y recopilan, permitiéndole, no solo personalizar su mensaje con base en la información personal de cada usuario, sino acceder a un mercado en el que se transa la información en sí misma.

En Venezuela, el auge de plataformas digitales¹⁰ ha seguido la tendencia global, pero con una gran diferencia: la falta de regulación robusta en protección de datos ha permitido que las empresas tecnológicas con acceso masivo a información personal adquieran una posición de dominio en el mercado. Este vacío legal no solo afecta la privacidad de los usuarios, sino que también crea desigualdades competitivas entre empresas, vulnerando la libre competencia.

Considerando lo anterior, no es difícil sostener que la información y los datos han obtenido una significación y entidad económica monumental, pudiendo ser explotados y aprovechados comercialmente de múltiples formas. Ello conlleva a la posibilidad de que aquellas empresas que recolecten y usen de forma indiscriminada una mayor cantidad de datos, obtengan una ventaja competitiva injustificada y una posición de dominio en su respectivo rubro, la cual, posiblemente, sea abusada en detrimento de la libre competencia.

En ese contexto, este trabajo tiene como propósito desarrollar y argumentar por qué y cómo, en nuestro criterio, la ausencia de normas robustas, actualizadas y específicas en materia de protección de datos e intercambio de información podría afectar la libre competencia y resultar en el abuso de posición de dominio de las empresas tecnológicas con acceso a la información personal de sus usuarios.

A estos efectos, revisaremos las normas en materia de protección de datos que existen en Venezuela y analizaremos su capacidad de satisfacer las demandas actuales de esta materia. También revisaremos las normas vigentes en materia de derecho de la competencia, particularmente, en lo que respecta a la posición de dominio y su abuso. Con ello, presentaremos algunas situaciones en las que la ausencia de normas robustas, actualizadas y específicas en materia de protección de datos e intercambio de información podría resultar en el abuso de posición de dominio, y nuestras conclusiones y recomendaciones al respecto.

II. LOS MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LA INFORMACIÓN PERSONAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO VENEZOLANO SON POCOS, DISPERSOS E INSUFICIENTES EN EL CONTEXTO ACTUAL DEL INTERNET Y LA PROVISIÓN DE BIENES Y SERVICIOS EN LÍNEA

En este acápite, esbozaremos los principales instrumentos normativos que tratan la protección de datos personales. Como podrá apreciarse, los mecanismos de protección de la información personal en el ordenamiento jurídico venezolano son pocos, generales, dispersos e insuficientes en el contexto actual del internet y la provisión de bienes y servicios en línea.

¹⁰ El Interés. 2024. *Más trabajo y mayores sueldos: así es el próspero negocio de delivery en Venezuela*. 23 de abril. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://elestimulo.com/eliinteres/empresas/2024-04-23/el-negocio-del-delivery-prospera-en-venezuela-estudio/>.

2.1 Protección constitucional y habeas data

En este subtítulo, no pretendemos agotar este tema ni desarrollar con demasiada profundidad la figura del *habeas data*, sobre todo, considerando lo extenso que ha sido su desarrollo por la doctrina y la jurisprudencia. Dicho eso, sí esbozaremos sus características esenciales, especialmente las condiciones para su procedencia, para sostener que, tal como está actualmente diseñado y en el contexto de la acelerada y profunda digitalización que vivimos actualmente, el *habeas data* no es capaz de proteger suficientemente a las personas.

La Constitución venezolana¹¹ establece el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, remitiendo a la ley la limitación del uso de la informática para proteger y garantizar el derecho¹². También estipula el derecho de toda persona a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados y a conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, pudiendo solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos¹³.

Esta disposición es ratificada por artículo 167 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia¹⁴. Según este artículo, las personas tienen derecho a :

Conocer los datos que a ella se refieran, así como su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados y, en su caso, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o el uso correcto de los datos cuando resulten inexactos o agraviantes.

A esta acción judicial se le conoce como *habeas data*. El *habeas data* ha sido considerado por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia como una especie de amparo¹⁵, que busca proteger los derechos de los registrados en los archivos o bancos de datos, que puedan contener información equivocada, antigua, falsa o con potenciales fines discriminatorios, o lesivas del

¹¹ Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario del 19 de febrero de 2009.

¹² Artículo 60 – Constitución. Toda persona tiene derecho a la protección de su honor, vida privada, intimidad, propia imagen, confidencialidad y reputación. // La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y ciudadanas y el pleno ejercicio de sus derechos.

¹³ Artículo 28 – Constitución. Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley.

Exposición de Motivos – Constitución. ... Se reconoce por vez primera en el constitucionalismo venezolano, el *habeas data* o el derecho de las personas de acceso a la información que sobre sí mismas o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley. El *habeas data* incluye el derecho de las personas de conocer el uso que se haga de tales registros y su finalidad, y de solicitar ante el tribunal competente su actualización, rectificación o destrucción, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos...

¹⁴ Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario del 19 de enero de 2022.

¹⁵ Ver: Rondón de Sansó, Hildegaard. 2001. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Caracas: Ex Libris. // Sagües, Nestor. 1995. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Buenos Aires: Astrea.

derecho a la intimidad de las personas¹⁶. Incluso, en ocasiones, se le ha tratado, aunque con diferencias, como un amparo constitucional¹⁷, aunque en otras ocasiones se ha concluido que los derechos que contiene el *habeas data* daban origen a acciones autónomas, distintas y no siempre vinculadas al amparo constitucional¹⁸.

Según la jurisprudencia de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia¹⁹, el *habeas data* trata del derecho de las personas a conocer la información que sobre ellas haya sido compiladas por otras, sean estas el Estado o los particulares, pues todos son capaces de recopilar, almacenar y compilar datos de personas o de sus bienes. Como esta compilación, almacenamiento y uso de la información pueden afectar la vida privada, el honor, la intimidad, la reputación y otros valores constitucionales, la Constitución otorga a las personas los derechos contemplados en su artículo 28. De acuerdo con la Sala, estos derechos son:

- El derecho de conocer sobre la existencia de tales registros.
- El derecho de acceso individual a la información, la cual puede ser nominativa, o donde la persona queda vinculada a comunidades o a grupos de personas.
- El derecho de respuesta, lo que permite al individuo controlar la existencia y exactitud de la información recolectada sobre él.
- El derecho de conocer el uso y finalidad que hace de la información quien la registra.

¹⁶ Chavero Gazdik, Rafael. 2001. *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional*. Caracas: Editorial Sherwood. P. 40.

¹⁷ El amparo constitucional está contemplado en el artículo 27 de la Constitución, el cual establece que toda persona tiene derecho a ser amparada por los tribunales en el ejercicio de sus derechos constitucionales, lo cual se extiende a aquellos derechos inherentes a la persona que no se encuentren expresamente establecidos en la Constitución. Así, conforme a la Exposición de Motivos de la Constitución, el amparo constitucional tiene por finalidad la tutela judicial reforzada de los derechos humanos. La doctrina concibe al amparo como «una garantía constitucional, entendiendo tal concepto en el sentido de que con el mismo se alude al medio a través del cual se hacen efectivos los derechos, las restantes garantías, las facultades y las potestades que la Constitución consagra.» Rondón de Sansó, Hildegaard. 1994. *Amparo Constitucional*. Caracas: Arte. P. 30.

La Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales ("Ley Orgánica de Amparo"), en su artículo 6, «precisa que la [violación o amenaza del derecho o garantía constitucional] sea actual, es decir, que no haya cesado; que sea reparable, y que no haya sido consentida» Brewer-Carías, Allan. 2011. «El Amparo Constitucional en Venezuela.» *Revista IUS* (Centro Internacional de Estudios sobre Ley y Derecho) 5 (27). <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/88>. P. 14.

Además, entre otros supuestos, no debe haber alternativas al amparo para restituir el derecho vulnerado, y el agraviado tampoco puede haber optado por recurrir a las vías judiciales ordinarias o hecho uso de los medios judiciales preexistentes. De esta forma, el amparo constitucional no busca *prevenir* violaciones a los derechos constitucionales, sino *corregirlas* y *resarcir* la lesión de algún derecho o garantía constitucional. En otras palabras, el amparo busca hacer «desaparecer el hecho o acto invocado y privado como lesivo o perturbador a un derecho o garantía constitucional; o restablecerse a un estado que se asemeje a ella» (*Ibid.*), restableciendo las cosas al estado en anterior al momento de la lesión.

Dicho lo anterior, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia fijó unas diferencias entre el amparo y el *Habeas Data*. En sentencia N° 182 del 8 de marzo de 2005, estableció: «La distinción entre amparo y Habeas Data se basa en que, a través de la primera no se pueden constituir derechos, sino restablecer los mismos. Por tanto, cuando se denuncie una violación a algunos de los derechos que enumera el artículo 28 de la Constitución, la vía idónea y procedente es el amparo, en cambio, cuando la circunstancia no constituya ninguna denuncia de violación concreta, sino solicitud de actualización, rectificación, destrucción de datos falsos o erróneos, procede una demanda de Habeas Data.»

¹⁸ Ver: Brewer Carías, Allan. s.f. «El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del derecho procesal constitucional.» Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2-41efb849fea8/Content/II.%204.%20638.%20PROCEDIMIENTO%20EN%20LAS%20ACCIONES%20DE%20HABEAS%20DATA.%201-10.doc.pdf>.

¹⁹ *Ruth Capriles y otros*. 2000. Sentencia N° 1050 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 23 de agosto). También, *Insaca vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*. 2001. Sentencia N° 332 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 14 de mayo).

- El derecho de actualización, a fin de que se corrija lo que resulta inexacto o se transformó por el transcurso del tiempo.
- El derecho a la rectificación del dato falso o incompleto.
- El derecho de destrucción de los datos erróneos o que afectan ilegítimamente los derechos de las personas.

Como puede apreciarse, el *habeas data* tiene una doble vertiente. Por un lado, permite a las personas a solicitar el acceso a su información personal. Por el otro, permite a las personas solicitar la actualización, rectificación o la destrucción de datos erróneos o lesivos a sus derechos. De esta forma, «[p]osibilita la adecuación de una verdad formal (aquello insertado –errónea o lesivamente– en el registro respectivo) a una verdad material (lo que realmente es). Puede decirse que posibilita una “adecuación de verdades”»²⁰. Esta doble vertiente ha sido reconocida pacíficamente por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia²¹.

Lo anterior también ha conducido a que el *habeas data* se conciba, por su naturaleza y efectos, como el *derecho al olvido*²². Este se traduce en «la acción de exigirle al Estado el derecho al olvido» por medio de la eliminación de registros que se hayan mantenido sobre el individuo, especialmente cuando estos se encuentren errados o irrelevantes.²³

Por otro lado, de acuerdo con la redacción del artículo 167 de la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia²⁴, se entiende que la persona interesada solo podrá interponer el *habeas data* (i) después de haber solicitado al administrador de la base de datos conocimiento de la información, su corrección, rectificación, actualización, supresión, confidencialidad o uso correcto, y (ii) después de que este no haya respondido dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la solicitud o haya negado dicha solicitud. Sobre este punto, la Sala Constitucional ha establecido que la persona ha debido ejercer sus derechos previamente ante el recopilador de la información, y es ante la negación al acceso a la información o ante la omisión de la solicitud de acceso a la información o la falta de explicación legal de para qué se recoge la información, que se puede entender que se infringe su situación jurídica y sus derechos constitucionales.²⁵

Considerando lo anterior, se puede concluir que el *habeas data* es una acción posterior a la recopilación o uso de la información personal. Además, para su admisibilidad se requiere que el interesado haya solicitado acceso o modificación de la información al recopilador o

²⁰ Hernández Maionica, Giancarlo. 2003. «El habeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica.» *Revista de Derecho Constitucional* N° 8 67-80. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDCONS/8/rdcons_2003_8_67-80.pdf.

²¹ *Veedores de la UCAB*. 2000. (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 23 de agosto).

²² García, Carilym. 2018. «Habeas Data como mecanismo de protección del derecho al acceso a la información personal en el derecho constitucional venezolano.» *Data Ciencia - Revista Multidisciplinaria Electrónica del Núcleo LUZ - Costa Oriental del Lago* 1 (1). Último acceso: 14 de julio de 2024. P. 69.

²³ *ídem*, 69.

²⁴ Artículo 167 – Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia. Toda persona tiene derecho a conocer los datos que a ella se refieran así como su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos o privados; y, en su caso, exigir la supresión, rectificación, confidencialidad, inclusión, actualización o el uso correcto de los datos cuando resulten inexactos o agraviantes. // El Habeas Data sólo podrá interponerse en caso de que el administrador de la base de datos se abstenga de responder el previo requerimiento formulado por el agraviado dentro de los veinte días hábiles siguientes al mismo o lo haga en sentido negativo, salvo que medien circunstancias de comprobada urgencia.

²⁵ *Insaca vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*. 2001. Sentencia N° 332 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 14 de mayo).

almacenador y que este haya (i) no respondido la solicitud o (ii) que la haya negado o (iii) que no haya explicado la finalidad del uso de la información.

En este contexto, considerando la rapidez con la que se intercambia la información en el marco de los negocios digitales actuales, el *habeas data*, en nuestro criterio, resulta insuficiente para proteger a las personas de la recopilación, transmisión, uso y comercialización de su información. En gran parte, esta insuficiencia se debe a que, tal como está diseñado, el *habeas data* opera *ex post*; esto es: no buscan *prevenir* el almacenamiento, uso o transferencia injustificada e ilegítima de la información, sino *corregir* las infracciones que puedan llegar a ocurrir una vez almacenada, usada o transferida la información. La profunda digitalización que vivimos, donde las personas están expuestas a brindar información consciente o inconscientemente a negocios en Venezuela y en el extranjero, esta circunstancia propende a dejar la información de las personas desprotegidas, pues el *habeas data* solo opera después de que el daño está hecho.²⁶

2.2 Legislación en protección al consumidor

Como mencionamos arriba, nuestra Constitución remite a la Ley el establecimiento de límites al uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. Parte de la normativa que regula el uso, almacenamiento y transferencia de la información personal en el ámbito comercial era aquella en materia de protección al consumidor, la cual ha sido objeto de múltiples reformas y derogatorias.

Actualmente nuestra legislación de protección al consumidor está conformada por leyes de control de precios que no regulan la protección de datos, y que derogaron expresa y totalmente las leyes de protección integral al consumidor, que sí regulaban la protección de datos personales.

Sin pretender agotar este tema, iniciaremos con la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, que es la última ley de protección integral al consumidor antes de su derogatoria por el régimen actual de control de precios.

En febrero de 2010, fue promulgada la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios²⁷, la cual estipulaba que sus disposiciones, que son de orden público, tenían por objeto la defensa, protección y salvaguarda de los derechos e intereses individuales y colectivos en el acceso de las personas a los bienes y servicios para la satisfacción de las necesidades, estableciendo los ilícitos administrativos, sus procedimientos y sanciones; los delitos y su penalización, el resarcimiento de los daños sufridos, su aplicación por parte del Poder Público con la participación activa y protagónica de las comunidades, en resguardo de la paz social, la justicia, el derecho a la vida y la salud del pueblo (artículo 1).

Esta Ley fue principalmente utilizada para regular el desarrollo de las operaciones de los proveedores de bienes y servicios del país, estableciendo disposiciones específicas en materia de la calidad de los bienes ofertados, el acondicionamiento de los establecimientos comerciales, obligaciones sobre la información proporcionada a los consumidores sobre servicios que contratan e incluso exigencias específicas sobre el comportamiento de los comerciantes.

²⁶ En efecto, de acuerdo con García: «Las personas que ejercen la acción de Habeas Data necesitan de normativas legales para mejorar la calidad de vida y desarrollo pleno de sus derechos humanos. Es por lo que el ciudadano afectado en dichos derechos deberá hacer cumplir la responsabilidad de los órganos de justicia en cuanto a su responsabilidad como órgano controlador del proceso, ya que existen muy pocos mecanismos en Venezuela para solventar dicha situación jurídica.» García, Carilym. 2018. «Habeas Data como mecanismo de protección...», P. 83.

²⁷ Gaceta Oficial N° 39.358 del 1 de febrero de 2010.

Si bien esta norma fue derogada en el año 2014 por la Ley de Precios Justos, es importante resaltar su importancia en sus disposiciones de protección de la información de los ciudadanos. En primer lugar, en su artículo 31, la Ley incluyó el intercambio de información en la definición de «comercio electrónico» de la siguiente forma:

A los fines de esta Ley, se entenderá como comercio electrónico, cualquier forma de negocio, transacción comercial o **intercambio de información con fines comerciales, bancarios, seguros o cualquier otra relacionada**, que sea ejecutada a través del uso de tecnologías de información y comunicación de cualquier naturaleza. Los alcances de la presente Ley, son aplicables al comercio electrónico entre la proveedora o proveedor y las personas, sin perjuicio de las leyes especiales.²⁸ (resaltado añadido)

A pesar de que la Ley no definía qué debía entenderse por *intercambio de información con fines comerciales*, sí reconoce que la información puede ser (i) explotada comercialmente y, dentro de ello, (ii) transada o enajenada por el titular o almacenador autorizado de brindar la información a otra persona.

Con eso en mente, y entendiendo la posibilidad de explotar comercialmente la información, resultan relevantes los artículos 37 y 38 de la Ley. Estos se referían específicamente el tratamiento y la seguridad de la información que los consumidores le suministran a los proveedores de bienes y servicios en el marco de la ejecución de sus operaciones comerciales. En particular, el artículo 37, titulado *Privacidad y Confidencialidad*, establecía lo siguiente:

En las negociaciones electrónicas, la proveedora o el proveedor deberán garantizar a las personas la privacidad y la confidencialidad de los datos e información implicada en las transacciones realizadas, de forma tal que la información intercambiada no sea accesible para terceros no autorizados.

Sin menoscabo de la privacidad y confidencialidad aquí establecida, la autoridad competente, podrá solicitar en el ejercicio de sus funciones, la información que considere necesaria y practicar las investigaciones correspondientes. La negativa al cumplimiento de lo establecido en este artículo será sancionado de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

Esta disposición establecía la obligación del comerciante de preservar, de forma confidencial, toda la información recibida en el giro de las operaciones comerciales, permitiendo la transferencia de los datos personales recolectados por los proveedores a terceros autorizados. De esta forma, y dada la generalidad de la norma, la protección de la información personal queda regulada fundamentalmente por las políticas de seguridad y privacidad de la información de los proveedores de bienes y servicios y por los contratos celebrados con los usuarios. En la inmensa mayoría de los casos, por no decir en la totalidad, estos contratos son de adhesión, en

²⁸ Gaceta Oficial N° 39.358, en fecha 01 de febrero de 2010.

los cuales el poder de negociación del usuario se limita a aceptar o rechazar la suscripción del contrato en los términos establecidos por el proveedor.

Visto eso, la Ley exigía a los proveedores la inclusión en los contratos con los usuarios de ciertas disposiciones referidas a la transparencia y consentimiento en el uso y a la selección de la información personal. Por un lado, la Ley establecía en su artículo 38 que los proveedores deben otorgar al consumidor la posibilidad de escoger, dentro de la información recolectada, cuál puede ser compartida con terceros. Por otro lado, establecía la obligación de los proveedores de señalar si las personas tendrán la posibilidad de limitar el uso de su información personal y cómo la podrán limitar. También establecía la obligación de indicar si el suministro de información sobre las personas es parte integrante del modelo de negocios del proveedor.

Mientras que estas disposiciones representaban un paso en la dirección correcta, en nuestro criterio, no hubiesen sido suficientes para abarcar todas las situaciones que surgen del uso actual de tecnología por las personas, el cual está cada día más integrado a nuestra vida cotidiana. A todo evento, estas normas fueron expresamente derogadas en 2014 por la Ley Orgánica de Precios Justos²⁹, sin contemplar régimen de protección de los datos personales.

En efecto, la Ley Orgánica de Precios Justos, reformada varias veces pero que en general se mantiene vigente a la fecha de hoy, se enfoca en establecer un régimen de control de precios, lo cual es una política fijada por el gobierno venezolano durante los últimos 15 años. No regula otros aspectos relacionados con la protección al consumidor y, mucho menos, con la protección de datos personales.

En cambio, se limita a una mención bastante general de los derechos de las personas al acceso de bienes y servicios. A estos efectos, establece su fin como la defensa del consumidor, el cual busca alcanzar por medio de la «protección del salario y demás ingresos de las personas». Sin embargo, las disposiciones de la Ley parecen más bien enfocarse en regular y controlar las actuaciones de los comerciantes de forma injustificada, desproporcionada y atentando contra su libertad económica. Con este régimen, la Ley logra lo contrario a la defensa del consumidor: atenta contra la calidad de los bienes y servicios –fin y principio de las normas de protección al consumidor– y, además, amenaza la sostenibilidad económica de los proveedores y reduce al mínimo su capacidad de proveer bienes y servicios.³⁰

En ese sentido, debido a la derogatoria expresa de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a Bienes y Servicios, no existe, en la actualidad, una ley que regule de forma general la protección de los datos de los consumidores de bienes y servicios. Dicho eso, tal como veremos más abajo, sí existen algunas normas de rango legal y sublegal de protección de usuarios y consumidores que establecen algunas obligaciones a los almacenadores, controladores y receptores de datos, pero son aplicables solamente a determinados sectores. Entre otras, encontramos la Ley de Instituciones del Sector Bancario³¹ y el Reglamento para la Protección de

²⁹ Gaceta Oficial N° 40.340 del 23 de enero de 2014.

³⁰ Al respecto, Moncho comenta que «(...) la Constitución y el ordenamiento jurídico vigente establecen que el particular debe poder acceder a ciertos bienes y servicios básicos, pero el mismo artículo 117 establece que el particular debe tener el derecho a elegir. Esa posibilidad de elección vendrá dada claramente por el mayor número de opciones posibles a las que el particular pueda tener acceso al momento de la toma de decisiones sobre la adquisición de un bien o servicio, una mayor oferta. (...) La consecuencia absoluta y directa de esa fijación de precios por debajo de los niveles de ganancia y costos necesarios es el cese en la producción, importación y comercialización, que se traduce evidentemente en un desabastecimiento paulatino pero fatal que en definitiva lo que hace es limitar cada vez más las opciones del consumidor y, por lo tanto, incumplir con la garantía contemplada en el artículo 117.» Moncho Stefani, Rodrigo. 2012. «Comentarios sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Costo y Precios Justos.» *Anuario de Derecho Público* (Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila) (5): 219-242. Último acceso: 16 de julio de 2024. http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ADPUB-MONTEAVILA/5/ADPUB_2012_5_219-242.pdf.

³¹ Gaceta Oficial N° 40.557, 8 de diciembre de 2014.

los Derechos de los Usuarios en la prestación de los Servicios de Telecomunicaciones³². También resultan aplicables las normas generales de responsabilidad civil contractual y extracontractual establecido en nuestro Código Civil³³.

2.3 Reglamento para la Protección de los Derechos de los Usuarios en la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones

El Reglamento para la Protección de los Derechos de los Usuarios en la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones tiene por objeto establecer las disposiciones que garanticen a los ciudadanos, el acceso a los servicios de telecomunicaciones en forma igualitaria y la prestación de los mismos en adecuadas condiciones de calidad, privacidad y continuidad, de conformidad con lo previsto en la Constitución, la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y la normativa aplicable.

El Reglamento aplica a los operadores de telecomunicaciones que presten servicios en el país y a los ciudadanos en su condición de usuarios y abonados de tales servicios. Ello en las relaciones entre ellos regidas por los contratos de servicios, que el propio Reglamento define como contratos de adhesión (artículo 10.10).

- De acuerdo con el artículo 10.8 del Reglamento, los operadores son aquellas personas debidamente habilitadas por la Comisión Nacional de Telecomunicaciones, para el establecimiento y explotación de redes y para la prestación de servicios de telecomunicaciones, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica de Telecomunicaciones y sus reglamentos.
- Por su parte, en su artículo 10.31, el Reglamento define *servicio de telecomunicaciones* como aquella actividad prestacional dirigida a satisfacer necesidades de telecomunicaciones, a través de la operación de una red de telecomunicaciones propia o de un tercero y de la realización de las actividades complementarias que sean necesarias para tal fin.
- De acuerdo con la Ley Orgánica de Telecomunicaciones³⁴, *telecomunicaciones* es toda transmisión, emisión o recepción de signos, señales, escritos, imágenes, sonidos o informaciones de cualquier naturaleza, por hilo, radioelectricidad, medios ópticos, u otros medios electromagnéticos afines.

En cuanto a la privacidad y protección de la información personal, el Reglamento:

- En su artículo 7, exige a los operadores la implementación de mecanismos para resguardar el secreto e inviolabilidad de las comunicaciones privadas que cursen a través de sus redes.
- En su artículo 30, exige a los operadores de servicios de telecomunicaciones la adopción de mecanismos que garanticen la confidencialidad de los datos personales suministrados por los abonados en la contratación de los servicios. En este caso particular, el Reglamento prohíbe expresamente la utilización de datos para la elaboración de bases de datos con fines comerciales o publicitarios, salvo que medie autorización expresa y escrita por parte del

³² Gaceta Oficial N° 41.533 del 27 de noviembre de 2018.

³³ Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario del 26 de julio de 1982.

³⁴ Gaceta Oficial N° 39.610 del 7 de febrero de 2011.

usuario, sin que esta autorización pueda establecerse como condición o requisito para la contratación de servicios de telecomunicaciones.

- En su artículo 8, exige a los operadores hacer uso de las herramientas técnicas e implementar procedimientos apropiados para prevenir la comisión de delitos informáticos, especialmente, aquellos que puedan afectar los derechos de privacidad, continuidad y calidad, y hacer seguimiento periódico de los mecanismos adoptados en sus redes para tal fin.

2.4 Ley Especial contra los Delitos Informáticos

Promulgada en 2001, la Ley Especial Contra los Delitos Informáticos³⁵, la cual tiene alcance extraterritorial, tiene por objeto la protección de sistemas de información, así como sus componentes, de cualquier delito cometido contra los mismos o por medio de su uso. En su artículo 11, esta Ley sanciona con prisión de 3 a 6 años a toda persona que obtenga, revele o difunda indebidamente la información o data contenida en un sistema de tecnología de información o sus componentes. Esta sanción se aumentará en la mitad a dos tercios en caso de que la revelación o uso de la información afecte o resulte en algún daño a personas naturales o jurídicas.

La Ley también sanciona, en su artículo 13, a quienes, a través del uso de tecnologías de información, accedan, intercepten, interfieran, manipulen o usen de cualquier forma un sistema o medio de comunicación para apoderarse de bienes o valores tangibles o intangibles de carácter patrimonial sustrayéndolos a su tenedor, con el fin de procurarse un provecho económico para sí o para otro.

La inclusión de ambas normas dentro del marco de esta Ley Especial tiene dos efectos especialmente importantes en el marco de la protección de la información personal. El primero es el reconocimiento expreso de la información como un bien intangible que puede tener valor comercial en sí misma, o que puede ser de utilidad para propósitos comerciales. El segundo es la tipificación del acceso y uso no autorizado a sistemas informáticos como un delito.

2.5 Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas

Aunque la Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas³⁶ no establece medidas expresas para la protección de la información personal, sí somete a los Mensajes de Datos a las disposiciones constitucionales y legales que garantizan los derechos a la privacidad de las comunicaciones y de acceso a la información personal. Bajo esta Ley, los Mensajes de Datos son toda información inteligible en formato electrónico o similar que pueda ser almacenada o intercambiada por cualquier medio.

2.6 Otras normas que tratan la protección de la información de los consumidores y la aplicación de las normas de responsabilidad civil del Código Civil

Además de las anteriores normas, existen una serie de instrumentos de distintos rangos que contienen normas relacionadas con la protección de la información de usuarios en industrias y áreas específicas. Por ejemplo, el Reglamento para la Protección de los Derechos de los Usuarios

³⁵ Gaceta Oficial N° 37.313 del 30 de octubre de 2001.

³⁶ Gaceta Oficial N° 37.148 del 28 de febrero de 2001. La Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas tiene por objeto otorgar y reconocer eficacia y valor jurídico a la Firma Electrónica, al Mensaje de Datos y a toda información inteligible en formato electrónico, independientemente de su soporte material, atribuible a personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, así como regular todo lo relativo a los Proveedores de Servicios de Certificación y los Certificados Electrónicos.

en la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones, la Ley de las Instituciones del Sector Bancario, la Ley de la Actividad Aseguradora, la Ley para el Control de los Casinos, Salas de Bingo y Máquinas Traganíqueles y su Reglamento, la Ley de Responsabilidad Social en Radio, Televisión y Medios Electrónicos, entre otras.

Por ejemplo, la Ley de Instituciones del Sector Bancario, en su artículo 97, prohíbe expresamente que las bases de datos principales llevadas por los bancos se trasladen fuera del territorio nacional indicando, además, que las mismas tienen carácter confidencial y solo deberán ser utilizadas para los fines autorizados por las Leyes.

Esta Ley refuerza esta protección de la información de los usuarios al prohibir, en su artículo 90, a las instituciones bancarias a informar los antecedentes financieros personales de sus usuarios a cualquier persona natural o jurídica y organismos públicos o privados, con excepción del mismo usuario, la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario, el Banco Central de Venezuela y demás entes autorizados por la Ley, salvo que el usuario autorice por escrito a la institución. Esta autorización podrá ser revocada en cualquier momento por el usuario.

También vale la pena mencionar las «Normas relativas a la recopilación o captación de datos personales de los solicitantes de los servicios de telefonía móvil y telefonía fija, a través de redes inalámbricas o números no geográficos con servicios de voz nómada»³⁷, las cuales abarcan temas como suministro de datos, conservación de datos, captura de firmas, registros de servicios de datos, de detalles de llamadas y de mensajes de texto, entre otros.

Visto todo lo anterior, y ante la ausencia de una legislación especial y actualizada en materia de protección al consumidor, podrían resultar aplicables las normas de responsabilidad civil contractual y extracontractual de nuestro Código Civil a (i) los contratos entre proveedores y usuarios y (ii) los almacenadores y receptores de información personal.

Sin ánimos de abundar demasiado en este punto, bajo el artículo 1.185 del Código Civil, los almacenadores y receptores de información personal podrían resultar responsables civilmente por el uso negligente, imprudente o no autorizado de la información personal, el cual genere un daño al usuario. Por su parte, bajo el artículo 1.146, el usuario podría solicitar la nulidad del contrato y reclamar daños y perjuicios en caso de que considere que existió un vicio en el consentimiento al celebrarlo o en su autorización para el uso de su información personal.

III. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN LA LEY ANTIMONOPOLIO

La Ley Antimonopolio³⁸ fue promulgada en 2014 con el objeto de promover, proteger y regular el ejercicio de la competencia económica justa.³⁹ Para este fin, el legislador limita o prohíbe de

³⁷ Providencia Administrativa N° 171 del 20 de septiembre de 2017 de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL), mediante la cual se dictan las Normas relativas a la recopilación o captación de datos personales de los solicitantes de los servicios de telefonía móvil y telefonía fija, a través de redes inalámbricas o números no geográficos con servicios de voz nómada, publicada en Gaceta Oficial N° 41.265 del 26 de octubre de 2017.

³⁸ Gaceta Oficial N° 40.549 del 26 de noviembre de 2014.

³⁹ Mientras que la Ley Antimonopolio pareciera estar destinada al beneficio de los consumidores, es importante resaltar que no todos concuerdan con dicha interpretación. Al respecto, Mónaco sostiene que «[m]ás allá que la norma que se comenta exprese que el objetivo de la Ley Antimonopolio será la proscripción de las conductas anticompetitivas que ella indica expresamente, puede apreciarse que el fin de esta pareciera más propio de una actividad administrativa de fomento de la producción nacional, que en función de la protección de los consumidores, que son en última instancia, y como hemos señalado, el bien jurídico fundamental que persigue tutelar el Derecho de la Competencia.» Monaco,

forma general las conductas, prácticas, acuerdos, convenios, contratos o decisiones que impidan, restrinjan, falseen o limiten la competencia económica (artículo 4).

Específicamente, la Ley incluye disposiciones, entre otras, contra la ejecución de *conductas manipuladoras*⁴⁰; prohibiciones de los acuerdos que restrinjan o impidan la competencia económica entre los miembros de asociaciones, federaciones y otros grupos de sujetos regulados por la Ley⁴¹; prohibiciones de la celebración de contratos entre sujetos regulados por la Ley en la que se establezcan precios y contratación para la venta de bienes o prestación de servicios a terceros y que produzcan o puedan producir la restricción, falseamiento, limitación o impedimento de competencia económica justa⁴²; y prohibiciones de acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas y concertadas para los fines contemplados en la norma⁴³.

De relevancia para este trabajo, la Ley prohíbe de forma general el abuso de la posición de dominio por uno o varios sujetos de la Ley (artículo 12) y específicamente las siguientes prácticas:

- La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios.
- La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores.
- La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
- La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros.
- La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Miguel. 2016. «El Derecho de la Competencia y la Ley Antimonopolio en la segunda década del Siglo XXI o del Segundo Libro de la Poética de Aristóteles y Guillermo de Baskerville.» *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 10/2016 233-246. [https://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/El-derecho-de-la-competencia-y-la-Ley-antimonopolio-n-la-segunda-de-CC%81cada-del-siglo-XXI-MM.pdf](https://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/El-derecho-de-la-competencia-y-la-Ley-antimonopolio-n-la-segunda-decena-de-CC%81cada-del-siglo-XXI-MM.pdf).

⁴⁰ Artículo 7 – Ley Antimonopolio. Se prohíbe toda conducta tendiente a manipular los factores de producción, distribución, comercialización, desarrollo tecnológico o inversiones, en perjuicio de la competencia económica.

⁴¹ Artículo 8 – Ley Antimonopolio. Se prohíben los acuerdos o convenios, que se celebren directamente o a través de uniones, asociaciones, federaciones, cooperativas y otras agrupaciones de sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que restrinjan o impidan la competencia económica entre sus miembros. Son nulos los acuerdos o decisiones tomados en asambleas de los sujetos de aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, que restrinjan o impidan la competencia económica.

⁴² Artículo 11 – Ley Antimonopolio. Se prohíben los contratos entre los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en los que se establezcan precios y condiciones de contratación para la venta de bienes o prestación de servicios a terceros, y que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, falsear, limitar o impedir la competencia económica justa, en todo o parte del mercado.

⁴³ Artículo 9 – Ley Antimonopolio. Se prohíben los acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas o prácticas concertadas para: 1. Fijar, de forma directa o indirecta, precios y otras condiciones de comercialización o de servicio. 2. Limitar la producción, la distribución, comercialización y el desarrollo técnico o tecnológico. 3. Restringir inversiones para innovación, investigación y desarrollo. 4. Repartir los mercados, áreas territoriales, sectores de suministro o fuentes de aprovisionamiento entre competidores. 5. Aplicar en las relaciones comerciales o de servicios, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. 6. Subordinar o condicionar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

De acuerdo con el artículo 13, la posición de dominio se verifica cuando:

- Una actividad económica sea realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí⁴⁴, en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos.
- Exista más de una persona realizando dicha actividad, pero no exista competencia efectiva entre ellas.

La determinación de si existe o no competencia efectiva entre las personas que realizan una actividad económica es una que deben realizar las autoridades competentes considerando, entre otros elementos relevantes, lo siguiente:

- El número de competidores que participen en la respectiva actividad.
- La cuota de participación de cada competidor en el respectivo mercado, así como su capacidad instalada.
- La demanda del respectivo producto o servicio.
- La innovación tecnológica que afecte el mercado de la respectiva actividad.
- La posibilidad legal y fáctica de competencia potencial en el futuro.
- El acceso de los competidores a fuentes de financiamiento y suministro, así como a las redes de distribución.

En este punto es importante mencionar que la Ley excluye expresamente de su ámbito de aplicación a las empresas mixtas o públicas del Estado en sectores estratégicos. Esta circunstancia afecta directamente a la competencia al discriminar entre empresas privadas y aquellas con participación accionaria mayoritaria del Estado. En efecto, el Estado a través de su empresa puede en efecto abusar de su posición de dominio que viene dada, precisamente, por la magnitud de sus operaciones, capacidad económica y alcance territorial. Esta disposición, no solo es inconstitucional por violar el derecho a la igualdad, sino que es irracional porque no hay justificación para que el Estado pueda potencialmente realizar conductas en detrimento de la plena competencia⁴⁵. Además, va en contra del derecho universal de los ciudadanos a acceder

⁴⁴ Según el artículo 14 de la Ley, Se tendrá como personas vinculadas entre sí, las siguientes: 1.- Personas que tengan una participación del cincuenta por ciento (50%) o más del capital de la otra, o ejerzan de cualquier otra forma el control sobre ella. 2. Las personas cuyo capital posea el cincuenta por ciento (50%) o más, de las personas indicadas en el ordinal anterior, o que estén sometidas al control por parte de ellas. 3. Las personas que, de alguna forma, estén sometidas al control de las personas que se señalan en los numerales anteriores. Adicionalmente, se entiende por control a la posibilidad que tiene una persona para ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de uno de los sujetos de regulados por esta Ley, sea mediante el ejercicio de los derechos de propiedad o de uso de la totalidad o parte de los activos de éste, o mediante el ejercicio de derechos o contratos que permitan influir decisivamente sobre la composición, las deliberaciones o las decisiones de los órganos del mismo o sobre sus actividades.

⁴⁵ Al respecto, Mónaco tilda esta disposición de inconstitucional e irracional, comentando que es «inconstitucional por cuanto crea una discriminación injustificada entre empresas que pueden competir en un mismo sector y, por lo tanto, que se encuentran en una misma situación jurídica, lo cual viola el artículo 21 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que consagra el derecho a la igualdad. Irracional porque no existe una justificación válida para tolerar que un sujeto pueda realizar una conducta que se considera ilícita y violatoria de bienes jurídicos y derechos tutelados por una ley, e incluso, que puedan existir situaciones, como el caso de prácticas concertadas, donde un sujeto pueda ser sancionado por una conducta ilícita y otro no, sólo por el hecho que este último se trate de un ente público

a bienes y servicios de calidad. Ello porque la exclusión de las empresas del Estado de las disposiciones de la Ley Antimonopolio y la consecuente supresión de una competencia efectiva del sector privado reduce la capacidad del Estado de generar *valor público* con los bienes y servicios que presta para atender las necesidades, demandas e intereses de la ciudadanía.⁴⁶

IV. LA AUSENCIA DE NORMAS ACTUALIZADAS Y ESPECÍFICAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE DATOS E INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN PODRÍA RESULTAR EN EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO DE LAS EMPRESAS TECNOLÓGICAS CON ACCESO A LA INFORMACIÓN PERSONAL DE SUS USUARIOS

En esta sección desarrollaremos por qué y cómo, en nuestro criterio, la ausencia de normas actualizadas y específicas en materia de protección de datos e intercambio de información podría resultar en el abuso de posición de dominio bajo la Ley Antimonopolio.

Lo primero que hay que destacar es que la ausencia de normas actualizadas y específicas en esta materia conduce a que la protección de la información personal en la provisión de bienes y servicios en línea quede principalmente regulada por las cláusulas contenidas en los contratos de adhesión celebrados entre los proveedores y los consumidores, donde estos últimos tienen poco o ningún poder real de negociación.

En este contexto, el titular de la información podría no tener control efectivo sobre el uso que se le da a la información que suministra conscientemente (e.g., mediante la aceptación expresa del contrato) o inconscientemente (e.g., por la recopilación y depuración de los hábitos, modalidades y medios de consumo del servicio). Sobre todo, considerando que, a nivel global, existen miles de millones de usuarios de estos bienes y servicios digitales, pero un número limitado de proveedores de bienes y servicios digitales.

Esto ha llevado al mercado digital global donde la información personal de esos millones de usuarios es un bien valorable (y de muy alto valor) y transable. En otras palabras, tras la recolección de la información personal, las empresas autorizadas para tal recolección y almacenamiento puede utilizarla y enajenarla y ser transada por una empresa solo para ser cedida a entidades relacionadas o terceras partes con fines comerciales. Como han advertido diversos autores⁴⁷, la recolección y cesión de información personal se ha vuelto «el nuevo petróleo», permitiendo a las empresas y plataformas digitales acceder a nuevas oportunidades de mercado y usarlo como base para la toma de decisiones de negocio.

Por ejemplo, entre estas oportunidades, encontramos las actividades de mercadeo cruzado entre plataformas y publicidad personalizada y dirigida con base en la propia información personal. Aquí, los proveedores de bienes y servicios pueden acordar entre sí el intercambio de

exceptuado de la aplicación de la Ley Antimonopolio, cuando más bien este tipo de instituciones deberían observar con más razón la ley.» Monaco, Miguel. 2016. «El Derecho de la Competencia...»

⁴⁶ Sobre la generación de *valor público* por el Estado en el marco de su actividad empresarial, Andrade Cifuentes, Ignacio Julio, elaboró y presentó el 8 de junio de 2024, un trabajo de investigación para un número especial de la Revista de Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello referido a las tendencias actuales de las compras públicas, cuyo título es «Valor público, Responsabilidad Social y Compras Públicas: Replanteando el «Compromiso de Responsabilidad Social» del Decreto-Ley de Contrataciones Públicas», el cual está pendiente de publicación. También, se sugiere la revisión de Moore, Mark. 1998. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Barcelona: Paidós.

⁴⁷ Fischmann, Brett. 2018. *Here's why tech companies abuse our data: because we let them*. 10 de abril. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/10/tech-companies-data-online-transactions-friction>.

información para promover los bienes y servicios de cada uno de ellos en la plataforma del otro. También pueden dirigir y personalizar la publicidad con base en, por ejemplo, los hábitos de consumo del usuario, el acceso a publicaciones en redes sociales, historial de navegación en la web y la utilización de dispositivos electrónicos como relojes, para alcanzar directamente a un usuario determinado, quien, muy probablemente, no pueda resistir la publicidad.

De esta forma, mucha información personal es recolectada y utilizada con fines comerciales en formas y momentos que los usuarios quizás no conozcan, no estén conscientes o no comprendan del todo cuando aceptan los términos y condiciones de cada plataforma. Por eso, organizaciones como la Unión Europea han tomado cartas en el asunto y ejecutados proyectos normativos para asegurar que la información recolectada durante el comercio electrónico sea debidamente protegida por instrumentos.

En el caso de la Unión Europea, estos instrumentos incluyen el *General Data Protection Regulation (GDPR)* que es una regulación especializada y actualizada en la materia y la Carta de la Unión Europea de Derechos Fundamentales, la cual establece la protección expresa de la data de los ciudadanos en su artículo 8. Un breve vistazo a las regulaciones del *GDPR* en cuanto al consentimiento del usuario en el uso de sus datos revelan el espíritu *preventivo* del instrumento, algo que contrasta con el carácter *ex post* o reactivo de muchas de las disposiciones venezolanas en la materia.

En relación con el consentimiento para la recolección y uso de datos personales regulado en el *GDPR*, este instrumento requiere que el consentimiento sea específico, informado, no ambiguo y revocable, además de resultar una manifestación inequívoca de intención. En este sentido, «las empresas no podrán obtener consentimiento válido utilizando un modelo de optación-negativa, en el cual la ausencia de rechazo del usuario supuestamente indica su consentimiento» (traducción libre).⁴⁸

Adicionalmente, el *GDPR* exige que el consentimiento se haya otorgado libremente o con intención. Este requisito restringe, por ejemplo, la posibilidad de establecer contractualmente condiciones «todo-o-nada» con respecto a la privacidad⁴⁹, dentro de las cuales encontramos, por ejemplo, aquellas que permiten ingresar a un sitio web solo si el usuario acepta «ser rastreado» por terceros.

Asimismo, autores han señalado que, con base en el *GDPR*, el empleo de frases genéricas como «su data será utilizada para propósitos comerciales» no son suficientes para obtener consentimiento válido. En cambio, la normativa exige que los usuarios sean debida y completamente informados sobre los usos de su información, con quién se compartirá y deben tener opciones para rechazar o aceptar estas disposiciones.

Ante la derogatoria de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, en Venezuela no existe, actualmente, normas parecidas al *GDPR*, e incluso esa normativa resultaría insuficiente para satisfacer las demandas actuales en materia de protección de datos que el acelerado crecimiento de la provisión de bienes y servicios digitales. De esta forma, las compañías dedicadas al comercio digital pueden fácilmente recopilar y compartir datos «sin fricción»⁵⁰ por parte de los consumidores, con poco riesgo de que las autoridades intervengan y con cierta facilidad para utilizar, ceder y comercializar esta información.

⁴⁸ Hoofnagle, Chris Jay, Bart van der Sloot, y Frederik Zuiderveen Borgesius. 2019. «The European Union General Data Protection Regulation: what it is and what it means» *Information & Communications Technology Law* 28 (1). Último acceso: 16 de julio de 2024.

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ Fischmann, Brett. 2018. *Here's why tech companies...*

En nuestro criterio, esta situación fomenta las posiciones de dominio. Siendo la información un activo tan valioso, las empresas digitales tendrán una posición de dominio en la medida de que acumulen mayores cantidades de información de sus usuarios. Recordando lo estipulado en los artículos 12 y 13 de la Ley Antimonopolio que se transcriben en pie de página a fines referenciales⁵¹, la ausencia de normas de protección de datos podría generar una situación en la que, aun existiendo más de una persona para la realización de una actividad, no haya competencia efectiva entre ellas. De esta forma, se genera una posición de dominio, la cual puede ser abusada mediante la explotación de la información con pocas o sin restricciones, obteniendo así ventajas competitivas injustificadas sobre su competencia sin acceso a tantos datos.

De esta forma, la ausencia de normas de protección de datos podría permitir a las empresas en posición dominante a crear barreras de entrada a los demás competidores. En efecto, el control de grandes cantidades de información les permitiría obstaculizar la capacidad de nuevos actores o actores más pequeños a ingresar al mercado o competir efectivamente. El establecimiento de normas robustas en materia de protección de datos podría ayudar a aliviar estas barreras de entrada garantizando un acceso equitativo a, y uso controlado de, la información.

Asimismo, las empresas en posición de dominio pueden hacer uso indebido o no autorizado de la información de los usuarios para, por ejemplo, elaborar perfiles de los clientes de la competencia y diseñar ofertas personalizadas y dirigidas directamente a ellos para atraerlos. También podrían diseñar un esquema discriminatorio de precios de productos basado en el análisis de datos. En general, podría crear ventajas competitivas que los nuevos actores o actores más pequeños difícilmente superarían en el desarrollo y comercialización de bienes y servicios.

Por otro lado, el consumidor y el mercado en general también podrían verse afectados. Las empresas que almacenan y usan la información y los datos pueden infringir, hasta sin intención, la privacidad de los usuarios. También pueden, como mencionamos arriba, ejecutar actividades de publicidad selectiva basada en la recolección invasiva y desproporcionada de datos. Adicionalmente, las empresas podrían pretender manipular el mercado basado en la gran cantidad de datos recogidos, lo cual podría eventualmente conducir a limitar la capacidad de elección del consumidor. Finalmente, el abuso de una posición de dominio podría conducir a un alza en los precios o una reducción en la calidad del bien y servicio prestado, precisamente por la disminución de competencia efectiva.

⁵¹ Artículo 12 – Ley Antimonopolio. Se prohíbe el abuso por parte de uno o varios de los sujetos de aplicación del presente Decreto con Rango, valor y Fuerza de Ley, de su posición de dominio, en todo o parte del mercado nacional y, en particular, quedan prohibidas las siguientes prácticas: 1. La imposición discriminatoria de precios y otras condiciones de comercialización o de servicios. 2. La limitación injustificada de la producción, de la distribución o del desarrollo técnico o tecnológico en perjuicio de las empresas o de los consumidores. 3. La negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios. 4. La aplicación, en las relaciones comerciales o de servicios, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen a unos competidores en situación de desventaja frente a otros. 5. La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos del comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

Artículo 13 – Ley Antimonopolio. Existe posición de dominio: 1. Cuando determinada actividad económica es realizada por una sola persona o grupo de personas vinculadas entre sí, tanto en condición de comprador como de vendedor y tanto en su condición de prestador de servicios como en su calidad de usuario de los mismos. 2. Cuando existiendo más de una persona para la realización de determinado tipo de actividad, no haya entre ellas competencia efectiva. Cuando exista posición de dominio, las personas que se encuentren en esa situación, se ajustarán a las disposiciones previstas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, en cuanto no se hayan establecido condiciones distintas en los cuerpos normativos que la regulen, conforme a lo dispuesto en el artículo 113 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela.

No es muy difícil imaginar un operador de una plataforma de mercado en línea con posición de dominio que, al poder ver los patrones de compra de sus usuarios en tiempo real, decide invertir en empresas que satisfagan esas necesidades comerciales o constituyan competidores directos a las empresas que habitan su plataforma. El operador podría fácilmente determinar qué productos quedan a la vista de los usuarios, mientras esconde a sus rivales. Así, el operador del mercado podría volverse competidor en el mercado que controla de forma completa.

También podría ocurrir que una plataforma de redes sociales con posición de dominio pretenda recoger grandes cantidades de información de sus usuarios sin su consentimiento expreso ni con transparencia y utilizar esos datos para, por ejemplo, (i) diseñar campañas publicitarias dirigidas y muy selectivas, dándole una ventaja injustificada sobre sus competidores; (ii) estudiar los datos recogidos para entender las debilidades de su competencia más pequeña y, con base en ello, pretender adquirirlos; o (iii) fijar precios discriminatorios basados en la información y datos de los usuarios.

En Venezuela deben dictarse normas que busquen prevenir este tipo de situaciones; es decir, con mayor énfasis la *prevención* de daños derivados del uso comercial indiscriminado de la información personal, que en la reparación de un daño ya ocurrido. Una Ley que podría ser interesante estudiar por disponer normas preventivas es la Ley de Protección de Datos Personales (PDPL)⁵² de la República Argentina. En particular, esta Ley establece limitaciones a la transferencia de la información recopilada⁵³, incluye la obligación de facilitar a las personas acceso a sus datos almacenados, establece mecanismos para corregir los registros de la información en caso de error⁵⁴ y establece obligaciones de confidencialidad de la información⁵⁵.

⁵² Ley No. 25.326, Ley de Protección de Datos Personales, publicada en Boletín Nacional del 2 de noviembre de 2000 (PDPL).

⁵³ Artículo 12 – PDPL. 1. Es prohibida la transferencia de datos personales de cualquier tipo con países u organismos internacionales o supranacionales, que no proporcionen niveles de protección adecuados. 2. La prohibición no regirá en los siguientes supuestos: a) Colaboración judicial internacional; b) Intercambio de datos de carácter médico, cuando así lo exija el tratamiento del afectado, o una investigación epidemiológica, en tanto se realice en los términos del inciso e) del artículo anterior; c) Transferencias bancarias o bursátiles, en lo relativo a las transacciones respectivas y conforme la legislación que les resulte aplicable; d) Cuando la transferencia se hubiera acordado en el marco de tratados internacionales en los cuales la República Argentina sea parte; e) Cuando la transferencia tenga por objeto la cooperación internacional entre organismos de inteligencia para la lucha contra el crimen organizado, el terrorismo y el narcotráfico.

⁵⁴ Artículo 21 – PDPL. 1. Todo archivo, registro, base o banco de datos público, y privado destinado a proporcionar informes debe inscribirse en el Registro que al efecto habilite el organismo de control. 2. El registro de archivos de datos debe comprender como mínimo la siguiente información: a) Nombre y domicilio del responsable; b) Características y finalidad del archivo; c) Naturaleza de los datos personales contenidos en cada archivo; d) Forma de recolección y actualización de datos; e) Destino de los datos y personas físicas o de existencia ideal a las que pueden ser transmitidos; f) Modo de interrelacionar la información registrada; g) Medios utilizados para garantizar la seguridad de los datos, debiendo detallar la categoría de personas con acceso al tratamiento de la información; h) Tiempo de conservación de los datos; i) Forma y condiciones en que las personas pueden acceder a los datos referidos a ellas y los procedimientos a realizar para la rectificación o actualización de los datos. 3) Ningún usuario de datos podrá poseer datos personales de naturaleza distinta a los declarados en el registro. El incumplimiento de estos requisitos dará lugar a las sanciones administrativas previstas en el capítulo VI de la presente ley.

⁵⁵ Artículo 16 – PDPL. 1. Toda persona tiene derecho a que sean rectificadas, actualizadas y, cuando corresponda, suprimidos o sometidos a confidencialidad los datos personales de los que sea titular, que estén incluidos en un banco de datos. 2. El responsable o usuario del banco de datos, debe proceder a la rectificación, supresión o actualización de los datos personales del afectado, realizando las operaciones necesarias a tal fin en el plazo máximo de cinco días hábiles de recibido el reclamo del titular de los datos o advertido el error o falsedad. 3. El incumplimiento de esta obligación dentro del término acordado en el inciso precedente, habilitará al interesado a promover sin más la acción de protección de los datos personales o de hábeas data prevista en la presente ley. 4. En el supuesto de cesión, o transferencia de datos, el responsable o usuario del banco de datos debe notificar la rectificación o supresión al cesionario dentro del

De esta forma, una norma que contemple tanto mecanismos de prevención como mecanismos de reparación es fundamental al momento de diseñar y dictar una norma local.

V. CONCLUSIONES

En la economía digital venezolana, urge una legislación robusta en protección de datos que mitigue riesgos para los usuarios y asegure una competencia justa. Sin estas normas, las empresas con acceso a grandes volúmenes de información seguirán acumulando ventajas competitivas injustificadas, obstaculizando la libre competencia y afectando negativamente a los consumidores. Actualmente existe un ordenamiento jurídico que busca reparar daños en vez de prevenirlos y, por tanto, surgen situaciones en las que una o varias empresas utilizan la información personal de los consumidores para obtener ventajas competitivas injustificadas sobre su competencia más pequeña, obteniendo una posición de dominio y posiblemente abusando de ella.

De esta forma, en Venezuela deben dictarse normas que busquen prevenir este tipo de situaciones. Esto es: con mayor énfasis la *prevención* de daños derivados del uso comercial indiscriminado de la información personal, que en la reparación de un daño ya ocurrido (como lo hace la Ley de Protección de Datos Personales (PDPL)⁵⁶ de la República Argentina). En efecto, una regulación sólida de protección de datos puede prevenir daños derivados de la recopilación y el tratamiento de datos, exigir claridad y transparencia en cuanto al uso de los datos, dar a las personas el control sobre el uso de sus datos personales, imponer sanciones por el uso indebido de los datos y promover una competencia justa y honesta.

Ello contribuiría a evitar prácticas anticompetitivas mediante el uso indiscriminado de los datos y, en particular, el abuso de posiciones dominantes en el mercado. Todo ello es fundamental para mantener un ecosistema digital saludable al fomentar la competencia honesta y proteger los datos personales.

BIBLIOGRAFÍA

- 2005. Sentencia N° 182 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 8 de marzo).
- Arenas, Vanessa. 2022. *La app venezolana de delivery, Yummy, levanta US\$ 47 millones para expandirse en Latinoamérica*. 2 de junio. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://forbes.cl/negocios/2022-06-02/la-app-venezolana-de-delivery-yummy-levanta-us-47-millones-para-expandirse-en-latinoamerica>.
- Brewer Carías, Allan. s.f. «El proceso constitucional de las acciones de habeas data en Venezuela: las sentencias de la Sala Constitucional como fuente del derecho procesal constitucional.» Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://allanbrewercarias.net/Content/449725d9-f1cb-474b-8ab2->

quinto día hábil de efectuado el tratamiento del dato. 5. La supresión no procede cuando pudiese causar perjuicios a derechos o intereses legítimos de terceros, o cuando existiera una obligación legal de conservar los datos. 6. Durante el proceso de verificación y rectificación del error o falsedad de la información que se trate, el responsable o usuario del banco de datos deberá o bien bloquear el archivo, o consignar al proveer información relativa al mismo la circunstancia de que se encuentra sometida a revisión. 7. Los datos personales deben ser conservados durante los plazos previstos en las disposiciones aplicables o en su caso, en las contractuales entre el responsable o usuario del banco de datos y el titular de los datos.

⁵⁶ Ley No. 25.326, Ley de Protección de Datos Personales, publicada en Boletín Nacional del 2 de noviembre de 2000 (PDPL).

41efb849fea8/Content/II,%204,%20638.%20PROCEDIMIENTO%20EN%20LAS%20ACCIONES%20DE%20HABEAS%20DATA.%201-10.doc.pdf.

- Brewer-Carías, Allan. 2011. «El Amparo Constitucional en Venezuela.» *Revista IUS* (Centro Internacional de Estudios sobre Ley y Derecho) 5 (27). <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/88>.
- Chavero Gazdik, Rafael. 2001. *El Nuevo Régimen de Amparo Constitucional*. Caracas: Editorial Sherwood.
- «Código Civil (Gaceta Oficial N° 2.990 Extraordinario, 26 de julio de 1982).»
- Comisión Nacional de Telecomunicaciones (CONATEL). «Normas relativas a la recopilación o captación de datos personales de los solicitantes de los servicios de telefonía móvil y telefonía fija, a través de redes inalámbricas o números no geográficos con servicios de voz nómada.» Providencia N° 171 del 20 de septiembre de 2017 (Gaceta Oficial N° 41.265, 26 de octubre de 2017).
- «Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (Gaceta Oficial N° 5.908 Extraordinario, 19 de febrero de 2009).»
- «Decreto-Ley Antimonopolio (Gaceta Oficial N° 40.549, 26 de noviembre de 2014).»
- «Decreto-Ley de Instituciones del Sector Bancario (Gaceta Oficial N° 40.557, 8 de diciembre de 2014).»
- «Decreto-Ley Orgánica de Precios Justos (Gaceta Oficial N° 40.340, 23 de enero de 2014).»
- El Interés. 2024. *Más trabajo y mayores sueldos: así es el próspero negocio de delivery en Venezuela*. 23 de abril. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://elestimulo.com/elinteres/empresas/2024-04-23/el-negocio-del-delivery-prospera-en-venezuela-estudio/>.
- Fischmann, Brett. 2018. *Here's why tech companies abuse our data: because we let them*. 10 de abril. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/apr/10/tech-companies-data-online-transactions-friction>.
- García, Carilym. 2018. «Habeas Data como mecanismo de protección del derecho al acceso a la información personal en el derecho constitucional venezolano.» *Data Ciencia - Revista Multidisciplinaria Electrónica del Núcleo LUZ - Costa Oriental del Lago* 1 (1). Último acceso: 14 de julio de 2024.
- Hernández Maionica, Giancarlo. 2003. «El habeas data y el derecho de la persona con trastornos de identidad de género a obtener documentos relativos a su identidad biológica.» *Revista de Derecho Constitucional* N° 8 67-80. http://www.ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/RDCONS/8/rdcons_2003_8_67-80.pdf.
- Hoofnagle, Chris Jay, Bart van der Sloot, y Frederik Zuiderveen Borgesius. 2019. «The European Union General Data Protection Regulation; what it is and what it means.» *Information & Communications Technology Law* 28 (1). Último acceso: 16 de julio de 2024.
- *Insaca vs. Ministerio de Sanidad y Asistencia Social*. 2001. Sentencia N° 332 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 14 de mayo).

- Kalra, Aditya, y Steve Stecklow. 2021. *Amazon copied products and rigged search results to promote its own brands, documents show*. 13 de octubre. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://www.reuters.com/investigates/special-report/amazon-india-rigging/>.
- Kemp, Simon. 2024. *Digital 2024 April Global Statshot Report*. 24 de abril. Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://datareportal.com/reports/digital-2024-april-global-statshot>.
- «Ley de Mensajes de Datos y Firmas Electrónicas (Gaceta Oficial N° 37.148, 28 de febrero de 2001).»
- «Ley Especial contra los Delitos Informáticos (Gaceta Oficial N° 37.313, 30 de octubre de 2001).»
- «Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales (Gaceta Oficial N° 34.060, 27 de septiembre de 1988).»
- «Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial N° 39.610, 7 de febrero de 2011).»
- «Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia (Gaceta Oficial N° 6.684 Extraordinario, 19 de enero de 2022).»
- «Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (Gaceta Oficial N° 39.358, 1 de febrero de 2010).»
- «Ley No. 25.326, Ley de Protección de Datos Personales, publicada en Boletín Nacional del 2 de noviembre de 2000 (PDPL)»
- Monaco, Miguel. 2016. «El Derecho de la Competencia y la Ley Antimonopolio en la segunda década del Siglo XXI o del Segundo Libro de la Poética de Aristóteles y Guillermo de Baskerville.» *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano* N° 10/2016 233-246. Último acceso: 16 de julio de 2024. https://redav.com.ve/wp-content/uploads/2017/11/El-derecho-de-la-competencia-y-la-Ley-antimonopolio-_n-la-segunda-de%CC%81cada-del-siglo-XXI-MM.pdf.
- Moncho Stefani, Rodrigo. 2012. «Comentarios sobre la inconstitucionalidad de la Ley de Costo y Precios Justos.» *Anuario de Derecho Público* (Centro de Estudios de Derecho Público de la Universidad Monteávila) (5): 219-242. Último acceso: 16 de julio de 2024. http://ulpiano.org.ve/revistas/bases/artic/texto/ADPUB-MONTEAVILA/5/ADPUB_2012_5_219-242.pdf.
- Moore, Mark. 1998. *Gestión estratégica y creación de valor en el sector público*. Barcelona: Paidós.
- Parlamento Europeo. s.f. *Carta de la Unión Europea de Derechos Fundamentales*. Último acceso: 16 de julio de 2024. https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf.
- Peterson, Michael P. 2005. «A decade of maps and the internet.» Editado por Global Congresos. *XXII International Cartographic Conference*. Coruña: The International Cartographic Association (ICA-ACI). Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://shorturl.at/9aLZM>.
- «Reglamento para la Protección de los Derechos de los Usuarios en la Prestación de los Servicios de Telecomunicaciones (Gaceta Oficial N° 41.533, 27 de noviembre de 2018).»

- Reuters. 1999. «Internet users now exceed 100 million.» *sitio web de The New York Times*. Último acceso: 1 de julio de 2024. <https://www.nytimes.com/1999/11/12/business/internet-users-now-exceed-100-million.html>.
- Rondón de Sansó, Hildegaard. 1994. *Amparo Constitucional*. Caracas: Arte.
- —. 2001. *Análisis de la Constitución Venezolana de 1999 (parte orgánica y sistemas)*. Caracas: Ex Libris.
- Ruth Capriles y otros. 2000. Sentencia N° 1050 (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 23 de agosto).
- Sagües, Nestor. 1995. *Derecho Procesal Constitucional. Acción de Amparo*. Buenos Aires: Astrea.
- Singh, Shubham. 2024. *How Many Emails Are Sent Per Day in 2024?* 21 de mayo. Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://www.demandsage.com/how-many-emails-are-sent-per-day/>.
- Snyder, Kristy. 2024. *35 e-Commerce statistics of 2024*. 28 de marzo. Último acceso: 14 de julio de 2024. <https://shorturl.at/Y8bhC>.
- Unión Europea. 2016. *General Data Protection Regulation - GDPR*. Último acceso: 16 de julio de 2024. <https://gdpr-info.eu/>.
- Veedores de la UCAB. 2000. (Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, 23 de agosto).

ÚLTIMAS TENDENCIAS EN PUBLICIDAD DIGITAL A LA LUZ DE LA CASUÍSTICA SOBRE PUBLICIDAD EN MEDIOS DIGITALES

Autores:

Abelardo Aramayo Baella

Andrea Belen Vega Talledo



ÚLTIMAS TENDENCIAS EN PUBLICIDAD DIGITAL A LA LUZ DE LA CASUÍSTICA SOBRE PUBLICIDAD EN MEDIOS DIGITALES

Latest trends in Digital Advertising given the case law on advertising in digital media

Abelardo Aramayo Baella¹
Andrea Belen Vega Talledo²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Casos recientes sobre publicidad en medios digitales.
- III. Respuesta del INDECOPI ante los nuevos retos en materia digital.
- IV. Conclusiones.

Resumen

El presente artículo busca abordar las tendencias a las que se ha visto enfrentada la Autoridad de Protección al Consumidor y Competencia del Perú – INDECOPI- en materia de publicidad en medios digitales, debido al creciente desarrollo del ecosistema digital. En ese sentido, el artículo explora los más recientes casos resueltos sobre dicha materia, enfocándose en la publicidad de influencers, publicidad ambiental, descuentos en línea, entre otros. Asimismo, el artículo hace énfasis en que la labor del INDECOPI no ha sido meramente sancionadora, sino que se ha preocupado por incluir labores de promoción y difusión sobre las materias previamente señaladas, a efectos de prevenir la publicidad engañosa en el Perú.

Palabras clave

Publicidad digital/ Influencers/ Publicidad ambiental/ Descuentos engañosos/ Economía digital/ Protección al Consumidor/ Plataformas digitales.

Abstract

This article seeks to address the trends that the Peruvian Consumer Protection and Competition Authority (INDECOPI) has faced regarding digital advertising, due to the growing development of the digital ecosystem. In this sense, the article explores the most

¹ **Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)**. Secretario Técnico de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con estudios concluidos de Maestría en Derecho de la Propiedad Intelectual y de la Competencia - Escuela de Graduados de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asimismo, se desempeñó como Vocal del Tribunal Administrativo de Solución de Reclamos de Usuarios – TRASU del Osiptel. Docente, autor y conferencista nacional e internacional en derecho mercantil, competencia y propiedad intelectual. Correo electrónico: aaramayo@indecopi.gob.pe

² **Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú)**. Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con título de segunda especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno por la misma casa de estudios. Miembro del Grupo de Investigación de Derecho Privado y Mercado de la PUCP. Especialista legal de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del Indecopi. Actualmente se encuentra cursando una Maestría en Políticas Públicas en la London School of Economics and Political Science (LSE). Código ORCID: 0000-0002-4481-9873. Correo electrónico: andrea.vegaf@pucp.pe

recent cases resolved on this matter, focusing on influencer's advertising, environmental advertising, online discounts, among others. Likewise, the article emphasizes that the work of INDECOPI has not been merely punitive but has also been concerned with giving information to several interested actors on the previously mentioned matters, in order to prevent misleading advertising in Peru.

Keywords

Digital advertising/ Influencers/ Environmental Advertising/ Misleading discounts/ Digital Economy/ Consumer Protection/ Digital Platforms.

I. INTRODUCCIÓN

La publicidad comercial constituye un instrumento de comunicación vital entre empresas y consumidores, siendo que tiene la capacidad de promover la competencia a nivel internacional y local³. Su aptitud para informar y persuadir, a través de la creatividad de los anunciantes, permite atraer la preferencia de consumidores por una determinada marca, producto o servicio.

En el caso peruano, el Decreto Legislativo N° 1044 – Ley de Represión de la Competencia Desleal (en adelante, la Ley de Competencia Desleal)⁴, marco normativo que reprime toda conducta de competencia desleal que afecte el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, establece la definición de lo que es la publicidad comercial.

En ese sentido, dicha actividad es definida por la referida ley como toda forma de comunicación difundida a través de cualquier medio, que resulta objetivamente apta para promover, ya sea directa o indirectamente, la imagen, marcas, productos o servicios de una persona, empresa o entidad en el ejercicio de su actividad comercial, industrial o profesional, en el marco de una actividad de concurrencia, promoviendo la contratación o la realización de transacciones para satisfacer sus intereses empresariales.

Al respecto, se debe precisar que la referida norma no establece una definición de la publicidad en medios digitales. Sin perjuicio de ello, a pesar de que la Ley que reprime los actos de competencia desleal fue promulgada muchos años atrás, en el 2008, es de resaltar que la definición de publicidad comercial y la aplicación de sus disposiciones es perfectamente aplicable a los medios digitales.

Ello puede ser evidenciado en la propia definición establecida en el artículo 59 de la Ley de Competencia Desleal, previamente indicada, que señala que la publicidad puede ser difundida en cualquier medio. Asimismo, al establecer las definiciones de campaña publicitaria y medio de comunicación social, se detallan los medios a través de los cuales podrían ser difundidos los anuncios, incluyendo al Internet.

Teniendo en cuenta la definición amplia de publicidad comercial, es que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal ha podido resolver casos que involucran anuncios difundidos a través de medios digitales sin inconveniente alguno, ante el exponencial incremento del comercio electrónico y subsecuente aumento de casos que involucran dichas plataformas.

³ International Chamber of Commerce (ICC), ICC Advertising and Marketing Communications Code, (Paris: ICC, 2018), 2. Disponible en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and66-marketing-communications-code-int.pdf>.

⁴ Perú, Presidencia de la República, *Ley de Represión de la Competencia Desleal*, Decreto Legislativo N° 1044, aprobado el 25 de junio de 2008.

Asimismo, el Indecopi se ha preocupado por brindar pautas que permitan generar predictibilidad ante los nuevos retos en materia digital, a través de la publicación de guías y la participación en foros internacionales dedicados a tratar dichas materias.

De hecho, una de las guías desarrolladas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, específicamente la "Guía de Publicidad para Influencers" ha ensayado una definición de publicidad digital, indicando que la misma incluye todas aquellas estrategias comerciales impulsadas por los anunciantes que involucran el uso de herramientas digitales habilitadas por Internet⁵.

En virtud de lo anteriormente expuesto, el presente artículo brindará una aproximación a las tendencias en materia de publicidad digital, para lo cual hará referencia a la casuística más reciente sobre anuncios difundidos en el entorno digital, así como la eficiente respuesta que ha tenido el Indecopi, ante los retos acaecidos en el marco de dicho entorno.

II. CASOS RECIENTES SOBRE PUBLICIDAD EN MEDIOS DIGITALES

Al haber evidenciado el enorme incremento de la publicidad en medios digitales, en este capítulo se abordarán los casos recientes resueltos referidos a anuncios que han sido difundidos a través de medios no tradicionales. En particular, se ha identificado cuatro sectores en los que se puede evidenciar el desarrollo de dicha publicidad: i) promociones en línea; ii) plataformas; iii) redes sociales; y, iv) publicidad ambiental.

a. Publicidad de Promociones en Línea: Descuentos engañosos o ficticios

La promoción de ventas es definida en la Ley de Competencia Desleal como aquella acción destinada a incentivar la transacción sobre bienes o servicios en condiciones de oferta excepcionales y temporales, que aparecen como más ventajosas respecto de las condiciones de la oferta ordinaria o estándar. Adicionalmente, la Ley indica que una promoción de ventas puede consistir en reducción de precios, incremento de cantidad, concursos, sorteos, canjes u otros similares.

Sobre este punto, resulta importante definir lo que es una oferta ordinaria o estándar. Dicha oferta ordinaria, también conocida como precio de referencia constituye aquel precio, por lo general más alto, con el que se compara un segundo precio anunciado en promoción o descuento⁶, conocido como la promoción comercial o de ventas indicada previamente.

En el caso en particular, desde el 2018, el Indecopi identificó una tendencia en el mercado peruano relacionada a la difusión de promociones comerciales con descuentos que resultarían engañosos. Al respecto, la difusión de descuentos engañosos es definida por Oxford Reference como una práctica mediante la cual los precios de productos y servicios son promocionados en una manera en que causa que el consumidor se vea engañado⁷.

Adicionalmente, de acuerdo con lo señalado por Armstrong y Chen, un precio engañoso o ficticio es aquel precio inflado artificialmente por el anunciante con la

⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers (Lima: INDECOPI, 2019), 7. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814820/Gu%C3%ADa%20de%20publicidad%20para%20influencers.pdf?v=1618845721>.

⁶ Chartered Trading Standards Institute, Guidance for Traders on Pricing Practices, (United Kingdom: 2016), 3. Disponible en: <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/Guidance-for-Traders-on-Pricing-Practices-Apr-2018.pdf>

⁷ Definición extraída de: <https://www.oxfordreference.com/display/10.1093/oi/authority.20110803095705557>

finalidad de dar la apariencia de que una oferta otorgaría una gran reducción de precio; sin embargo, en realidad el consumidor no recibiría el ahorro que espera de dicha oferta⁸.

Dicha práctica se ha desarrollado en diversas partes del mundo, principalmente a través de una táctica denominada "bait-and-switch". Por ejemplo, ya en el 2018, la Autoridad de Estándares Publicitarios de Australia determinó que una empresa difundió publicidad en línea con descuentos engañosos en tanto no logró acreditar que el precio de referencia promocionado era realmente el precio al que se comercializaba el producto regularmente, debido a que el precio varió en distintas ocasiones, siendo que incluso fue comercializado al precio promocional previamente⁹.

Como hemos adelantado, la práctica comentada no ha sido exclusiva de países como Australia, Estados Unidos o el Reino Unido, puesto que, en nuestro país, el Indecopi, a través de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, encargada de la supervisión y represión de actos desleales, también ha descubierto y sancionado casos relacionados a la difusión de descuentos engañosos, habiendo incluso emitido y publicado un precedente de observancia obligatoria.

Sobre este punto, a través de la Resolución N° 186-2021/CCD-INDECOPI, la referida Comisión sancionó a una empresa por cometer actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, al promocionar supuestas rebajas de sus productos, dando a entender a los consumidores que estarían adquiriendo una opción más ventajosa que aquella derivada de la oferta ordinaria, cuando en la práctica esto no era así.

Sobre el particular, la empresa sancionada difundió una promoción de ventas en la que habría una supuesta rebaja de S/ 899.00 a S/ 699.00, lo cual daba a entender a los consumidores que estarían adquiriendo una opción que les brindaba mayores beneficios que las condiciones de la oferta "ordinaria o estándar".

Sin embargo, en la práctica, ello no era cierto, en la medida que la oferta ordinaria, es decir, el precio regular que los consumidores debían pagar por dicho producto antes y después de la promoción era de S/ 699, por lo que en realidad no existía una verdadera promoción de ventas, infringiendo así el artículo 8 de la Ley de Represión de la Competencia Desleal.

En este contexto, la Comisión determinó que la práctica desarrollada por la empresa atentó contra el interés de los consumidores y su derecho a la información, al presentar como promoción de ventas un precio que no había sido calculado en base a la "oferta ordinaria o estándar" del producto anunciado; sino, considerando un precio más alto, especialmente fijado para la promoción infractora, lo cual transgrede el concepto de promoción de ventas y resulta objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial, por lo que constituye un acto de engaño.

Al ser la primera vez que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal se pronunciaba sobre un caso como este y, dado que a través de esta resolución se interpretó de modo expreso y con carácter general la prohibición de la difusión de publicidad engañosa, en particular, la referida a la difusión de precios o descuentos engañosos, la Institución aprobó un Precedente de Observancia Obligatoria.

De acuerdo con este precedente, cuando un agente económico desarrolla una promoción de ventas constituida por un descuento de precio o porcentaje de este, o

⁸ Armstrong, M. y Y. Chen, *Discount Pricing*. Discussion Paper Series N° 605, (United Kingdom: Department of Economics, University of Oxford, 2012). Disponible en: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e5824f4c-a77d-4679-9a78-150cd83a6b42>

⁹ ASA Ruling on Argos Ltd t/a Argos. Disponible en: <https://www.asa.org.uk/rulings/argos-ltd-g21-1128367-argos-ltd.html>

alguna modalidad equivalente, debe cumplir con que sea excepcional y temporal, así como con que sea calculado o referenciado respecto de la oferta "ordinaria o estándar"; de lo contrario, estaría desnaturalizando el concepto mismo de promoción de ventas e incurriendo en un acto de engaño, afectando los intereses económicos de los consumidores y otros proveedores.

Es importante precisar que, para la aprobación de este precedente, la Comisión hizo referencia a la experiencia comparada, a través de la normativa, guías y casos, de países como Estados Unidos de América, Canadá, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y Australia.

Adicionalmente, corresponde resaltar que el precedente de ninguna manera tiene como finalidad negar la facultad de las empresas de fijar los precios que estimen convenientes, sino que busca fortalecer la transparencia de los precios anunciados como parte de una promoción de ventas, a efectos de que los consumidores no se vean engañados, al considerar que se encuentran ante un precio promocional, que les reporta una ventaja económica, cuando ello no sea cierto.

A pesar de que en dicho caso la publicidad no fue difundida a través de medios digitales, el mismo dio pie a que, posteriormente, y en base al criterio aprobado, se resuelvan casos sobre descuentos engañosos difundidos a través de internet, en el marco de las campañas denominadas "Cyber Wow".

Sobre el particular, dichos casos fueron principalmente advertidos gracias a reportes de consumidores a través de redes sociales, los cuales impulsaron la investigación de oficio de la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal.

En este caso, la Secretaría Técnica imputó a dos empresas la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a que habrían difundido una promoción de ventas de una cama en el marco de la campaña "Cyber Wow", en la que promocionarían una supuesta rebaja de dicho producto de S/ 1 999.00 a S/ 899.00 y S/ 849.00 con la tarjeta de crédito del establecimiento, dando la apariencia de que los descuentos aplicables efectivos serían de 55% y 57% con la citada tarjeta de crédito, lo cual daría a entender a los consumidores que estarían adquiriendo el producto ofertado aplicando los porcentajes de descuento anunciados; sin embargo, ello no fue cierto, en tanto una de las empresas imputadas fijó un precio de referencia artificialmente alto para incrementar la percepción de ahorro en los consumidores, induciéndolos a error.

En dicho contexto, durante el trámite del procedimiento, la Comisión constató que el precio promocional de S/899.00 con cualquier medio de pago excepto con la tarjeta de la tienda y de S/ 849.00 con dicha tarjeta, no representó un descuento de 55% y 57%, respectivamente, del precio "usual" o "anterior" anunciado, conforme era publicitado en la promoción de ventas. Ello en tanto los precios que se encontraban vigentes en el periodo inmediatamente anterior a la promoción anunciada, eran de S/ 949.00 con cualquier medio de pago y de S/ 899.00 con la tarjeta del establecimiento; y, en el periodo inmediatamente posterior, el precio vigente era de S/ 1199.00 con cualquier medio de pago y de S/ 1149.00 con la tarjeta del establecimiento, siendo que el precio de S/ 1999.00 no se encontraba vigente inmediatamente antes ni después de la promoción de ventas, conforme fue anunciado al señalar: "ANTES: S/ 1999" en la publicidad.

Por ello, la Comisión, a través de la Resolución N° 233-2021/CCD-INDECOPI, determinó que los precios anunciados como precios de promoción respecto del precio "usual" o "anterior", correspondían en realidad a un descuento de 5% en ambos casos; sin embargo, eran resaltados como un precio de promoción que correspondía a un descuento sustancialmente mayor, de 55% y 57% respectivamente, respecto del precio "usual" o "anterior", lo cual no era cierto, siendo capaz de incrementar la percepción

de ahorro en los consumidores, quienes podrían entender que los precios promocionales anunciados con los medios de pago disponibles, realmente constituían un descuento del 55% y 57% respectivamente, desviando sus preferencias respecto de otras ofertas que sí podrían haber constituido una auténtica ventaja para los consumidores.

b. Publicidad de plataformas: Cambios de divisas y plataformas de *delivery*

Las plataformas de *delivery* y aplicaciones de cambios de divisas se han vuelto muy populares en el mundo y también en el Perú. En particular, el desarrollo y uso de plataformas en línea supone impactos tanto económicos como sociales, no solo para las empresas, sino también para los usuarios o consumidores que emplean dichas plataformas.

En efecto, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha precisado que, gracias a estas plataformas, los consumidores tienen menores costos de búsqueda y pueden comparar precios y productos de manera más sencilla, siendo que la distancia no reportaría inconvenientes para adquirir productos o contratar servicios de proveedores domiciliados en otros territorios¹⁰.

Algunas de las plataformas más conocidas en el mundo son Amazon, Alibaba, MercadoLibre, AliExpress, entre otras, las mismas que tienen alcance en distintos países. Por su parte, existen diversas plataformas que han sido creadas para atender demandas particulares de consumidores, como por ejemplo plataformas de *delivery* de comida, de transporte de personas y de productos, así como de cambio de divisas, en reemplazo de los bancos o casas de cambio tradicionales.

En este punto, la Comisión cuenta con pronunciamientos sobre el desarrollo de las actividades de las plataformas en línea, en particular, aquellas de cambios de divisas y plataformas de *delivery*. En tal sentido, la Comisión recibió una denuncia de una *startup* dedicada al cambio de divisas de manera digital, que abrió dos cuentas corrientes en un banco tradicional, siendo que posteriormente recibió una Carta Notarial del referido banco indicándole que había decidido resolver su vínculo contractual.

La referida Carta Notarial hizo alusión a lo dispuesto en el artículo 85 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, concordado con el artículo 3 de la Circular 2197-2011, emitida por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. La denunciante indicó que el cierre de sus cuentas tuvo como única finalidad dificultar el normal desarrollo de las actividades de las empresas que buscan satisfacer la demanda por sus servicios.

En virtud de lo expuesto, la Secretaría Técnica admitió a trámite la denuncia e imputó la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de infracción a la cláusula general, debido a que habría procedido a cerrar las cuentas bancarias de la *startup* en cuestión con la alegada finalidad de obstaculizar indebidamente el desarrollo normal de sus actividades, lo que resultaría contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.

La defensa del banco estuvo enfocada principalmente en que la decisión del cierre de cuentas no fue arbitraria ni injustificada, siendo que se habría encontrado sustentada en la aplicación de su política comercial interna dedicada a la prevención del lavado de dinero y financiamiento del terrorismo, la misma que sería una medida legítima en el

¹⁰ OECD, An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation, (Paris: OECD Publishing, 2019), 31. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>

ejercicio de sus derechos a la libre empresa, libertad de contratar y libertad de contratación.

De esta manera, la primera instancia, a través de la Resolución 034-2022/CCD-INDECOPI, declaró infundada la denuncia por la infracción a la cláusula general, debido a que determinó que el cierre de cuentas obedeció a una causa totalmente objetiva y relacionada con la aplicación de la política comercial del banco para prevenir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo.

En ese sentido, la Comisión señaló que no podría alegarse que la aplicación de una política comercial dirigida a no contratar con ciertos individuos configure un acto de competencia desleal, en la medida que su aplicación fue justificada y no tuvo como finalidad obtener una ventaja competitiva contraria a la buena fe empresarial. Sobre este punto, no se advirtió algún factor que implique una obstrucción al ejercicio de la actividad económica de la *startup*, pues se verificó que dicha empresa continuaba operando como una casa de cambio digital a través de transferencias de soles o dólares de cuentas del mismo banco y transacciones bancarias.

Al haber sido apelada la resolución de la Comisión, la segunda instancia, a través de la Resolución N° 71-2023/SDC-INDECOPI, confirmó el primer pronunciamiento resaltando que la actuación denunciada contra el banco no constituye, por sí misma, un acto contrario a la buena fe empresarial; por lo que no es posible afirmar que esta conducta estuviera efectivamente orientada a generar el efecto restrictivo alegado por la denunciante. Ello, sin perjuicio de que tal actuación hubiera podido incidir en las actividades de la *startup*.

Otro caso resuelto sobre plataformas en línea es el vinculado a una popular empresa de *delivery* de comidas. En este caso, la Secretaría Técnica inició un procedimiento de oficio en contra de dicha empresa, imputando la presunta comisión de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño, debido a que, en su aplicación, habría consignado la afirmación "los usuarios Prime ahorran S/ 50 en promedio al mes", lo cual daría a entender que los usuarios de dicha plataforma que contraten la membresía *Prime* obtendrían un ahorro mensual de S/ 50.00 en promedio, cuando ello no sería cierto.

La empresa de *delivery* indicó en sus descargos que, de la revisión del anuncio, se desprende que el mensaje trasladado a los consumidores es que el promedio de ahorros obtenido por todos los usuarios suscritos a la membresía *Prime* es de S/ 50.00. Adicionalmente, señaló que el promedio de ahorro de los usuarios con membresía *Prime* desde enero hasta noviembre de 2022 ha superado el monto de S/50.00. Para dicho cálculo se tuvieron en consideración todos los conceptos que forman parte de los beneficios que gozan los usuarios de *Prime*, tales como los descuentos en la tarifa de servicio, el costo de envío, restaurantes, supermercados, tiendas, farmacias, Turbo y otros establecimientos aliados.

La primera instancia, a través de la Resolución 138-2023/CCD-INDECOPI, declaró fundada la imputación indicando que, de un análisis superficial e integral de la publicidad cuestionada, la misma daba a entender a los consumidores que los usuarios afiliados a la membresía *Prime* ahorrarían S/ 50.00 en promedio al mes; sin embargo, no habría logrado sustentar dicha afirmación.

La referida resolución fue apelada, y la segunda instancia, a través de la Resolución 0056-2024/SDC-INDECOPI, señaló que el mensaje que se transmitiría a través de la publicidad sería que considerando a la totalidad de usuarios suscritos a la membresía *Prime*, el ahorro promedio percibido sería de S/ 50.00 al mes. Al respecto, la Sala consideró que, mediante la documentación remitida por la imputada, se logró acreditar que, en promedio, los usuarios *Prime* percibieron un ahorro mensual incluso mayor a S/ 50.00. En efecto, se evidenció que, de manera previa a la difusión del anuncio, la

información correspondiente al ahorro obtenido por los usuarios *Prime* permitía sustentar el promedio de dicho ahorro por mes, siendo que fue incluso mayor al anunciado.

c. Publicidad en redes sociales: *Influencers*

La publicidad en redes sociales forma parte de una actividad mucho más amplia que es la publicidad digital, entendida como estrategias comerciales impulsadas por los anunciantes que involucran el uso de herramientas digitales habilitadas por Internet. El componente principal de esta forma de publicidad es la inserción y aprovechamiento del desarrollo de las nuevas tecnologías que, entre otros avances, propician la aparición de nuevas plataformas de interacción social, amplían el margen de llegada a los usuarios y logran una mayor velocidad en la recepción de mensajes y respuesta de los mismos¹¹.

La publicidad digital tiene mucho dinamismo y un crecimiento exponencial en los últimos años. Se estima que el gasto en publicidad digital en el 2017 fue de 243,100 millones de dólares, en el 2020 se incrementó a 433,500 millones y en el 2024 se prevé que alcance los 740,300 millones, para el 2028 se prevé que llegue a la cifra de 965,600 millones, según datos de Statista¹².

Es en dicho contexto, que la actividad de los *influencers* cobra mayor relevancia de cara a la supervisión publicitaria y la defensa de los consumidores. Debemos tener en cuenta que se considera al *Influencer* a la persona que cuenta con cierta credibilidad sobre un tema determinado y que, dada su capacidad de convencimiento o llegada a sus seguidores, sin tener en consideración necesariamente el número de éstos, puede convertirse en un componente determinante en las decisiones que los consumidores realizan en el mercado¹³.

Dicha capacidad de llegada hacia sus seguidores se debe principalmente al *engagement* generado como resultado de frecuentes interacciones, como *likes*, respuestas y "reposteos", dependiendo de la red social en la que se encuentren, lo cual genera relaciones de larga duración entre el *influencer* y sus seguidores¹⁴. Dicho *engagement* promueve resultados favorables para el *influencer*, como la credibilidad de sus seguidores, la compra o adquisición de los productos que promociona, entre otros.

En ese sentido, la publicidad realizada por los *influencers* comprende aquellas prácticas destinadas a promover, directa o indirectamente las marcas, productos o servicios del anunciante, siempre y cuando se hayan originado como consecuencia de un pago o contraprestación de cualquier tipo¹⁵. Dichas prácticas han sido analizadas por el Indecopi, en los casos que expondremos a continuación.

¹¹ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers (Lima: INDECOPI, 2019), 8. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814820/Gu%C3%ADa%20de%20publicidad%20para%20influencers.pdf?v=1618845721>.

¹² De La Vega Polanco, Miguel. Inversión en publicidad digital crece en el Perú. (Lima: El Peruano, 2024). Disponible en el siguiente enlace: <https://www.elperuano.pe/noticia/250668-inversion-en-publicidad-digital-crece-en-el-peru>

¹³ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers (Lima: INDECOPI, 2019), 7. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814820/Gu%C3%ADa%20de%20publicidad%20para%20influencers.pdf?v=1618845721>.

¹⁴ Muñoz, María M., Rojas de Gracia, María Mercedes y Navas Sarasola, Carlos. "Measuring engagement on twitter using a composite index: An application to social media influencers", Journal of Informetrics 16 (2022), 1,2. Disponible en el siguiente enlace: <https://doi.org/10.1016/j.joi.2022.101323>

¹⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers (Lima: INDECOPI, 2019), 7. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814820/Gu%C3%ADa%20de%20publicidad%20para%20influencers.pdf?v=1618845721>.

El primer caso sobre *influencers* fue el de una persona que realizó publicidad en su red social Instagram, mediante la cual promovía la contratación del servicio de taxi en moto lineal. El referido *influencer*, publicó una historia en dicha red, recomendando a sus seguidores a que utilicen una aplicación mediante la cual se podría acceder al transporte privado de personas en moto lineal. En dicho caso, la Secretaría Técnica inició una investigación preliminar y un posterior procedimiento administrativo sancionador, en el que la Comisión concluyó en que el *influencer* investigado infringió dos principios publicitarios: el principio de autenticidad y el de adecuación social.

Sobre el principio de autenticidad, la Comisión señaló que, la forma en la que el *influencer* había difundido la historia no satisfacía la claridad con la que la publicidad debía ser compartida, fallando en permitir que el consumidor sea capaz de identificarla como un contenido pagado o patrocinado. Al respecto, si bien el *influencer* empleó el *hashtag* “#ad”, la Comisión concluyó que dicha etiqueta se encontraba en otro idioma y constituía una palabra recortada, por lo que podría no ser entendida por el público al que se encontraba dirigida.

De otro lado, respecto del principio de adecuación social, la Comisión determinó que la publicidad investigada inducía a la comisión de actos ilegales, en la medida que el servicio promocionado a través de su red social, es decir, el transporte de personas en motos lineales, constituye un servicio que se encuentra prohibido por la normativa peruana sectorial de transporte.

Vale la pena mencionar que, en el referido caso, el *influencer* fue sancionado en calidad de medio de comunicación social y agencia de publicidad. En efecto, la Resolución N° 124-2020/CCD-INDECOPI determinó que el *influencer* en cuestión ostentó la calidad de medio de comunicación social, debido a que brindó el servicio de difusión de la publicidad, empleando su cuenta en la red social Instagram. Adicionalmente, dicha resolución también determinó que el creador de contenido contaba con la calidad de agencia de publicidad, en la medida que se encargó de realizar la publicidad, diseñándola por su propia cuenta, sin contar con pautas emitidas por la empresa anunciante.

Como se puede observar, este es un caso bastante ejemplificador del funcionamiento de las redes sociales y de cómo las mismas son empleadas en mayor medida por los *influencers*, a efectos de difundir publicidad digital, a cambio de una contraprestación, por lo que son pasibles de ser sancionadas por la Comisión en los casos que infrinjan la regulación sobre competencia desleal y publicidad comercial.

d. Publicidad ambiental: Greenwashing

La difusión de publicidad con alegaciones ambientales que son engañosas es conocida como *greenwashing*. En efecto, la Guía de Publicidad Ambiental publicada por el Indecopi en 2023, ha empleado recursos de otras autoridades de Protección al Consumidor y Supervisión de la Publicidad para definir dicho término como una “práctica publicitaria que consiste en un intento de engañar a los consumidores al promocionar que determinados productos o servicios tendrían un impacto positivo o serían inocuos o más inocuos para el ambiente de lo que realmente son. (...)”¹⁶.

Al respecto, la creciente preferencia de consumidores peruanos y globales por productos y servicios que tengan un impacto positivo en el medio ambiente ha generado que la publicidad que incluye la presentación de afirmaciones ambientales se encuentre en aumento. En efecto, de acuerdo a lo indicado por Forbes Perú¹⁷, una

¹⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad Ambiental (Lima: INDECOPI, 2023), 7. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/4749865-guia-de-publicidad-ambiental>

¹⁷ Forbes Perú, Un consumidor más consciente y ecoamigable: así se están adaptando las empresas en Perú (Lima: 2023). <https://forbes.pe/especiales/2023-05-16/un-consumidor-mas-consciente-y-ecoamigable-asi-se-están-adaptando-las-empresas-en-peru>

encuesta desarrollada por Boston Consulting Group en 2022, muestra que más del 50% de personas estaría dispuesta a pagar más por productos sostenibles.

Ello cobra especial relevancia al descubrir que el 40% de afirmaciones ambientales podrían ser engañosas, según lo reportado por la Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido, en referencia al barrido internacional realizado por diversas Autoridades de Protección al Consumidor del mundo. Dicho reporte concluyó que empresas podrían estar usando lenguaje vago y poco claro al referirse a productos naturales, así como omitiendo información relevante sobre el impacto de un producto en el medioambiente¹⁸.

En ese sentido, al igual que en otras jurisdicciones, el Indecopi ha resuelto casos sobre publicidad con alegaciones ambientales, difundida a través de medios digitales. Por ejemplo, en el marco de la denuncia interpuesta por una Asociación de Consumidores en contra de tres tiendas por departamento, la Comisión evaluó si las bolsas plásticas de las referidas tiendas eran biodegradables y compostables simultáneamente. La Asociación denunciante cuestionaba que tanto la publicidad difundida a través de redes sociales, como aquella que se encontraba en las mismas bolsas era engañosa, pues no era posible que estas tuvieran ambas características.

Al respecto, el Indecopi decidió realizar una consulta técnica al ente competente en materia ambiental, el Ministerio del Ambiente, a efectos de que, en base a sus atribuciones, pueda pronunciarse sobre la posibilidad de que un producto, en específico, las bolsas de plástico, tengan la calidad de biodegradables y compostables a la vez.

Sobre el particular, el Ministerio del Ambiente se pronunció señalando que, sí es posible que una bolsa de plástico pueda ser denominada como "biodegradable" y, a su vez, como "compostable", dado que constituyen dos formas de clasificación diferentes, variando según su mecanismo de degradación y su forma de valorización.

En consecuencia, al analizar el caso en particular y verificar los medios probatorios, se determinó que las empresas investigadas sí contaban con el sustento técnico correspondiente para aseverar que sus bolsas plásticas eran biodegradables y compostables. Al respecto, mediante la Resolución N° 039-2022/CCD-INDECOPI, la Comisión, determinó que el producto analizado cumplía con criterios de biodegradabilidad y compostabilidad, sobre la base de la normativa UNE-EN 13432, en concordancia con la NTP 900.080:2015 - ENVASES Y EMBALAJES. Requisitos de los envases y embalajes. Programa de ensayo y criterios de evaluación de biodegradabilidad; aplicable a la fecha de la emisión de los anuncios cuestionados.

Otro caso en el que se analizaron afirmaciones con alegaciones ambientales en la publicidad digital, y también en medios tradicionales, como etiquetas y televisión, corresponde a la difusión de la afirmación "100% jugo natural" relacionada a una línea de jugos comercializada en el mercado peruano. En este procedimiento iniciado de oficio, tanto la Comisión, como la Sala Especializada en Defensa de la Competencia coincidieron en que la frase "100% jugo natural" daba a entender a los consumidores que se trataría de productos que se encuentran compuestos por insumos que tienen un origen totalmente natural.

En dicho sentido, mediante la Resolución N° 0130-2021/SDC-INDECOPI, la segunda instancia administrativa del Indecopi, confirmó el pronunciamiento de la primera instancia, señalando que la empresa imputada había cometido una infracción, debido a que, el hacer alusión a lo natural implicaba que los productos comentados se

¹⁸ Competition and Markets Authority (CMA), Global sweep finds 40% of firms' green claims could be misleading (Reino Unido; CMA, 2021). Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/global-sweep-finds-40-of-firms-green-claims-could-be-misleading>

encontrarían hechos a base de frutas o insumos naturales tal y como se encuentran en la naturaleza o que sus componentes han pasado por una nula o mínima intervención y/o transformación durante su proceso de elaboración.

Sin embargo, de la evaluación realizada por la Autoridad, se determinó que la empresa imputada no había cumplido con acreditar de manera fehaciente que los componentes de sus productos fueran totalmente naturales, por lo que la imputación realizada fue declarada fundada.

III. RESPUESTA DEL INDECOPI ANTE LOS NUEVOS RETOS EN MATERIA DIGITAL

Ante el gran desarrollo que ha tenido y viene experimentando la publicidad, transformándose en aquella que incluye elementos digitales, además de los casos y los pronunciamientos que ha emitido el Indecopi, ilustrados previamente, la actuación del Indecopi no ha sido pasiva. Por el contrario, ha sido y continúa siendo bastante proactiva, siendo que además se encuentra orientada a promover la participación de todos los actores involucrados en la difusión de la publicidad digital.

Al respecto, la finalidad del Indecopi ha sido cumplir no solo un rol sancionador, lo que puede confirmarse a partir de los casos previamente señalados, sino que, ha buscado priorizar un rol promotor y educador, orientado a que se brinde la información suficiente para evitar infracciones.

En ese sentido, el Indecopi, a través de la Comisión, ha realizado esfuerzos para promover las buenas prácticas en materia de publicidad digital, principalmente, a través de dos mecanismos: (i) el desarrollo de guías; y, (ii) la participación en foros internacionales.

a. Desarrollo de guías

El Indecopi ha desarrollado productos que tienen la finalidad de brindar aproximaciones sobre el contexto digital y su relación, principalmente, con la publicidad. Ello con la finalidad de tener una mejor comprensión del estado situacional de dicha materia, y de proponer recomendaciones y alternativas de solución al problema identificado.

Al respecto, el documento pionero es la Agenda Digital del Indecopi, publicada en 2018, la cual tiene aproximaciones a la publicidad digital, pero no se agota en ello, sino que abarca también información relacionada a los signos distintivos, comercio electrónico, economía colaborativa, firma electrónica, entre otros, todo por supuesto en el marco del contexto de las nuevas tecnologías digitales.

En ese sentido, la Agenda Digital realizó una evaluación del estado situacional del Perú en materia digital, para lo cual contó con la información transmitida por los distintos órganos y comisiones que forman parte del Indecopi, siendo que posteriormente, emitió una serie de recomendaciones para fomentar la innovación, impulsar el comercio electrónico, aprovechar los beneficios de la economía colaborativa, fomentar la creación y acceso a contenidos digitales, estimular la confianza en línea y eliminar las barreras burocráticas¹⁹.

Posteriormente, el Indecopi, preocupado por la creciente masificación de los *influencers*, elaboró la Guía de Publicidad para *Influencers*, documento orientativo publicado en el 2019, que fue primero socializado con actores interesados y el público en general, para conocer sus comentarios.

¹⁹ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Agenda Digital (Lima: INDECOPI, 2018). Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/894637/Agenda_digital_16.05.2018.pdf?v=1593297725n

La citada Guía reconoce la importancia de la leal competencia y, en base a ello, señala que la supervisión de la publicidad difundida por los *influencers* conlleva un reto que debe ser abordado por la autoridad. De esta manera, dicho instrumento realiza un mapeo de las definiciones más relevantes, precisa la legislación general y sectorial aplicable, establece los actores que tienen participación en la difusión de este tipo de publicidad, describe las prácticas realizadas por los *influencers* consideradas como publicidad y, finalmente, brinda recomendaciones para *influencers* y anunciantes sobre cómo debe difundirse este tipo de publicidad²⁰. Recientemente, dicha guía ha sido actualizada, brindando una versión más didáctica e indicando una mayor cantidad de medios a través de los cuales es posible difundir publicidad²¹.

En materia de promociones comerciales con descuentos engañosos, la Comisión ha brindado aproximaciones sobre su fiscalización, a partir de discusiones generadas con autoridades pares, en las cuales se han analizado los desafíos que presenta la referida problemática, así como las principales acciones que han sido desplegadas por las autoridades. Adicionalmente, se brindan recomendaciones y directrices para las autoridades, proveedores y consumidores, a efectos de prevenir la ocurrencia de esta práctica, que es especialmente dañina económicamente para consumidores²².

En lo relacionado a publicidad con alegaciones ambientales, con la publicación de la Guía de Publicidad Ambiental, el Indecopi marcó una pauta en la región, al contar con una guía de este tipo, poniéndose a la par de países como Estados Unidos, Reino Unido, Canadá, entre otros²³. En particular, la citada guía propone definiciones esenciales en el contexto de la difusión de publicidad ambiental, indicando que la misma se encuentra dirigida a anunciantes, creadores de contenido, agencias de publicidad y consumidores en general. Asimismo, se especifican los principios que deben seguir los anunciantes que difundan publicidad verde, siendo estos la veracidad y sustanciación previa, claridad, pertinencia, transparencia, y comparación leal. Finalmente, se proponen situaciones bastante ejemplificadoras referidas a buenas y malas prácticas en materia de publicidad verde²⁴.

b. Participación en Foros Internacionales

Adicionalmente a la publicación de guías, dirigidas principalmente a actores del contexto nacional, el Indecopi ha participado en distintos eventos y proyectos organizados por foros internacionales, que buscan promover la leal competencia en el proceso de difusión de la publicidad a través de medios digitales.

²⁰ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers (Lima: INDECOPI, 2019). Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814820/Gu%C3%ADa%20de%20publicidad%20para%20influencers.pdf?v=1618845721>

²¹ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers (Lima: INDECOPI, 2024). Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/5870366-guia-de-publicidad-para-influencers-2024>

²² Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía sobre Fiscalización de Promociones con descuentos engañosos (Lima: INDECOPI, 2023). Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4616502/Gu%C3%ADa%20fiscalizaci%C3%B3n%20de%20promociones%20con%20descuentos%20enga%C3%B1osos%20-VF.pdf?v=1685136749>

²³ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). El Indecopi presenta Guía de Publicidad Ambiental para promover el uso responsable de la publicidad verde (Lima: INDECOPI, 2023). Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/852828-el-indecopi-presenta-guia-de-publicidad-ambiental-para-promover-el-uso-responsable-de-la-publicidad-verde>

²⁴ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad Ambiental (Lima: INDECOPI, 2023). Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5288796/4749865-guia-de-publicidad-ambiental-vf.pdf?v=1697551827>

Al respecto, recientemente el Perú ha sido anfitrión del Foro de Cooperación Económica de Asia Pacífico (APEC), foro que comprende 21 economías de la región Asia – Pacífico, y que este año tuvo como lema “empoderar, incluir, crecer”. En dicho foro, se han presentado diversos proyectos, dentro de los cuales se han incluido diálogos público-privados referidos a temas sustanciales de la publicidad digital.

En particular, se ejecutaron proyectos relacionados a las temáticas de publicidad ambiental, publicidad de *influencers* y publicidad de promociones comerciales. Al respecto, el primero de ellos estuvo orientado a la fundamentación de las declaraciones medioambientales en la publicidad para aumentar la confianza de los consumidores y mejorar la competencia, siendo que el segundo tiene como objetivo abordar políticas y buenas prácticas relacionadas con la publicidad de *influencers*, con el fin de prevenir daños a los consumidores y mejorar la competencia. Finalmente, el tercer proyecto busca promover mejores prácticas para evitar precios y descuentos engañosos y prácticas similares en plataformas de compras en línea y otros tipos de ventas en línea de bienes y servicios²⁵.

Dichos proyectos han resultado de vital interés para distintas economías, las cuales han decidido apoyar su ejecución, siendo copatrocinadores de los mismos. Las economías que han manifestado su respaldo a la priorización de dichas temáticas son las siguientes: Australia, Canadá, Chile, Estados Unidos, Filipinas, Malasia, Singapur, entre otras.

De otro lado, el Indecopi forma parte de la Red Internacional de Protección al Consumidor y Aplicación de la Ley (ICPEN), la cual comprende a más de setenta autoridades de protección al consumidor en el mundo, y que sirve como plataforma para el intercambio de experiencias a efectos de mejorar la aplicación de las leyes de protección al consumidor en cada una de las jurisdicciones. Dicho foro comprende distintas temáticas de acción relacionadas a la protección al consumidor y la publicidad digital, siendo que la Comisión se ha enfocado principalmente en aportar en lo relacionado a la publicidad ambiental.

En efecto, desde el 2020, a partir del trabajo en dicho Foro, el Indecopi viene participando activamente en la supervisión de la publicidad ambiental, a efectos de prevenir que empresas muestren características sostenibles que en realidad no poseen, o sobre las cuales no tienen el sustento correspondiente. Asimismo, dicho trabajo ha continuado a lo largo de los años, siendo que la supervisión de dicho sector es permanente, así como las labores de promoción y educación dirigidas a los diversos actores que participan en la difusión de la publicidad verde. Ello puede evidenciarse a partir de las participaciones que ha tenido el Indecopi en distintas reuniones nacionales e internacionales que abordan la materia²⁶.

IV. CONCLUSIONES

A lo largo del presente artículo, hemos podido apreciar que el Indecopi y, en particular, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, han tenido una actividad dinámica y proactiva al afrontar las últimas tendencias en materia publicitaria. Es decir, en vez de adoptar una actitud pasiva y esperar a que las nuevas problemáticas que devienen de un mayor desarrollo y uso de la tecnología digital desborden a los

²⁵ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Indecopi presenta en APEC 3 proyectos sobre publicidad digital para fomentar buenas prácticas y prevenir daños a consumidores y al mercado (Lima: INDECOPI, 2024). Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/915210-indecopi-presenta-en-apec-3-proyectos-sobre-publicidad-digital-para-fomentar-buenas-practicas-y-prevenir-danos-a-consumidores-y-al-mercado>

²⁶ Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Iniciativas del Indecopi sobre publicidad medioambiental destacan en reunión internacional (Lima: INDECOPI, 2023). Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/756069-iniciativas-del-indecopi-sobre-publicidad-medioambiental-destacan-en-reunion-internacional>

consumidores y a la autoridad encargada de proteger sus legítimos intereses, el Indecopi ha optado por una posición proactiva. En tal sentido, el Indecopi en una primera etapa se ha esforzado por estudiar y tener un diagnóstico de las últimas tendencias y conceptos del entorno digital, determinando cómo puede impactar en sus competencias, mediante la Agenda Digital.

Asimismo, el Indecopi no ha dejado de resolver controversias que involucren nuevas tecnologías. Es así que la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal cuenta con una rica casuística, de la que se han seleccionado algunos casos ejemplificativos en el presente artículo. Como hemos podido apreciar, en dicho contexto, el Indecopi ha resuelto casos de descuentos ficticios o engañosos en medios digitales, como consecuencia de una compleja investigación de oficio que implicó estudiar el marco legal internacional, lo que derivó en la aprobación de un Precedente de Observancia Obligatoria, a efectos de establecer reglas claras que se deban seguir a futuro, en la aplicación del marco legal vigente y en defensa de los intereses de los consumidores, de los proveedores y anunciantes honestos y leales, así como del propio orden público económico.

De otro lado, la Comisión también ha resuelto casos de otros tipos de servicios digitales, como los cambios de divisas y plataformas de *delivery*, que van a ir marcando la línea resolutive y el enfoque de la institución sobre estos nuevos servicios disruptivos. Como hemos podido apreciar en estos casos, se trata de mantener un estrecho equilibrio entre el fomento de la innovación que facilita la vida de los consumidores y el respeto del marco legal vigente que resguarda sus legítimos intereses y que busca que las nuevas tecnologías no distorsionen sus beneficios.

Un sector en el que la Comisión ha puesto significativa atención, debido a su rápido crecimiento y su capacidad de influenciar en las decisiones de los consumidores es el de la publicidad de *influencers*. Por ello, además de la resolución de casos sobre la materia, la Comisión ha publicado una Guía de Publicidad para *influencers*, que acaba de ser actualizada el presente año, y un resumen ejecutivo de la misma, por lo que existe claridad y estabilidad jurídica sobre el marco legal que aplica a esta interesante actividad, además de profesionalizar a los actores que participan en la misma.

No obstante lo expuesto, la Comisión no sólo ha estado atenta a las nuevas tecnologías, sino también a nuevas tendencias en la publicidad y en la sensibilidad social que sirve como insumo para dichas tendencias. Es así que se ha venido investigando la publicidad con alegaciones ambientales, teniendo en consideración la mayor preocupación de los consumidores por el impacto positivo o negativo de las empresas y la actividad humana sobre el medio ambiente, lo que dota de una ventaja competitiva significativa a los anunciantes que publicitan el impacto positivo de sus productos o servicios sobre el medio ambiente.

Es por ello, que la Comisión ha venido participando en foros internacionales para recoger experiencias y conocimientos sobre publicidad ambiental y, con el conocimiento obtenido, iniciar investigaciones de oficio y analizar denuncias de parte sobre la materia. Además, a fin de brindar información a los consumidores y a los proveedores, la Comisión difundió la Guía de Publicidad Ambiental, instrumento que clarifica conceptos y da pautas para la difusión de dicho tipo de publicidad.

En suma, el Indecopi no es una institución pasiva, sino que se encuentra en constante investigación y monitoreo de las nuevas tendencias, a fin de resguardar adecuadamente los intereses de los consumidores, proveedores y el orden público económico, no teniendo únicamente un rol sancionador y punitivo en las controversias e investigaciones que tramita, sino también una acción informativa y educativa del mercado, mediante la publicación y difusión de guías, la aprobación de precedentes de observancia obligatoria y la participación destacada en importantes foros

internacionales, posicionándose como un referente regional y global en materia de publicidad y represión de la competencia desleal.

BIBLIOGRAFÍA

- Armstrong, M. y Y. Chen, Discount Pricing. Discussion Paper Series N° 605. United Kingdom: Department of Economics, University of Oxford, 2012. Disponible en: <https://ora.ox.ac.uk/objects/uuid:e5824f4c-a77d-4679-9a78-150cd83a6b42>
- Chartered Trading Standards Institute. Guidance for Traders on Pricing Practices. United Kingdom: 2016. Disponible en: <https://www.businesscompanion.info/sites/default/files/Guidance-for-Traders-on-Pricing-Practices-Apr-2018.pdf>
- Competition and Markets Authority (CMA). Global sweep finds 40% of firms' green claims could be misleading. Reino Unido; CMA, 2021. Disponible en: <https://www.gov.uk/government/news/global-sweep-finds-40-of-firms-green-claims-could-be-misleading>
- De La Vega Polanco, Miguel. Inversión en publicidad digital crece en el Perú. Lima: El Peruano, 2024. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.elperuano.pe/noticia/250668-inversion-en-publicidad-digital-crece-en-el-peru>
- Forbes Perú, Un consumidor más consciente y ecoamigable: así se están adaptando las empresas en Perú. Lima: 2023. <https://forbes.pe/especiales/2023-05-16/un-consumidor-mas-consciente-y-ecoamigable-asi-se-estan-adaptando-las-empresas-en-peru>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Agenda Digital. Lima: INDECOPI, 2018. Disponible en: https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/894637/Agenda_digital_16.05.2018.pdf?v=1593297725n
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers. Lima: INDECOPI, 2019. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814820/Gu%C3%ADa%20de%20publicidad%20para%20influencers.pdf?v=1618845721>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Guía de Publicidad Ambiental. Lima: INDECOPI, 2023. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5288796/4749865-guia-de-publicidad-ambiental-vf.pdf?v=1697551827>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Iniciativas del Indecopi sobre publicidad medioambiental destacan en reunión internacional. Lima: INDECOPI, 2023. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/756069-iniciativas-del-indecopi-sobre-publicidad-medioambiental-destacan-en-reunion-internacional>

- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). El Indecopi presenta Guía de Publicidad Ambiental para promover el uso responsable de la publicidad verde. Lima: INDECOPI, 2023. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/852828-el-indecopi-presenta-guia-de-publicidad-ambiental-para-promover-el-uso-responsable-de-la-publicidad-verde>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía sobre Fiscalización de Promociones con descuentos engañosos. Lima: INDECOPI, 2023. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/4616502/Gu%C3%ADa%20fiscalizaci%C3%B3n%20de%20promociones%20con%20descuentos%20enga%C3%B1osos%20-VF.pdf?v=1685136749>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI), Guía de Publicidad para Influencers. Lima: INDECOPI, 2024. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/5870366-guia-de-publicidad-para-influencers-2024>
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI). Indecopi presenta en APEC 3 proyectos sobre publicidad digital para fomentar buenas prácticas y prevenir daños a consumidores y al mercado. Lima: INDECOPI, 2024. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/indecopi/noticias/915210-indecopi-presenta-en-apec-3-proyectos-sobre-publicidad-digital-para-fomentar-buenas-practicas-y-prevenir-danos-a-consumidores-y-al-mercado>
- International Chamber of Commerce (ICC). ICC Advertising and Marketing Communications Code. Paris: ICC, 2018. Disponible en: <https://iccwbo.org/wp-content/uploads/sites/3/2018/09/icc-advertising-and66-marketing-communications-code-int.pdf>
- Muñoz, María M., Rojas de Gracia, María Mercedes y Navas Sarasola, Carlos. "Measuring engagement on twitter using a composite index: An application to social media influencers". *Journal of Informetrics* 16 (2022). Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.joi.2022.101323>
- OECD. An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation. Paris: OECD Publishing, 2019. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/53e5f593-en>
- Perú, Presidencia de la República, Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044, aprobado el 25 de junio de 2008.

ILEGALIDAD Y CARENCIA DE RAZONABILIDAD EN EL MAR: A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR EL USO DEL DERECHO DE ÁREA ACUÁTICA EN VIRTUD DE UNA CONCESIÓN MARÍTIMA

Autor:

Jorge Carlos Cuyutupa Luque



ILEGALIDAD Y CARENCIA DE RAZONABILIDAD EN EL MAR: A PROPÓSITO DE LA OBLIGACIÓN DE PAGO POR EL USO DEL DERECHO DE ÁREA ACUÁTICA EN VIRTUD DE UNA CONCESIÓN MARÍTIMA

Illegality and Lack of Reasonableness at Sea, Regarding the Obligation to Pay for the Use of the Aquatic Area Right by Virtue of a Maritime Concession

Jorge Carlos Cuyutupa Luque¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Discusión.
- III. Conclusiones.

Resumen

El presente trabajo aborda la problemática que existe respecto a la legalidad e irracionalidad del Reglamento de la Ley N° 1147, con relación al cobro del derecho de uso de área acuática. Por ello, se analizan los elementos referidos al análisis de legalidad y carencia de razonabilidad propuestos por el Decreto Legislativo N° 1256 y aplicados al caso en concreto, en el cual se evidencia que existen problemas tanto de legalidad y carencia de razonabilidad.

Palabras clave

Barreras Burocráticas/ Marítimo/ Concesión/ Derecho de Uso

Abstract

This paper addresses the issues regarding the legality and irrationality of the Regulation of Law No. 1147, in relation to the collection of the right to use aquatic areas. Therefore, the elements related to the analysis of legality and lack of reasonableness proposed by Legislative Decree No. 1256 are analyzed and applied to the specific case, in which it is evident that there are problems of both legality and lack of reasonableness.

¹ Magister en Derecho de la Empresa con Mención en Gestión Empresarial, con Segunda Especialidad en Protección al Consumidor, Especialidad en Derecho Corporativo Derecho Administrativo y Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con estudios concluidos de la Maestría de Derecho Constitucional, Especialista en Derechos Fundamentales, Especialista en Gobiernos y Políticas Públicas Locales por la Universidad Castilla La Mancha – España. Con diferentes estudios de Postgrado en diversas universidades en materia de contrataciones con el estado, derecho administrativo, economía, sectores regulados. Autor de diversos artículos académicos. Docente de Derecho Administrativo en la Universidad Autónoma del Perú. Docente de Derecho de la Competencia en la Universidad Privada del Norte. Socio del Estudio CL Abogados.

Keywords

Bureaucratic Barriers/ Maritime/ Concession/ Right of Use

I. INTRODUCCIÓN

En la mayoría de las ocasiones, un ciudadano de a pie confía en la administración pública, esto incluye a gerentes de grandes empresas, quienes tienen una particular confianza sobre determinadas instituciones, en especial porque muchos de ellos vienen de los sectores. Este es el caso del sector marítimo, en el cual la mayoría del personal clave de las empresas proviene de la Marina de Guerra del Perú, esto hace que tengan un profundo respeto a su formación y a las jerarquías que ello implica, lo cual no es beneficioso para la administración pública o en todo caso para el ejercicio de la función administrativa.

En el presente trabajo de investigación se pretende analizar una de las relaciones entre el estado y los administrados, estos últimos personas jurídicas de derecho privado que tienen concesiones de uso de área acuática en el litoral peruano y que por dicha concesión pagan una retribución económica por el derecho de explotación exclusiva dentro del área de concesión, denominada tasa por derecho de uso de área acuática, en el marco de lo dispuesto en el Reglamento de la Ley N° 1147. Dicha tasa debe pagarse a la Autoridad Marítima Nacional - Dirección General de Capitanías y Guardacostas – DICAPI.

El numeral 2 del artículo 674 del Reglamento de la Ley N° 1147 dispone que el pago anual por el derecho de uso de área acuática en el mar es el resultado de los metros cuadrados otorgados por concesión multiplicado por 0.00138 de la UIT vigente del año del cobro. Esto quiere decir que desde el 2015² se vienen realizando estos cobros con esta fórmula; sin embargo, DICAPI estuvo cobrando la tasa con la variable de 0.000138 de la UIT vigente hasta el 2021 y en el año 2022 empezó a cobrar con la tasa del Reglamento; este impacto se explica a continuación:

	Reglamento	Cobro Efectivo
Tasa	0.00138	0.000138
UIT año 2022	S/. 4,600.00	S/. 4,600.00
Total por metro cuadrado	S/. 6.348	S/.0.6348

Tal como se puede apreciar, existió un impacto significativo al adecuar el cobro por metro cuadrado para el año 2022, este monto hizo que las personas titulares de concesiones de área acuática revisen dicha tasa y contrataran estudios de abogados para poder revisar la legalidad del cobro, puesto que se estuvo cobrando de una manera en un tiempo y, 7 años después, el cobro se incrementó sin mayor aviso ni sustento.

Por este motivo, el problema jurídico planteado en este trabajo académico es el siguiente: ¿Es legal el cobro de la tasa por el derecho de uso del área acuática dispuesto en el numeral 2 del artículo 674 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147?

² El Reglamento fue publicado en noviembre del 2014.

La hipótesis a este problema jurídico es el siguiente: El cobro de la tasa por el derecho de uso de área acuática dispuesto en el numeral 2 del artículo 674 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147 es ilegal.

El objetivo principal de la investigación es: Demostrar la ilegalidad del cobro de la tasa por el derecho de uso de área acuática dispuesto en el numeral 2 del artículo 674 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147.

El primer objetivo secundario de la investigación es: Plantear la solución al problema de la ilegalidad.

El segundo objetivo secundario de la investigación es: Proponer una solución a los problemas generados a los administrados.

Por lo tanto, la presente investigación tendrá la siguiente estructura: I) Introducción, II) Discusión y III) Conclusiones.

II. DISCUSIÓN

- 2.1 El sector Marítimo - Portuario es uno de alta especialización, puesto que como todo sector regulado tiene sus peculiaridades y un nivel de tecnicismo que requiere de una evaluación multidisciplinaria en la mayoría de los problemas que se enfrenta día a día.
- 2.2 Este sector, además de técnico, enfrenta un problema importante y es que el ente rector estuvo en disputa por un tiempo, el que dio origen, incluso a conflictos de competencias entre la Autoridad Portuaria Nacional y la Marina de Guerra del Perú.
- 2.3 En el presente trabajo abordaremos una problemática que se enmarca en las competencias, supuestamente, asignadas a la Marina de Guerra del Perú, a través de DICAPI.
- 2.4 Por ello, poder tener en frente a una entidad que tiene un marcado poder jerarquizado es el más grande de los problemas que pueda tener un determinado sector y es que muchos de los administrados que tienen algunas peticiones en dicha entidad, prefieren no tener enfrentamientos directos, sino que tratan de sortear las arbitrariedades que puedan ocurrir.
- 2.5 Sin embargo, como en otros sectores similares, llega determinada acción que al ser ilegal, corresponde realizar y/o agotar las medidas legales que puedan generar un perjuicio aún mayor de la posibilidad de tener alguna "represalia" por parte de la autoridad competente. Este es el caso del cobro por el uso de derecho de área acuática por parte de DICAPI a los administrados que obtuvieron un inusitado incremento de la tasa, sin expresar razón alguna.
- 2.6 Por este motivo es que se presentó este caso interesante que afectó a todo el litoral peruano, es decir a todo administrado que cuente con una concesión de área acuática.
- 2.7 En esa línea de ideas, la mejor opción disponible en la solución regulatoria, fue la que dispuso el INDECOPI a través del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas, al amparo del Decreto Legislativo N° 1256.

2.8 ¿Qué debe evaluarse para determinar la existencia de una barrera burocrática?

- De acuerdo con el artículo 6³ de la Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas, la Comisión y la Sala, en primera y segunda instancia, respectivamente, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad.
- Según lo establecido por el numeral 3) del artículo 3, una barrera burocrática se define como aquel requisito, cobro, exigencia, limitación y/o prohibición que imponga cualquier entidad pública, dirigida a obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar los principios que garantizan la simplificación administrativa⁴.
- El Capítulo II del Título II del mismo cuerpo legal establece la metodología de análisis que las autoridades antes mencionadas desarrollarán al momento de evaluar una barrera burocrática. En primer lugar, de acuerdo con lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Barreras Burocráticas⁵, deberá determinarse la ilegalidad de la medida denunciada; para lo cual la Comisión deberá responder a las siguientes preguntas:

³ **Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas**

"Artículo 6. - Atribuciones de las autoridades en materia de eliminación de barreras burocráticas

6.1. De la Comisión y la Sala

La Comisión y la Sala en segunda instancia, son competentes para conocer los actos administrativos, disposiciones administrativas y actuaciones materiales, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad (...)"

⁴ **Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas**

"Artículo 3.- Definiciones

Para efectos de la presente ley, debe tenerse en cuenta las siguientes definiciones:

3. Barrera burocrática: exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa. La sola calidad de exigencia, requisito, limitación, prohibición y/o cobro no implica necesariamente su carácter ilegal y/o su carencia de razonabilidad."

⁵ **Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas**

"Artículo 14.- Análisis de legalidad

14.1. El análisis de legalidad de una barrera burocrática implica que la Comisión o la Sala, de ser el caso, evalúe los siguientes aspectos:

a. Si existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis.

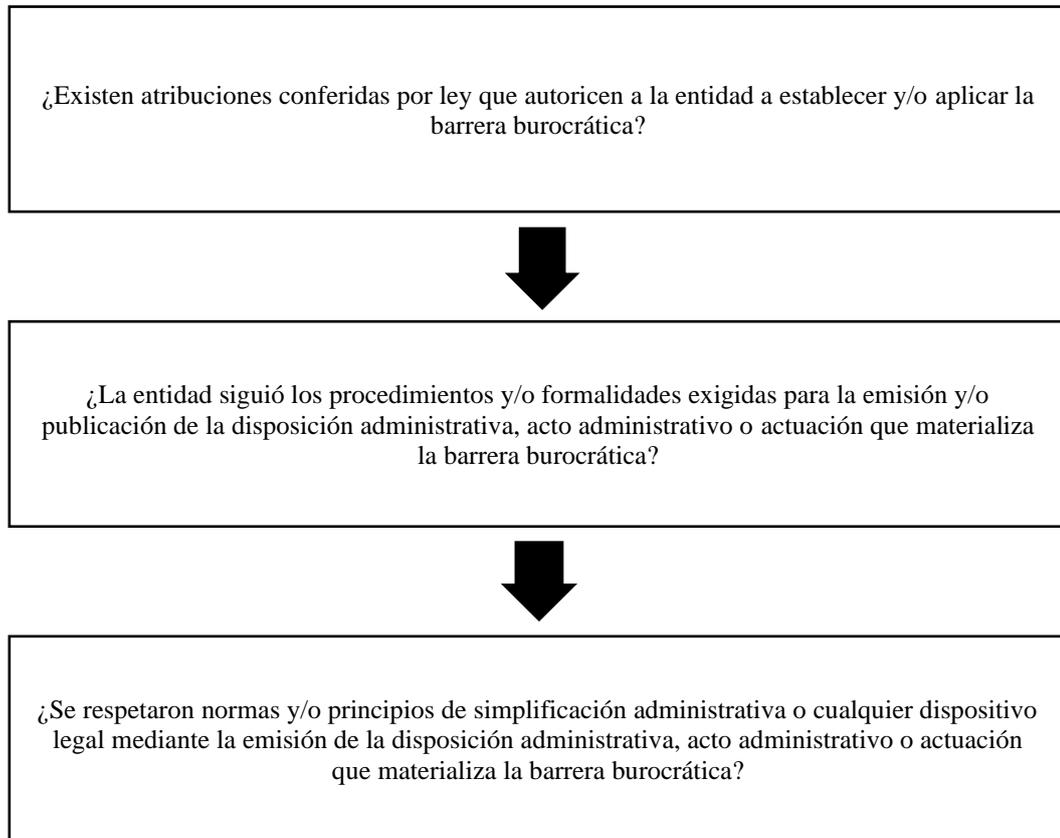
b. Si la entidad siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática.

c. Si a través de la imposición y/o aplicación de la barrera burocrática se contravienen normas y/o principios de simplificación administrativa o cualquier dispositivo legal.

14.2. Si la Comisión o la Sala, de ser el caso, determina la ilegalidad de la barrera burocrática por la razón señalada en el literal a, puede declarar fundada la denuncia o el procedimiento iniciado de oficio según sea el caso, sin que sea necesario evaluar los aspectos indicados en los literales b. y c.; y así sucesivamente.

14.3. Si se determina la ilegalidad por alguna de las razones mencionadas en el párrafo precedente, no es necesario que la Comisión o la Sala continúe con el análisis de razonabilidad. En el mismo sentido, si la Comisión o la Sala desestima que la barrera burocrática sea ilegal, procede con el análisis de razonabilidad cuando se cumpla la condición establecida en el artículo."

Análisis de legalidad



- Si la respuesta a cualquiera de las preguntas antes indicadas es negativa, entonces se concluirá que nos encontramos ante una(s) barrera(s) burocrática(s) ilegal(es), no siendo necesario que la Comisión continúe con el análisis de razonabilidad de la medida cuestionada.
- En caso de que no se supere el análisis de legalidad, la autoridad podrá determinar la carencia de razonabilidad de las medidas en caso la entidad denunciada no acredite lo dispuesto en el artículo 18⁶ de la Ley de Barreras

⁶ Ley de Eliminación de Barreras Burocráticas

“Artículo 18.- Análisis de razonabilidad

18.1. Una vez que la Comisión o la Sala, de ser el caso, considera que han sido presentados indicios suficientes sobre la presunta carencia de razonabilidad de la barrera burocrática cuestionada, analiza la razonabilidad de la medida, verificando el cumplimiento de los siguientes elementos:

a. Que la medida no es arbitraria, lo que implica que la entidad acredite:

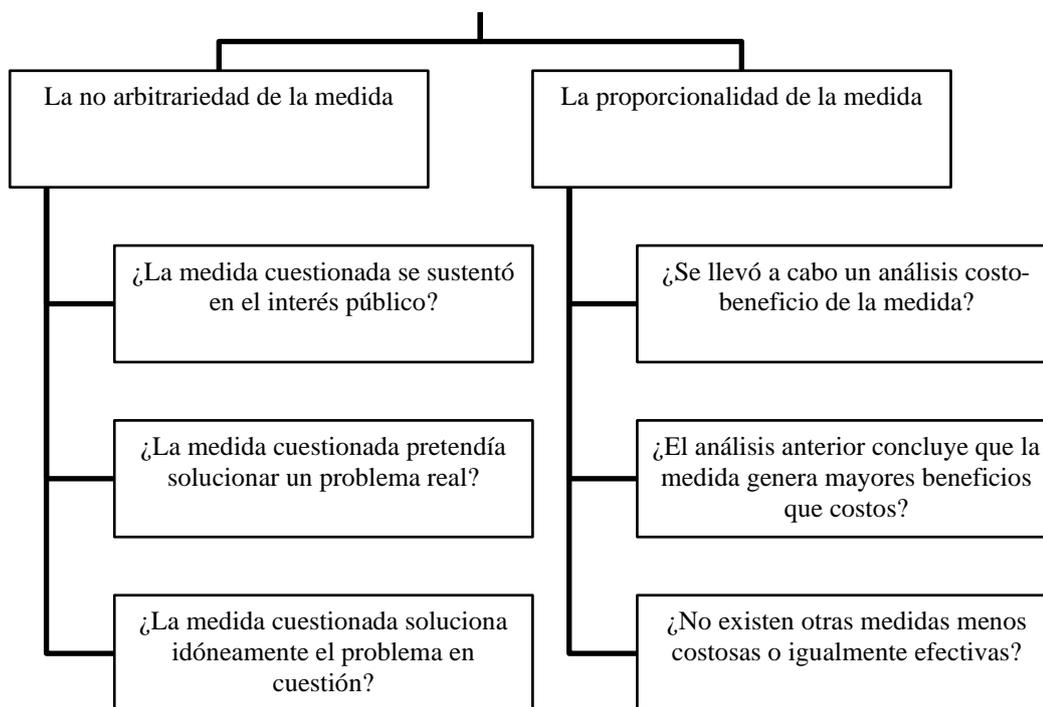
1. La existencia del interés público que sustentó la medida cuestionada. El interés público alegado debe encontrarse dentro del ámbito de atribuciones legales de la entidad.
2. La existencia del problema que se pretendía solucionar con la medida cuestionada.
3. Que la medida cuestionada resulta idónea o adecuada para lograr la solución del problema y/o para alcanzar el objetivo de la medida.

b. Que la medida es proporcional a sus fines, lo que implica que la entidad acredite:

1. Una evaluación de los beneficios y/o el impacto positivo que generaría la medida y de los costos y/o el impacto negativo de la misma para los agentes económicos obligados a cumplirla, así como para otros agentes afectados y/o para la competencia en el mercado.
2. Que la referida evaluación permite concluir que la medida genera mayores beneficios que costos.
3. Que otras medidas alternativas no resultarían menos costosas o no serían igualmente efectivas. Dentro de estas medidas alternativas debe considerarse la posibilidad de no emitir una nueva regulación.

Burocráticas:

Análisis de razonabilidad



- En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en el cuadro, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de las barreras burocráticas.

2.9 ¿Cuál es el marco normativo que rige la actividad administrativa de DICAPI en la Administración de área acuáticas y el aplicable a las concesiones de Derecho de Uso de área acuática?

- El Decreto Legislativo N° 1147 que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional – Dirección General de Capitanías y Guardacostas, establece una serie de disposiciones en las que le da la calidad de Autoridad Marítima Nacional a DICAPI.
- Específicamente, en el artículo 5 se establecen todas las funciones que debe desplegar DICAPI en la Administración de áreas acuáticas, entre las que se encuentran la referida al numeral 11:

(...) 11) **Otorgar a las personas naturales o jurídicas derechos de uso de área acuática**, previa opinión favorable de la Superintendencia de Bienes Estatales, y en coordinación con los sectores involucrados, a través de autorizaciones temporales hasta por treinta (30) años, plazo que podrá ser renovado; efectuando la desafectación de dichas áreas por razones de interés nacional determinadas por norma específica del sector competente; asimismo, administrar el

18.2. En caso de que la entidad no acredite alguno de los elementos indicados en los literales precedentes, la Comisión o la Sala, de ser el caso, declara la carencia de razonabilidad de la barrera burocrática."

catastro único de dichas áreas acuáticas, sin perjuicio de las competencias de otros sectores. (...) (énfasis agregado).

- En ese sentido, en el resto de la norma no existe ninguna mención específica respecto a que DICAPI sea la entidad encargada de poder realizar el cobro o similar respecto al derecho de uso de área acuática o que incluso sea una autoridad tributaria.
- La referencia a la obligación de pago por el derecho de uso de área acuática la podemos ubicar en el artículo 674.1 de El Reglamento que precisa lo siguiente:

674.1 Los derechos de uso que se otorgan a las personas naturales y jurídicas, en virtud de la autorización conferida, **se encuentran sujetos al pago por vigencia anual del derecho de uso de área acuática en función a la UIT vigente de cada año fiscal y al área acuática efectiva en metros cuadrados.** Dicho pago es un recurso público originario que se efectúa en calidad de contraprestación económica por el uso exclusivo de un bien de dominio público (..) (énfasis agregado).

- Tal como se puede apreciar, la norma no precisa la entidad administrativa que se encargará de realizar dicho cobro.
- Asimismo, en el artículo 674.2 se desarrolla lo relativo al valor de la tasa expresado en IUTs, dentro de las cuales se encuentra al numeral 3 referido a los amarraderos multiboyas en el mar, el cual tiene una tasa fija de 0.00138 de UIT por cada m² de uso de área acuática, sin tener sustento alguno del motivo por el cual la tasa se ha fijado en este monto ni explicando cuál es el servicio efectivo que presta el estado.
- Por otro lado, en el numeral 2 del literal c) de la Norma II del Título Preliminar del TUO del Código Tributario dispone lo siguiente:

NORMA II: ÁMBITO DE APLICACIÓN

Este Código rige las relaciones jurídicas originadas por los tributos. Para estos efectos, el término genérico tributo comprende:

(...) c) Tasa: Es el tributo cuya obligación tiene como hecho generador la prestación efectiva por el Estado de un servicio público individualizado en el contribuyente. (...)

(...) 2. Derechos: son tasas que se pagan por la prestación de un servicio administrativo público o el uso o aprovechamiento de bienes públicos. (...) (énfasis agregado).

- En el caso concreto, se tiene que nos encontramos frente a un tributo vinculado, tasa por derecho de uso del área acuática concesionada, entendiendo que este pago es por el uso exclusivo, en los términos del artículo 674.1 del Reglamento, por el uso del área acuática, el cual es un bien público.
- Queda claro, entonces, que DICAPI viene realizando un cobro por el cual, aparentemente no tiene un mandato legal, sino de carácter reglamentario y por otro lado, el Reglamento no sustenta en ningún aspecto el motivo del por qué

este monto se incrementa año a año por la IUT o por qué se ha determinado el monto de 0.00138 de la UIT por m² concesionado.

2.10 Análisis de legalidad de la barrera impuesta por el Reglamento ¿existen o no atribuciones conferidas por ley que autoricen a la entidad (DICAPI) a establecer y/o aplicar la barrera burocrática bajo análisis? – No.

- No existe disposición legal que habilite a DICAPI para que pueda realizar el cobro por la tasa de derecho de uso de área acuática; en ese sentido no se superaría el primer nivel de análisis, puesto que no existirían atribuciones respecto a la exigencia y/o cobro de esta tasa por parte de DICAPI en una norma de rango legal.
- La única disposición que faculta a DICAPI al cobro y/o exigencia de la tasa por derecho de uso de áreas acuáticas está en el artículo 674.1 del Reglamento, por lo tanto no ha sido conferida por una norma de rango de Ley, siendo ilegal atribuir funciones administrativas en vía reglamentaria, ello conforme al principio de Legalidad, dispuesto en el numeral 1.1. del artículo IV del Título Preliminar del TUO de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual precisa que las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la Ley y al derecho dentro de las facultades que se estén atribuidas y de acuerdo con los fines para los que fueron conferidas.
- En ese sentido, tampoco se evidencia mediante refrendo ninguna facultad conferida del Ministerio de Economía al Ministerio de Defensa, o que evidencie que el Ministerio de Economía haya evaluado el monto del cobro de las tasas por derecho de uso de áreas acuáticas, siendo unas de sus funciones: a) realizar el cobro de las tasas por derecho de uso del área acuática (la acción puede ser conferida a otra entidad), b) hacer uso del monto recaudado (destinado por el Ministerio de Economía de forma parcial) y c) regular el monto del cobro (facultado solo por el Ministerio de Economía).
- Tanto como en el Reglamento o en el Decreto Legislativo N° 1147, la ausencia del refrendo implica un incumplimiento legal, violación directa a la normativa, poniendo en tela de juicio la legitimidad y la justificación de las medidas propuestas en el reglamento. La justificación de las medidas propuestas es esencial para garantizar que no solo sean legales, sino también razonables y proporcionadas. ¿Existe una necesidad clara y fundamentada para imponer la tasa en cuestión? ¿La DICAPI está facultada y debería de realizar el cobro de estas tasas por derecho de uso del área acuática?, ¿Los montos que se cobran son los adecuados?, ¿Se hace el cobro de las tasas de manera proporcional en el litoral peruano?. La ausencia de refrendo podría sugerir que la entidad reguladora no ha evaluado la necesidad y proporcionalidad de la medida, siendo un factor decisivo para el cobro, debido a que es la única entidad facultada y preparada para hacer el análisis del cobro de las áreas acuáticas; la falta del refrendo deviene en ilegal al reglamento en este extremo. La necesidad de un equilibrio adecuado entre los objetivos regulatorios y el impacto económico de cada una de las empresas es lo que se debe buscar en la regulación; esto se puede observar en el Reglamento, donde se fija un monto para todo el territorio peruano siendo uno de los actos más desigualitarios que realiza el MINDEF, puesto que las condiciones de la costa norte, sur y centro son completamente distintas.
- Con ello, demostramos claramente que la intención del legislador nunca fue que DICAPI pueda realizar los cobros de la tasa denominada derecho de uso de área

acuática, sino que le otorgó facultades para cobrar por servicios prestados en exclusividad (Segunda Disposición Complementaria y Final) y por los procedimientos que estuvieran en su TUPA, tal como lo está el procedimiento para obtener concesión de uso de derecho de agua.

- En consecuencia, queda claro que el Reglamento ha excedido las facultades por las cuales debió reglamentar al Decreto Legislativo N° 1147, debiendo ser declaradas ilegales las disposiciones contenidas en el artículo 674 del Reglamento.

2.11 La entidad (MINDEF) siguió los procedimientos y/o formalidades que exige el marco legal vigente para la emisión y/o publicación de la disposición administrativa que materializa la barrera burocrática – NO.

- El Reglamento contiene en todo el numeral 2 del artículo 674 un FIJACIÓN DE LA CUANTÍA DE LAS TASAS a pagar por diferentes conceptos, entre los que se encuentran las barreras denunciadas.
- Sin embargo, se debe precisar que no se cuestiona la competencia del MINDEF en cuanto a la publicación de Tasas mediante un Decreto Supremo, puesto que ello tiene todo el respaldo del artículo 74 de nuestra Constitución Política del Perú.
- Sin embargo, el análisis de las formalidades establecidas para la FIJACIÓN DE CUANTÍA DE LAS TASAS pasa por cumplir las normas referidas al principio de legalidad tributaria y a la reserva de Ley.
- Por ello, es importante traer a colación lo dispuesto en el penúltimo párrafo de la Norma XVI del Código Tributario, la cual dispone lo siguiente:

NORMA IV: PRINCIPIO DE LEGALIDAD - RESERVA DE LA LEY

Sólo por Ley o por Decreto Legislativo, en caso de delegación, se puede:

(...)Por Decreto Supremo refrendado por el Ministro del Sector competente y el Ministro de Economía y Finanzas, se fija la cuantía de las tasas. (...)

- Ello quiere decir que en un Decreto Supremo en el que se FIJE LA CUANTÍA DE LAS TASAS, necesariamente debe tener los refrendos del Ministro del sector competente y del Ministro de Economía y Finanzas.
- Sin embargo, de la publicación del Reglamento en El Peruano del viernes 28 de noviembre de 2014, se puede apreciar que no se cuenta con el refrendo del Ministro de Economía y Finanzas, tal como se muestra en la siguiente imagen:

El Peruano
Viernes 26 de noviembre de 2014

NORMAS LEGALES **538605**

**DECRETO SUPREMO
N° 015-2014-DE**

Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N° 1147, que regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional – Dirección General de Capitanías y Guardacostas

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

CONSIDERANDO:

Que, el Decreto Legislativo N° 1147, regula el fortalecimiento de las Fuerzas Armadas en las competencias de la Autoridad Marítima Nacional – Dirección General de Capitanías y Guardacostas, que tiene entre sus funciones velar por la seguridad de la vida humana en el mar, ríos y lagos navegables; proteger el medio ambiente acuático; y reprimir las actividades ilícitas en el ámbito de su jurisdicción;

Que, conforme a la Primera Disposición Complementaria Transitoria del citado Decreto Legislativo, el Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, aprobado por Decreto Supremo N° 028-DE/MGP, de fecha 2 de junio del 2001, se encuentra vigente hasta la expedición del Reglamento de la norma descrita en el considerando precedente;

Que, la Segunda Disposición Complementaria Transitoria del Decreto Legislativo, dispone que su Reglamento debe ser aprobado mediante Decreto Supremo, con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros;

De conformidad con lo establecido en el numeral 8) del artículo 118° de la Constitución Política del Perú y el numeral 3) del artículo 11° de la Ley N° 29158, Ley

de actuación o intervención conjunta frente a la presunta comisión de delitos e infracciones en el ámbito marítimo, fluvial y lacustre”, el mismo que será aprobado mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro Defensa y el Ministro del Interior.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

Única - Derogación

Deróguense el Decreto Supremo N° 028-DE/MGP, Reglamento de la Ley de Control y Vigilancia de las Actividades Marítimas, Fluviales y Lacustres, así como el Decreto Supremo N° 002-2014-DE, Decreto Supremo que modifica y deroga diversas disposiciones de los Decretos Supremos N° 028-DE-MGP, N° 008-2011-DE y N° 045-DE-MGP, con excepción de los artículos 4, 5 y 6 de este último.

Dado en la Casa de Gobierno, en Lima, a los veintiséis días del mes de noviembre del año dos mil catorce.

OLLANTA HUMALA TASSO
Presidente Constitucional de la República

PEDRO CATERIANO BELLIDO
Ministro de Defensa

REGLAMENTO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 1147, QUE REGULA EL FORTALECIMIENTO DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LAS COMPETENCIAS DE LA AUTORIDAD MARÍTIMA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL DE CAPITANÍAS Y GUARDACOSTAS

ÍNDICE

- Se puede apreciar, claramente, que solo hay un refrendo, el del Ministro de Defensa, es decir del sector y la otra firma es la del presidente de ese entonces.
- En conclusión, hay una clara contravención al penúltimo párrafo de la Norma XVI del Código Tributario, puesto que el Ministerio de Economía y Finanzas no aprobó y por ende no refrendó al Reglamento, el cual contiene la Fijación de la Cuantía de las tasas materia de denuncia.
- Al demostrarse la ilegalidad de la medida por no cumplir con uno de los requisitos formales, es evidente que nos encontramos frente a una barrera burocrática ILEGAL.

2.12 El otro punto interesante de este caso es que, además de declararse ilegal, también INDECOPI, en la resolución N°307-2024/CEB y 334-2024/CEB declaró carente de razonabilidad de la medida, una situación que no ocurrió con otro caso anterior.

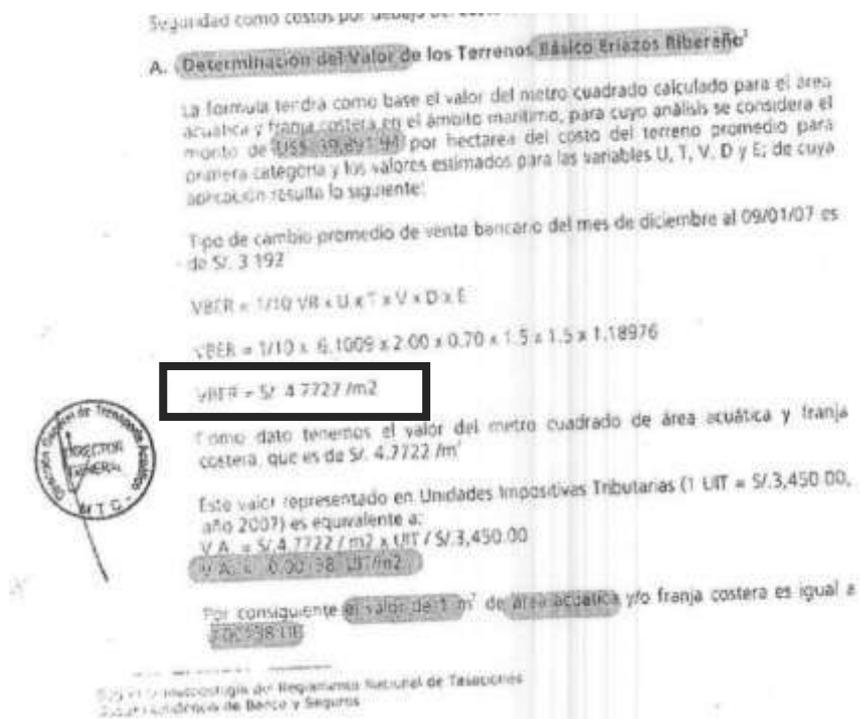
2.13 .Análisis de Razonabilidad – ¿La medida es arbitraria? - ¿Solución idónea de la medida?

- Particularmente, la medida cuestionada implica el pago de un factor de 0.00138 de la UIT/m².
- En la Exposición de motivos del Decreto Supremo 041-2007- MTC, se utiliza una fórmula para determinar el costo del derecho de uso de áreas acuáticas en el ámbito marítimo, que asciende a 0.00138 UIT/m², siendo éste el mismo factor que aplica DICAPI en la medida cuestionada.

- Para arribar al factor de 0.00138 UIT/m², el MTC utiliza el Reglamento Nacional de Tasaciones para estimar el valor de los terrenos básicos eriazos ribereños. La fórmula general que se utiliza es la siguiente:

VBER-VR+U+T+V+D.E

- En la Exposición de motivos, se observa que existe un error en la determinación del valor básico eriazo ribereño (VBER). Particularmente en la Exposición de Motivos se estimó un VBER igual a S/4.7722 por m². Sin embargo, al multiplicar los parámetros que se encuentran en la fórmula, el resultado asciende a S/2.2864 por m², y no S/4.7722 por m².



- ¿Por qué esta diferencia en el cálculo del VBER es importante? La respuesta recae en que, el factor de 0.00138 UIT/m² resulta de dividir el VBER de S/ 4.7722 por m² entre el valor de la UIT vigente del 2007 (3,450 soles por UIT). Si se corrige el VBER por S/2.2864 por m² y se utiliza el valor vigente de la UIT (4500 soles), el factor ascendería a 0.000497 UIT por m², para el 2022.
- Por otro lado, es importante señalar que utilizar el Reglamento Nacional de Tasaciones, para valorizar unas áreas acuáticas (mar), deviene en una imposibilidad, puesto que el Reglamento Nacional de Tasaciones sirve para tasar tierra firme.
- Asimismo, no existe sustento de los factores que se utilizaron en la fórmula de estimación del VBER:

⁷ Informe económico de EA Consultores de diciembre de 2022 para SOLGAS.

En primer lugar, en la fórmula se emplea un valor de 2 para el parámetro "U", que corresponde al "Uso que se pretende dar al terreno" según el Reglamento Nacional de Tasaciones. Según este reglamento, un factor igual a 2 aplica para "fábricas, almacenes, almacenes pesqueros, balleneros". Sin embargo, la mayoría de administrados no está en este supuesto; por lo que desde aquí existiría un problema de igualdad en la fórmula regulatoria.

En segundo lugar, en la fórmula se emplea un valor de 0.7 para el parámetro "T"; que corresponde a la "Topografía y naturaleza del terreno" según el Reglamento Nacional de Tasaciones. Según este reglamento, este factor aplicaría para un terreno con una topografía con una pendiente de 21% a 30%, o para un terreno de naturaleza arenosa o arcillosa. Entonces ¿cómo se puede calcular esto en mar-agua?

En tercer lugar, en la fórmula se emplea un valor de 1.5 para el parámetro "V", que corresponde a las "Vías que sirven a la zona en que se ubica el terreno según el Reglamento Nacional de Tasaciones. De acuerdo con este reglamento, un factor igual a 1.5 aplicaría para carreteras duales o multicarriles con una distancia de hasta 500 metros, considerando que para acceder a las concesiones de uso de área acuática se presupone que no hay vías públicas o similares para las mismas, ya que en este caso nos encontramos frente a administrados con terminales privados. Por lo tanto, tampoco es de aplicación este criterio.

En cuarto lugar, en la fórmula se emplea un valor de 1.18976 para el parámetro "E", que corresponde al factor de corrección ecológica. De acuerdo con este reglamento, un factor igual a 1.18976 corresponde al producto de los factores de corrección ecológica calificados como "buenos" para el clima (1.04), paisaje (1.04) y contaminación ambiental (1.10). Queda claro que estos factores difícilmente pueden ser aplicados a este sector.

- Tomando en consideración lo anterior, no existe un sustento idóneo o adecuado en utilizar el Reglamento Nacional de Tasaciones para estimar el factor de 0.00138 UIT/m².
- En virtud de lo anterior, se concluye que la medida cuestionada es una medida arbitraria; y, en consecuencia, carece de razonabilidad.

III. CONCLUSIONES

- El pago por el derecho de uso de área acuática debe ser cumplido por los administrados, siempre y cuando se tenga un marco normativo adecuado.
- El Reglamento tiene un problema de legalidad y razonabilidad.
- La ilegalidad del Reglamento es que la norma que lo aprueba no tiene el refrendo del Ministerio de Economía y Finanzas, por ende, no se ha revisado la metodología utilizada para el cálculo de la tasa por derecho de uso de área acuática.
- La carencia de razonabilidad del Reglamento radica en que la metodología utilizada para llegar a la tasa por derecho de uso de área acuática, utiliza variables obtenidas del Reglamento Nacional de Tasaciones, ello implica que se está contemplando costear mar con elementos de costeo de tierra.

- Los pagos que han realizado los administrados a la fecha devienen en ilegales y carentes de razonabilidad, por lo que existe un derecho de solicitar la devolución de estos.
- Si DICAPI pretende cobrar esta tasa, le corresponde cumplir cabalmente con la legalidad y formalidad inmiscuida en la aprobación de normas.

BIBLIOGRAFÍA

- Ataliba, Geraldo, Hipótesis de incidencia tributaria, Lima, Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987.
- Bullard, Alfredo, Algunos aspectos relevantes de la Nueva Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Lima, Derecho y Sociedad, 2017.
- Fernández, Jorge, Necesidad de una teoría jurídica mexicana de la burocracia, en Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, México, UNAM, 2009.
- Malpartida, José y Mario Alemán, El ABC para la presentación de denuncias por la imposición de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad, Lima, INDECOPI, 2021.
- Ochoa, Francisco, Fundamentos del Procedimiento de Eliminación de Barreras Burocráticas, Lima, Revista de competencia y propiedad intelectual de INDECOPI, 2014.
- Robles, Carmen, et al, Código Tributario, doctrina y comentarios, Lima, Instituto de Investigación El Pacífico, Lima, 2005.
- Sánchez, Jean, Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú, Lima, INDECOPI, 2023.
- Trelles, Jorge, et al, Propuesta metodológica para la estimación de los costos económicos por la imposición de barreras burocráticas ilegales e irracionales en el Perú, Lima, INDECOPI, 2019.
- Weber, Max, Economía y Sociedad, Trad. José Medina Echevarría, México, Fondo de Cultura Económica, 1964.

DURACIÓN MÁXIMA DEL SUMINISTRO EN EXCLUSIVA. EL MERCADO ESPAÑOL DE HIDROCARBUROS

Autores:

Gonzalo Grandes Hernández

Susana Beltrán Ruiz



DURACIÓN MÁXIMA DEL SUMINISTRO EN EXCLUSIVA. EL MERCADO ESPAÑOL DE HIDROCARBUROS

Maximun duration of exclusive supply. The Spanish Hydrocarbons market

Gonzalo Grandes Hernández¹
Susana Beltrán Ruiz²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La duración de las cláusulas de no competencia en el Derecho de la Unión Europea. Marco Jurídico comunitario.
- III. El mercado español de la distribución de combustibles y carburantes. Características.
- IV. Aplicación de los límites de duración por las autoridades de defensa de la competencia en el mercado español de Hidrocarburos.
- V. Aplicación de los límites de duración por las autoridades de defensa de la competencia en el mercado español de hidrocarburos.
- VI. Consecuencias de la infracción de los límites máximos de duración.

Resumen

Tradicionalmente el derecho de la Unión Europea ha establecido límites a la duración de los pactos de suministro en exclusiva o cláusulas de no competencia, entendidas como aquellas obligaciones que imponen al comprador adquirir al proveedor más del 80% del total de sus compras. El objetivo es determinar si conducen o no a la exclusión del mercado de referencia, a fin de garantizar el acceso e impedir una colusión en el mercado.

Este tipo de restricciones de marca única gozan de una exención general por categorías siempre y cuando la cuota del proveedor no supere el 30% del mercado y la duración respete unos límites máximos. Por encima de esos umbrales de cuota y duración, es preciso un examen para evaluar un eventual efecto restrictivo de la competencia y, en su caso, la aplicación de una exención individual.

Nuestro artículo abordará esta problemática desde la perspectiva del mercado español de hidrocarburos. Tras la liberalización del mercado de la distribución de combustibles, los operadores petrolíferos configuraron sus redes de estaciones de servicio haciendo uso de este tipo de restricciones de marca única. Esta práctica generalizada ha provocado un histórico nivel de litigiosidad entre los operadores y los titulares de las estaciones de servicio. Los Tribunales españoles han planteado varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que el máximo

¹ Gonzalo Grandes Hernández. ESTUDIO JURÍDICO EJASO. Consejero Ejecutivo. Director del departamento Procesal. Responsable del área de Competencia. Madrid (España). Licenciado en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Abogado colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, en ejercicio desde el año 1994. Contacto ggrandes@ejaso.com

² Susana Beltrán Ruiz. ESTUDIO JURÍDICO EJASO. Socio del área de Competencia. Madrid (España). Licenciada en Derecho por la Universidad de Sevilla. Abogado colegiado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, anteriormente por el Ilustre Colegio de Abogados de Sevilla, en ejercicio desde el año 2004. Contacto sbeltran@ejaso.com

intérprete del derecho de la Unión se ha pronunciado sobre la materia en varias ocasiones, y ha determinado cuáles son esos límites y las consecuencias de su incumplimiento, siendo una materia muy controvertida por las implicaciones económicas para los afectados por este tipo de restricciones prohibidas.

Palabras clave

Duración pactos de exclusividad de suministro de combustible/ Cláusulas de no competencia / Mercado español de hidrocarburos/ Monopolio de CAMPSA/ Artículo 101 TFUE / Reglamentos comunitarios de exención por categorías /Ineficacia sobrevenida/ Regla de minimis/ Afectación del comercio intracomunitario.

Abstract

Traditionally, European Union law has established limits to the duration of exclusive supply agreements or non-competition clauses, understood as those obligations that impose on the buyer to purchase more than 80% of its total purchases from the supplier. The aim is to determine whether or not they lead to foreclosure of the relevant market, in order to ensure access and prevent collusion in the market.

This type of single-branding restrictions enjoy a general block exemption as long as the supplier's share does not exceed 30% of the market and the duration respects maximum thresholds. Above these market share and duration thresholds, a review is required to assess a possible restrictive effect on competition and, if necessary, the application of an individual exemption.

Our article will address this issue from the perspective of the Spanish hydrocarbons market. After the liberalization of the fuel distribution market, oil operators configured their service station networks using this type of single-brand restrictions. This widespread practice has led to a historical level of litigation between operators and service station owners. The Spanish Courts have raised several preliminary questions before the Court of Justice of the European Union, so that the highest interpreter of EU law has ruled on the matter on several occasions, and has determined what these limits are and the consequences of non-compliance, being a very controversial matter due to the economic implications for those affected by this type of prohibited restrictions.

Keywords

Duration of exclusivity fuel supply agreements/ Non-competition clause/ Spanish hydrocarbon market/ CAMPSA's monopoly/ Article 101 TFEU/ Community block exemption regulation/ Supervening ineffectiveness/ De minimis rule/ Effect on intra-Community trade.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho de la competencia no es un fin en sí mismo sino un instrumento jurídico para conseguir unos fines, como puede ser la protección del mercado frente a ciertas estructuras monopolísticas u oligopolistas o a ciertos comportamientos abusivos y discriminatorios. Precisamente por ello el propio Derecho Europeo acepta en ciertos supuestos una serie de restricciones a la competencia cuando los resultados de dichas restricciones son más beneficiosos para el conjunto del mercado. Desde esta perspectiva, en este artículo abordaremos la cuestión de la duración de los pactos de suministro en exclusiva o cláusulas de no competencia y sus límites.

La Sección primera del artículo se ha reservado para identificar el marco jurídico de aplicación, comenzando por el artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea³ y continuando con los distintos Reglamentos de Exención por Categorías publicados en la línea del tiempo.

En las siguientes Secciones, desde la Segunda hasta la Quinta, abordaremos la problemática de la duración de las cláusulas de no competencia en el contexto del mercado español de los hidrocarburos. La elección no es baladí. La relevancia de los acuerdos verticales en la distribución de combustibles petrolíferos en estaciones de servicio es tal que mereció un tratamiento específico en el Derecho de la Unión Europea, con un capítulo especialmente dedicado en el antiguo Reglamento de exención por categorías de determinados acuerdos de compra exclusiva⁴. Además, históricamente ha existido un alto grado de litigiosidad entre las compañías petroleras que operan en el mercado español y las estaciones de servicio, que ha derivado en numerosos pronunciamientos por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea⁵ al resolver las distintas cuestiones prejudiciales planteadas por los Tribunales españoles⁶. El sector de los hidrocarburos en España también se caracteriza porque ha dado lugar a frecuentes actuaciones de las Autoridades de Defensa de la Competencia, tanto nacionales⁷ como comunitarias⁸.

En este contexto, en la Sección Segunda abordaremos las principales características del mercado español de hidrocarburos y su tránsito desde un monopolio a una situación oligopolista, conforme han calificado las propias Autoridades de Defensa de la Competencia.

En la Sección Tercera se aborda la aplicación pública de los límites de duración de este tipo de cláusulas de suministro en exclusiva, identificando los distintos expedientes tramitados por las Autoridades de Defensa de la Competencia nacionales y comunitarias en la línea del tiempo.

La Sección Cuarta tratará la aplicación privada de esos límites a la duración de las cláusulas de no competencia, identificando la evolución de la jurisprudencia de los Tribunales españoles y, de especial relevancia, la interpretación del Derecho de la Unión por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) al resolver las diversas cuestiones prejudiciales que han planteado los órganos judiciales de España.

³ Tratado de Roma, de 25 de marzo de 1957, posterior Artículo 81 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) o Tratado de Ámsterdam, y actualmente artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, Diario Oficial de la Unión Europea de 30.3.2010)

⁴ Título III, artículos 10 a 13, sobre "Disposiciones especiales aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio" del Reglamento (CEE) 1984/1983 de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva (DOCE núm. 173, de 30 de junio de 1983, páginas 5 a 11)

⁵ En sus siglas, TJUE

⁶ Como aclara el propio TJUE (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/), "Para garantizar la aplicación efectiva y homogénea de la legislación de la Unión y evitar interpretaciones divergentes, los jueces nacionales pueden, y a veces deben, dirigirse al Tribunal de Justicia para solicitarle que precise una cuestión de interpretación del Derecho de la Unión, a fin de poder, por ejemplo, comprobar la conformidad de la normativa nacional con este Derecho. (...) El órgano jurisdiccional nacional destinatario está vinculado por la interpretación efectuada a la hora de resolver el litigio que se le ha planteado. La sentencia del Tribunal de Justicia vincula asimismo al resto de los órganos jurisdiccionales nacionales que conozcan de un problema idéntico"

⁷ Extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (en sus siglas TDC), posteriormente denominado Comisión Nacional de los Mercados (en sus siglas CNC), actualmente Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en sus siglas CNMC)

⁸ Comisión Europea (en sus siglas CE)

Por último, en la Sección Quinta abordaremos cuáles son las consecuencias de la infracción de las normas de defensa de la competencia que limitan la duración de este tipo de cláusulas, cuestión que tampoco ha estado exenta de controversia y que también ha sido objeto de interpretación por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).

II. LA DURACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DE NO COMPETENCIA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA. MARCO JURÍDICO COMUNITARIO

El artículo 101.1 del TFUE determina que *“Serán incompatibles con el mercado interior y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior”*.

Las cláusulas de no competencia, tal como se definen en los propios Reglamentos Comunitarios de Exención por categorías, vienen constituidas por *“cualquier obligación directa o indirecta que prohíba al comprador fabricar, adquirir, vender o revender bienes o servicios que compitan con los bienes o servicios contractuales, o cualquier obligación, directa o indirecta, que exija al comprador adquirir al proveedor o a otra empresa designada por éste más del 80 % del total de sus compras de los bienes o servicios contractuales y de sus sustitutos en el mercado de referencia, calculadas sobre la base del valor de sus compras en el año precedente”*.

Este tipo de cláusulas inhibitorias de la competencia tradicionalmente han estado bajo la lupa de las normas de competencia porque, en determinadas circunstancias, pueden dar lugar a un efecto de exclusión del mercado (exclusión de otros proveedores mediante el incremento de las barreras de entrada) y reducir la competencia intermarca.

El primer Reglamento comunitario de exención por categorías publicado fue el Reglamento (CEE) 1984/1983, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva⁹.

Ese Reglamento excluía del ámbito de aplicación del entonces artículo 81.1 TCE determinadas categorías de acuerdos de compra en exclusiva que normalmente cumplían los requisitos establecidos en el apartado 3 de dicho artículo porque, en general, se consideraba que contribuían a mejorar la distribución de los productos¹⁰. En los considerandos 13 a 18 se justificaban los motivos por los que era conveniente prever normas diferentes para los contratos de suministro de cerveza y los de estaciones de servicio, que deberían tener en cuenta *“la estructura especial de los mercados considerados”*, más concretamente las ventajas económicas y financieras particularmente importantes que el proveedor solía conceder.

Las disposiciones especiales aplicables a los acuerdos de estaciones de servicio se recogían en los artículos 10 a 13 del Reglamento, y venían a declarar inaplicables las prohibiciones del artículo 81.1 TCE siempre y cuando el proveedor concediera a la estación de servicio *“ventajas económicas o financieras”*, prohibiéndose expresamente los acuerdos de compra en exclusiva celebrados *“por una duración indeterminada o por más de diez años”*, límite temporal que no resultaba de aplicación *“cuando el acuerdo se refiera a una estación de servicio que el proveedor haya arrendado al*

⁹ DOCE núm. 173, de 30 de junio de 1983

¹⁰ Vid. Considerando 8

revendedor o cuyo usufructo le haya concedido de hecho o de derecho”, supuesto ese en el que la norma permitía imponer las obligaciones de compra exclusiva “durante todo el período durante el cual explote efectivamente la estación de servicio”¹¹.

El Reglamento (CEE) 1984/83 expiró el 31 de diciembre de 1999, y el 1 de enero de 2000 entró en vigor el Reglamento (CE) 2790/1999¹², que prorrogó hasta el 31 de mayo de 2000 la aplicación de las exenciones de su antecesor Reglamento 1984/83.

El Reglamento 2790/1999 establecía las condiciones en las que el artículo 81.3 CE se aplicaba a categorías de acuerdos verticales y de prácticas concertadas sin prever ya disposiciones específicas sobre los acuerdos de estaciones de servicio. Su artículo 3.1 determinaba que la exención por categorías prevista “se aplicará a condición de que la cuota de mercado del proveedor no exceda del 30 % del mercado de referencia en el que venda los bienes o servicios contractuales”. Y su artículo 5 establecía que la exención por categorías no sería aplicable a “cualquier cláusula, directa o indirecta, de no competencia cuya duración sea indefinida o exceda de cinco años”, añadiendo que “una cláusula de no competencia que sea tácitamente renovable a partir de un período de cinco años será considerada como de duración indefinida”.

Con el nuevo Reglamento, el límite temporal de los 5 años no resultaba de aplicación “cuando los bienes o servicios contractuales sean vendidos por el comprador desde locales y terrenos que sean propiedad del proveedor o estén arrendados por el proveedor a terceros no vinculados con el comprador, siempre y cuando la duración de la cláusula de no competencia no exceda del período de ocupación de los locales y terrenos por parte del comprador”¹³, supuesto por tanto distinto al previsto en el artículo 12.2 del antecesor Reglamento (CEE) 1984/83 al que nos referíamos en momento anterior.

La razón para la existencia de esta excepción residía, en palabras de la propia Comisión Europea, en que, por lo general, no es razonable esperar que un proveedor permita que se vendan productos competidores desde los locales y terrenos de su propiedad sin su permiso.

Por lo tanto, el Reglamento (CE) 2790/99 endurecía el tratamiento de las cláusulas de exclusiva, tanto en lo referente al máximo de su duración como al ámbito del régimen excepcional.

El artículo 12.2 del mismo Reglamento (CE) 2790/99 contemplaba el régimen transitorio, estableciendo que “la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el presente Reglamento, pero que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) nos 1983/83”.

Como abordaremos en siguientes Secciones, este régimen transitorio y la obligación de adaptación impuesta por el nuevo Reglamento, puede considerarse como uno de los motivos de la elevada litigiosidad en el mercado español de los hidrocarburos, junto con

¹¹ Artículo 12.2

¹² Reglamento (CE) 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DOCE) núm. 336, de 29 de diciembre de 1999)

¹³ Artículo 5, a) *in fine*

la interpretación del concepto o entidad de las *ventajas económicas* o *financieras* a las que aludía el artículo 10 del Reglamento 1984/83. Ambas cuestiones han sido especialmente controvertidas, como analizaremos en las siguientes Secciones.

El Reglamento 2790/99 se complementaba con una Comunicación de la Comisión Europea, Directrices relativas a las restricciones verticales¹⁴. Los apartados (192) a (202) se destinaban al suministro exclusivo.

Expirada la vigencia del Reglamento 2790/99 el 31 de mayo de 2010, han sido dos los Reglamentos de Exención publicados¹⁵ en la línea del tiempo, ambos con una regulación similar¹⁶ a la del antecesor Reglamento 2790/99.

El hecho de que un acuerdo no se encuentre incluido en el “*recinto protegido*” o paraguas de un Reglamento de Exención por Categorías, no implica de forma automática su prohibición. Es lo que la propia Comisión Europea denomina como “*ausencia de presunción de ilegalidad*”. Es decir, por encima del umbral de cuota de mercado del 30% o para obligaciones de no competencia de más de cinco años o de duración indeterminada, es preciso un examen individual del acuerdo de que se trate para evaluar su eventual efecto restrictivo de la competencia y en su caso la aplicación de una exención individual de conformidad con el artículo 101.3 del TFUE.

El artículo 101.3 TFUE establece que “*las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a: cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate*”.

Es decir, se reconoce que ciertos acuerdos restrictivos podrían generar beneficios económicos objetivos que compensan los efectos negativos de la restricción de la competencia, eximiendo de tales prohibiciones a estos acuerdos.

La aplicación de esa exención individual se supedita al cumplimiento de las condiciones previstas en el artículo 101.3 TFUE de forma acumulativa.

Para ofrecer orientación sobre la aplicación del artículo 101.3 TFUE a casos individuales, la Comisión Europea publicó Comunicación - Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado¹⁷.

¹⁴ 2010/C 130/01, DOCE 19.05.2000

¹⁵ Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril (DOUE de 23.4.2010) y el vigente Reglamento (UE) 2022/720, de 10 de mayo (DOUE de 11.05.2022)

¹⁶ A los efectos del objeto de nuestro artículo, la diferencia estriba en que, si bien ambos Reglamentos excluyen del beneficio de la exención por categorías las cláusulas de no competencia superiores a 5 años o de duración indefinida, en el desarrollo del vigente Reglamento (UE) 2022/720, la Comisión Europea considera que “*Las cláusulas de no competencia que sean renovables tácitamente más allá de un período de cinco años pueden beneficiarse de la exención por categorías, siempre que el comprador pueda renegociar o rescindir de forma efectiva el acuerdo vertical que incluye la citada obligación mediando un preaviso en un plazo razonable y a un coste razonable*” (vid. Apartado 248 de la Comunicación de la CE Directrices relativas a las restricciones verticales, 2022/C 248/01, DOUE 30.06.2022)

¹⁷ DOUE n° C 101 de 27/04/2004

Para finalizar esta primera Sección, resulta necesario precisar que cuando un acuerdo no cumple todos los requisitos previstos por un reglamento de exención, sólo incurre en la prohibición del artículo 101.1 TFUE, si tiene por objeto o por efecto restringir apreciablemente la competencia dentro del mercado común y si puede afectar al comercio entre los Estados miembros. Es decir, los acuerdos que no tienen capacidad para afectar significativamente al comercio entre Estados miembros (sin efecto sobre el comercio) o que no restringen la competencia de forma sensible (acuerdos de menor importancia) quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101.1 TFUE¹⁸.

Al respecto de la afectación del comercio intracomunitario, en el caso *British Sugar*¹⁹ el TJUE, sobre la base de una consolidada jurisprudencia, establecía que *"debe poderse presumir con un grado de probabilidad suficiente, con arreglo a una serie de elementos objetivos de hecho o de Derecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, real o potencial, sobre las corrientes de intercambios entre Estados miembros"*. Es decir, basta con que esa afectación al comercio sea potencial, no exigiéndose que afecte de manera real y directa. A este respecto, el apartado 28 de la Comunicación de la Comisión sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado²⁰, prevé que *"La apreciación del criterio del efecto sobre el comercio depende de varios factores que pueden no ser decisivos si se toman por separado. Estos factores son la naturaleza del acuerdo y de la práctica, la naturaleza de los productos cubiertos por el acuerdo o práctica y la posición e importancia de las empresas interesadas."*

El TJUE también ha precisado que determinadas conductas restrictivas de la competencia, aun teniendo su desarrollo únicamente en el ámbito nacional o subnacional, afectan necesariamente al comercio intracomunitario²¹.

En cuanto al requisito de la afectación sensible o significativa del mercado intracomunitario, se trata de un elemento cuantitativo que limita la aplicación del Derecho Comunitario a los acuerdos y prácticas que pueden producir efectos de cierta magnitud, no entrando en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE aquellos que sólo afectan de manera insignificante habida cuenta de la débil posición de las empresas interesadas en el mercado del producto en cuestión. Cuanto más fuerte es la posición de mercado de las empresas implicadas, más probable es que un acuerdo o práctica pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de forma apreciable.

La apreciabilidad puede medirse tanto en términos absolutos (volumen de negocio correspondiente a los productos de que se trate) como relativos, comparando la posición de la empresa o empresas interesadas con la de otros operadores en el mercado (cuota de mercado). Y se considera que, en principio, el comercio entre Estados miembros no se verá afectado de forma apreciable cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia no es superior al 5% y, además, en el caso de acuerdos verticales, cuando el volumen de negocio total anual en la Comunidad del proveedor de los productos cubierto por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros²².

¹⁸ Sentencia del TJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros*, C-226/11, apartados 16 y 17

¹⁹ Sentencia de 29.04.2004, asunto C-359/01

²⁰ 2004/C, 101/07, DOUE de 27.04.2004

²¹ Sentencia del TJUE de 30.04.1998, asunto C-230/96 - *Cabour y Nord Distribution Automobile/Arnor "SOCO"*

²² Comunicación de la Comisión 2004/C, 101/07, sobre las Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOUE, de 27.04.2004), apartados 44, 47, 50 y 52

III. EL MERCADO ESPAÑOL DE LA DISTRIBUCIÓN DE COMBUSTIBLES Y CARBURANTES. CARACTERÍSTICAS.

En España, el Monopolio estatal de Petróleos fue creado por el Real Decreto-Ley de 28 de junio de 1927. La compañía pública encargada de administrar ese monopolio fue CAMPSA²³. Como cualquier monopolio, el objetivo natural de su creación era lograr ingresos para el Tesoro público, siendo otra de sus finalidades la de asegurar a la Nación un abastecimiento normal y continuado de un producto básico, a precios y condiciones convenientes para la débil economía española.

Durante la etapa del monopolio, la explotación de una estación de servicio únicamente podía ser realizada de dos maneras: de forma directa por la propia CAMPSA o a través de los concesionarios. La condición de concesionario era decidida discrecionalmente por CAMPSA y para optar por ella el interesado debía ser propietario o similar de los terrenos donde se pretendiera construir la estación de servicio. El plazo de duración de las concesiones era de 75 años y transcurrido el mismo se preveía que las instalaciones propias de la estación de servicio revertirían al Estado.

La entrada de España a la Comunidad Europea en el año 1985 obligó, por imperativo del artículo 37 del Tratado de Roma, a reestructurar paulatinamente el sector hasta la definitiva extinción del Monopolio. Este momento es aprovechado por las empresas de refino españolas²⁴ que, conscientes de que la red de distribución de sus productos se encontraba en manos de los concesionarios del Monopolio, comienzan a promover la firma de documentos de adscripción a sus redes respectivas para asegurarse su vinculación y poder colocar sus productos.

Comienza así durante los últimos años de la década de los ochenta y noventa, una estrategia destinada a asegurarse los puntos de venta ya existentes en el mercado español por el mayor plazo de duración posible, bien mediante su compra, bien mediante la adquisición de derechos reales temporalmente limitados²⁵.

Además, durante ese paulatino proceso de liberalización del mercado se produce la segregación de activos comerciales de CAMPSA a favor de varias sociedades beneficiarias, concretamente a favor de REPSOL, CEPSA y la actual BP OIL, es decir, a favor de las mismas empresas de refino españolas. La intención de esas empresas herederas del Monopolio no era otra que la de cerrar el mercado nacional de distribución de carburantes y combustibles a terceros operadores mediante la adquisición del mayor número de estaciones posibles o adquiriendo derechos reales sobre las mismas, vinculándolas mediante obligaciones de compra en exclusiva y no competencia por plazos de duración manifiestamente excesivos. Además, las cláusulas de no competencia se aplicaron a las estaciones de servicio de forma acumulativa y paralela por los operadores presentes en el mercado, lo que conformó desde el inicio del proceso de liberalización del Monopolio una muy seria e importante barrera a la entrada de otros operadores.

El proceso de liberación culminó con la aprobación, el 22 de diciembre de 1992, de la Ley 34/1992 de Ordenación del Sector Petrolero, que declaró la extinción del Monopolio

²³ Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos

²⁴ REPSOL, CEPSA, PETROMED (hoy BP OIL ESPAÑA) y la propia CAMPSA (después CLH, actualmente denominada EXOLUM)

²⁵ Derechos de superficie (derecho que se confiere al superficiario para construir o edificar sobre una finca ajena, conservando la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas, que revertirán al propietario del suelo a la finalización del derecho de superficie) o derechos de usufructo (derecho temporal que se confiere al usufructuario para usar y disfrutar la propiedad ajena y sus rendimientos)

de Petróleos y la total liberalización de las actividades de importación, refino, distribución y venta, transporte y almacenamiento de productos petrolíferos.

En este contexto, el mercado español de hidrocarburos ha sido objeto de estudio a lo largo del tiempo por parte de las Autoridades de defensa de la competencia, tanto nacionales como comunitarias. Todos los análisis han concluido que estamos ante un mercado de características oligopolísticas, con fuertes barreras a la entrada de nuevos operadores.

Ya en el año 2001 la entonces autoridad española de defensa de la competencia²⁶ definía el mercado de distribución minorista de combustibles y carburantes a través de estaciones de servicio como un "mercado bajo un considerable control oligopolístico", en el que "el 97,5% de las estaciones de servicio de REPSOL y el 96% de las de CEPSA operan en régimen de comisión, por lo tanto, como mínimo el 75% de todas las EESS españolas no tienen ninguna libertad para la fijación de precios. Es decir, no existe competencia dentro de cada marca, o competencia intramarca", ni "tampoco hay una apreciable competencia entre las marcas, o competencia intermarca", y con un grado de concentración elevado.

En el año 2005, el mismo TDC²⁷ continuaba destacando como características del mercado el ser altamente concentrado; con fuertes barreras de entrada; falta de competencia intramarca; e inexistencia de incentivos a la competencia interna.

En el año 2006 fue la propia Comisión Europea la que tuvo ocasión de analizar el mercado español de hidrocarburos²⁸, y concluyó que "el mercado era difícilmente accesible para los competidores" especialmente, por el "peso importante de la integración vertical de los operadores, del efecto acumulativo de las redes paralelas de restricciones verticales, de las dificultades para establecer una red alternativa y de otras condiciones de la competencia (principalmente la saturación del mercado y la naturaleza del producto)", destacando además "la posición débil y atomizada de las empresas que explotan estaciones de servicio y de los clientes finales con relación a la de los proveedores, y en particular a la de Repsol CPP".

En el año 2009 la Autoridad nacional de competencia volvía a analizar el mercado²⁹ e insistía en sus características.

En el año 2012, y ante la persistencia en el tiempo de esa situación de cierre del mercado, la misma CNC emite un Informe³⁰ en el que recomendaba regular legalmente "una duración máxima de los contratos de suministro en exclusiva a estaciones de servicio cuando el suministro se realice por operadores con un peso significativo en la comercialización de carburantes de automoción en estaciones de servicio", recomendación que afirmaba el órgano de competencia que "se destina a evitar que la duración de los contratos de suministro en exclusiva de los principales operadores siga

²⁶ Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 30 de mayo de 2001, Expediente 493/00-CEPSA y de 11 de julio de 2001, Expediente 490/00-REPSOL.

²⁷ Resolución de 30 de marzo de 2005, Expediente A 325/02, Contratos BP Oil España

²⁸ Decisión CE de 12 de abril de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE, Asunto COMP/B-1/38.348, Repsol CPP

²⁹ Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009, Expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP

³⁰ Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España, pág. 85
https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186953_7.pdf

operando como una de las principales barreras a la entrada y a la expansión de operadores en España alternativos a los grandes operadores con capacidad de refino".

En respuesta a esa recomendación, el Gobierno de España aprobó el Real Decreto-ley 4/2013, de 22 de febrero, que tras su tramitación parlamentaria como Proyecto de Ley, terminó convirtiéndose en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, en cuyo artículo 39.3 modifica la Ley 34/1998 del Sector de Hidrocarburos, e incorpora un nuevo artículo 43 bis, que limitaba la duración máxima de los pactos de suministro en exclusiva a un año.

Consecuencia de las particulares características del mercado español de hidrocarburos resulta ser la dificultad de aplicar una exención individual ex artículo 101.3 TFUE.

En este contexto, son tres los operadores petrolíferos que aglutinan la mayor parte del mercado: REPSOL, CEPSA y BP OIL. Es decir, las empresas de refino españolas y herederas del extinto monopolio de CAMPSA.

Los tres se encuentran presentes en todas las fases de negocio, por lo que el mercado se encuentra fuertemente integrado verticalmente. La presencia de REPSOL, CEPSA y BP en todos los segmentos del mercado era resumida por la propia Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en la siguiente tabla³¹:

Tabla 10: Cuotas de Mercado de los operadores con capacidad de refino en España en los mercados de combustibles de automoción.

Operador	Mercado Refino (% sobre total)	Mercado Mayorista (% sobre total)	Mercado Minorista (% sobre total)
Repsol	[50-60%]	[40-50%]	34%
Cepsa	[30-40%]	[10-20%]	15%
BP	[5-10%]	[10-20%]	4%

Fuente: Elaboración Propia (CNMC)

La evolución de la cuota de los operadores en el mercado minorista de estaciones de servicio se representa en las siguientes tablas:

Distribución de estaciones de servicio	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011
Mayoristas	7.493	7.451	7.483	7.469	7.496	7.461	7.602	7.666
Repsol	3.616	3.618	3.606	3.568	3.590	3.603	3.600	3.620
Cepsa	1.550	1.521	1.525	1.527	1.528	1.483	1.483	1.487
BP	649	635	637	638	666	657	665	673
Dina	420	485	492	496	498	516	500	543
Galp	233	223	222	222	624	618	626	613
Esergul	79	92	100	105	105	113	118	116
QB	42	37	40	45	45	43	47	52
Meroil	204	200	199	204	193	189	186	190
Ballenoi	0	0	0	0	0	0	0	0
Otros Operadores	700	640	662	682	247	239	377	370
Mayoristas								
Hiper/Supermercados	196	187	185	205	250	265	268	275
Independientes	1.000	1.000	1.000	1.300	1.300	1.500	1.800	1.800
Cooperativas	0	0	0	0	0	0	588	588
TOTAL	8.687	8.638	8.668	8.992	9.046	9.236	10.238	10.309

Fuente: ADP

³¹ Página 119 del Estudio sobre el mercado Mayorista de Carburantes de Automoción en España, de 24 de junio de 2015, E/CNMC/002/15

Distribución de estaciones de servicio	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Mayoristas	7.791	7.734	7.699	7.631	7.645	7.727	7.668	7.650
Repsol	3.615	3.615	3.585	3.544	3.501	3.445	3.350	3.354
Cepsa	1.516	1.470	1.477	1.512	1.518	1.537	1.522	1.522
BP	675	680	637	629	639	667	747	759
Disa	534	546	546	552	557	570	578	593
Galp	620	588	586	0	572	578	570	570
Esergui	102	132	139	143	165	180	186	192
Q8	49	54	50	50	15	16	77	187
Meroil	192	166	166	164	160	163	152	125
Ballenoil	14	20	53	72	75	92	106	117
Otros Operadores	474	463	460	965	443	479	380	231
Mayoristas								
Hiper/Supermercados	295	308	323	341	358	368	375	391
Independientes	1.700	1.900	2.130	2.400	2.600	2.834	2.995	2.983
Cooperativas	638	675	560	575	585	566	571	578
TOTAL	10.424	10.617	10.712	10.947	11.188	11.495	11.609	11.602

Fuente: ADP.

En 2020, REPSOL mantiene 3.311 estaciones de servicio, CEPSA 1.504 y BP 775, de un total de 11.650³². Es decir, en el periodo 2004 – 2020 (16 años), REPSOL habría perdido sólo 305 estaciones de servicio; CEPSA apenas habría disminuido su red en 46 estaciones; y BP incluso incrementa su red en 126 estaciones más.

El proceso de liberalización, por tanto, si bien consiguió disminuir el grado de integración vertical, no resultó suficiente para garantizar un mercado competitivo.

IV. APLICACIÓN DE LOS LÍMITES DE DURACIÓN POR LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL MERCADO ESPAÑOL DE HIDROCARBUROS

La autoridad española de defensa de la competencia y la propia Comisión Europea, no sólo han analizado el mercado español, sino que han sido varias las ocasiones en las que, en alguna medida, han tenido que intervenir, tramitando expedientes de diversa naturaleza.

En la Sección Primera ya se anunciaba que fueron dos las cuestiones o materias las que suscitaron o fomentaron un alto grado de litigiosidad en el mercado español de los hidrocarburos: (i) la interpretación del concepto o entidad de las *ventajas económicas* o *financieras* a las que aludía el artículo 10 del Reglamento 1984/83; y (ii) el régimen transitorio previsto en el artículo 12.2 del Reglamento (CE) 2790/99 en cuanto a los límites máximos de duración de las cláusulas de no competencia.

En esta Sección nos centraremos en la intervención de las autoridades nacional y comunitaria de defensa de la competencia, en lo que podemos denominar aplicación pública de los límites de duración impuestos por la normativa.

En la línea del tiempo, las intervenciones de las autoridades de competencia habrían sido las siguientes:

1) Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 30 de marzo de 2005, Expediente A 325/02, Contratos BP Oil España:

A finales del año 2001 el operador BP solicitó a la autoridad nacional de competencia una autorización singular para determinados contratos de su red en los que se incluían cláusulas de no competencia de duración superior a 5 años.

El órgano de competencia acordó *“Denegar la autorización singular solicitada por BP OIL ESPAÑA S.A. para veintidós contratos existentes entre la misma compañía y*

³² <https://www.aop.es/memorias/2021/07/01/memoria-aop-2020/>

veinticuatro estaciones de servicio para la distribución en exclusiva". Además, intimaba a BP para que desistiera de las conductas.

Como consecuencia de esa intimación de la autoridad nacional de competencia, BP remitió carta a las estaciones de servicio de su red comunicando la finalización de los contratos de suministro en exclusiva con fecha de efectos de 1 de enero de 2007. Es decir, BP se benefició de cinco años adicionales respecto de lo permitido por la norma, habida cuenta de que el artículo 12.2 del Reglamento (CE) 2790/99 determinaba que *"la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado no se aplicará, durante el período comprendido entre el 1 de junio de 2000 y el 31 de diciembre de 2001, respecto de los acuerdos que ya estén en vigor el 31 de mayo de 2000 y que no cumplan las condiciones de exención previstas en el presente Reglamento, pero que cumplan las condiciones establecidas en los Reglamentos (CEE) Nos. 1983/83"*. Es decir, los acuerdos deberían haber finalizado el 1 de enero de 2002.

2) Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006 relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE, Asunto COMP/B-1/38.348 – REPSOL C.P.P:

También a finales de 2001 el operador REPSOL solicitó, en este caso ante la Comisión Europea, una declaración negativa o una exención individual de sus contratos para la distribución de carburantes a través de estaciones de servicio. La duración de los contratos controvertidos³³ oscilaba de 25 a 40 años, según el tipo.

El proceso culminó con la aprobación por el órgano de competencia comunitario de unos compromisos que tenían como objeto subsanar los problemas planteados por la Comisión en relación con la exclusión del mercado. En concreto, Repsol se comprometió *"a ofrecer a las empresas que explotan estaciones de servicio que le hubieran concedido un derecho real temporal (de usufructo o de superficie) sobre la estación de servicio y que simultáneamente hubieran adquirido el carácter de arrendatarios temporales (mediante «contratos cruzados»), la posibilidad de «rescatar» el derecho real antes de la fecha de terminación del contrato prevista"*.

El ejercicio de esa opción o rescate implicaría *"el pago de una compensación a Repsol equivalente al valor del derecho real en cuestión. El valor se calcularía en función del flujo de caja anual de Repsol CPP y de la duración restante del contrato"*. Es decir, el valor no correspondía al valor residual de la inversión.

3) Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 29 de julio de 2009, Expediente 2697/06, CEPESA:

En el caso de este operador, el procedimiento se inicia a causa de la denuncia presentada frente a CEPESA en el año 2006, incoándose como expediente sancionador. Los contratos controvertidos también eran de tipo usufructo o superficie.

También en este caso el órgano nacional de competencia pone fin al proceso con la aprobación de unos compromisos en virtud de los cuales CEPESA se comprometía a otorgar a los nudos propietarios de las Estaciones de Servicio un derecho de opción, hasta el 31 de diciembre de 2012, para adquirir, mediante precio y en las condiciones que se indicaban, el derecho de superficie de la propiedad superficial titularidad de Cepsa sobre la Estación de Servicio. Es decir, un rescate como en el caso de REPSOL.

³³ Contratos de tipo usufructo o superficie, vid. Nota a pie de página núm. 25

4) Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 6 de abril de 2011, Expediente 2738/06 GALP:

En la denuncia presentada en el año 2006 frente a CEPSA, también se denunciaba al operador petrolífero GALP por idénticas cláusulas de duración insertas en sus contratos.

La CNC igualmente en este caso pone fin al procedimiento tras la aprobación de los compromisos por parte de GALP, similares a los propuestos por CEPSA.

El órgano nacional de competencia también intervino en el caso del operador petrolífero DISA. Un expediente que culminó con la Resolución del Consejo de la CNC de 27 de noviembre de 2007³⁴, que consideraba que los contratos en cuestión no contribuían de manera significativa al cierre del mercado al tratarse de un operador con una cuota de mercado inferior al 5%.

V. APLICACIÓN PRIVADA DE LOS LÍMITES DE DURACIÓN POR LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES. PRONUNCIAMIENTOS DEL TJUE. CUESTIONES PREJUDICIALES PLANTEADAS.

Los litigios entre los operadores petrolíferos y los titulares de las estaciones de servicio no se circunscribieron al ámbito público, de las autoridades de defensa de la competencia, extendiéndose la litigiosidad a los Tribunales españoles como consecuencia de las acciones ejercitadas a título individual por las estaciones de servicio afectadas por la infracción de los límites de duración máximos permitidos.

En estos litigios fueron especialmente controvertidas tres cuestiones: (i) la interpretación del concepto o entidad de las *ventajas económicas o financieras* a las que aludía el artículo 10 del Reglamento 1984/83; (ii) el régimen transitorio previsto en el artículo 12.2 del Reglamento (CE) 2790/99 en cuanto a los límites máximos de duración de las cláusulas de no competencia; y (iii) el valor de las Resoluciones de la autoridad de competencia aprobando Compromisos.

Nos centraremos en las cuestiones (ii) y (iii).

Sobre la cuestión (ii) el Tribunal Supremo español, en un primer momento³⁵, consideró que aquellos acuerdos que no cumplieran las condiciones de exención del Reglamento (CE) 2790/99, pero sí las del Reglamento (CE) 1984/83, podían extender su validez durante cinco años más a partir del 31 de diciembre de 2001. Es decir, hasta el 31 de diciembre de 2006.

Sobre la cuestión (iii), el Tribunal Supremo español, también en un primer momento, consideró que los Compromisos aprobados por la autoridad de competencia suponían la adaptación de los acuerdos a la normativa comunitaria³⁶.

Ambos criterios tuvieron que ser rectificadas tras los pronunciamientos del TJUE al resolver las cuestiones prejudiciales planteadas.

³⁴ Expediente R 691, DISA

³⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2011, asunto Inversiones Cobasa – BP OIL ESPALA (ID CENDOJ 28079110012011100333); de 9 de mayo de 2011, asunto Gobergas – REPSOL (ID CENDOJ 28079119912011100002); de 10 de mayo de 2011, asunto Las Pedroñeras – CEPSA (ID CENDOJ 28079110012011100299); y de 11 de mayo de 2011, asunto Estáser el Mareny – REPSOL (ID CENDOJ 28079119912011100001)

³⁶ Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2011, asunto Gobergas – REPSOL (ID CENDOJ 28079119912011100002); de 11 de mayo de 2011, asunto Estáser el Mareny – REPSOL (ID CENDOJ 28079119912011100001); de 30 de noviembre de 2012, asunto Proubal – REPSOL (ECLI: ES:TS:2012:8210); y de 4 de enero de 2013, asunto Estación de Servicio Echevarría – REPSOL (ECLI: ES:TS:2013:131)

La cuestión (ii) fue resuelta por el TJUE con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Barcelona³⁷. En su resolución, el TJUE recordaba lo que ya había tenido ocasión de resolver al dar respuesta a anteriores consultas prejudiciales³⁸: “29. *Procede recordar que el Tribunal de Justicia ya ha precisado en diversas ocasiones que, en el caso de que un órgano jurisdiccional nacional llegue a la conclusión de que un acuerdo cumple los requisitos de exención previstos por el Reglamento n° 1984/83, pero no los establecidos por el Reglamento n° 2790/1999, hay que considerarlo excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, hasta el 31 de diciembre de 2001, en virtud del régimen transitorio previsto en el artículo 12 del Reglamento n° 2790/1999 (véanse las sentencias CEPSA, EU:C:2008:485, apartados 59 y 60, y Pedro IV Servicios, EU:C:2009:215, apartado 67)*”.

Y concluía que “30. *Por tanto, no cabe alegar válidamente, como hace Repsol, que tal acuerdo sigue estando excluido del ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, por dicho Reglamento hasta el 31 de diciembre de 2006, al sumar al período transitorio previsto en el artículo 12, apartado 2, del mismo Reglamento un período de una duración equivalente al máximo durante el cual un contrato que incluya una cláusula de no competencia puede estar exento en virtud del Reglamento n° 2790/1999*”.

La cuestión (iii), referida al valor de los Compromisos aprobados por una autoridad de competencia, fue resuelta por el TJUE en su Sentencia de 23 de noviembre de 2017³⁹, con ocasión de la cuestión prejudicial planteada por el mismo Tribunal Supremo español en los siguientes términos:

“1) ¿Conforme al artículo 16 [...] del Reglamento [n.º 1/2003], la [decisión de compromisos] impide que los acuerdos comprendidos en la misma puedan ser declarados nulos por un tribunal nacional en atención a la duración del plazo de exclusiva de abastecimiento, aunque sí pueden ser declarados nulos por otras causas, como por ejemplo la imposición de un precio mínimo de venta al público por el proveedor al comprador (o revendedor)?

2) En tal caso, ¿puede entenderse que los contratos de larga duración afectos por la decisión de compromisos gozan de una exención individual, ex art. 101.3 TFUE, en atención a la Decisión?”

En su Sentencia, respondía el TJUE que “El artículo 16, apartado 1, del Reglamento (CE) n.º 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos [101 TFUE] y [102 TFUE], debe interpretarse en el sentido de que una decisión de compromisos relativa a determinados acuerdos entre empresas y adoptada por la Comisión Europea en virtud del artículo 9, apartado 1, del referido Reglamento no se opone a que los órganos jurisdiccionales nacionales examinen la conformidad de dichos acuerdos con las normas en materia de competencia y declaren, en su caso, la nulidad de tales acuerdos con arreglo al artículo 101 TFUE, apartado 2”.

VI. CONSECUENCIAS DE LA INFRACCIÓN DE LOS LÍMITES MÁXIMOS DE DURACIÓN

Estamos ante una cuestión que tampoco ha estado exenta de controversia. ¿Qué consecuencias tienen aquellos acuerdos no amparados por la exención por categorías de los Reglamentos y que no pueden gozar de una exención individual?

³⁷ Auto del TJUE de 27 de marzo de 2014, asunto C-142/13, Bright Service, S.A. y REPSOL.

³⁸ Cuestiones prejudiciales que también habían sido planteadas por los Tribunales españoles en el contexto de litigios entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio.

³⁹ Asunto C-547/16 - Gasorba y otros.

Como punto de partida, el propio artículo 101, apartado 2 del Tratado, señala que “Los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho”.

Existe un concepto de nulidad contractual impuesto por el derecho comunitario que no es reinterpretable ni modificable por parte de los Tribunales de los Estados miembros. Como advertía el TJUE en su Sentencia de 13 de julio de 2006⁴⁰:

56. En primer lugar se debe recordar que el artículo 81 CE, apartado 2, establece la nulidad de todo acuerdo o decisión prohibidos por dicho artículo.

57. Según una jurisprudencia reiterada, esta nulidad, que cualquier persona puede invocar, se impone al juez cuando concurren los requisitos de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, y el acuerdo de que se trate no pueda justificar la concesión de una exención en virtud del artículo 81 CE, apartado 3 (véase sobre este último punto, en particular, la sentencia de 9 de julio de 1969, Portelange, 10/69, Rec. p. 309, apartado 10). Como la nulidad que establece el artículo 81 CE, apartado 2, tiene carácter absoluto, un acuerdo nulo con arreglo a dicha disposición no produce efectos en las relaciones entre las partes contratantes ni es oponible a terceros (véase la sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin, 22/71, Rec. p. 949, apartado 29). Además, esta nulidad puede afectar a todos los efectos, pasados o futuros, del acuerdo o de la decisión de que se trate (véase la sentencia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht, 48/72, Rec. p. 77, apartado 26, y Courage y Crehan, antes citada, apartado 22).

58. Además, tal como se recordó en el apartado 39 de la presente sentencia, el artículo 81 CE, apartado 1, produce efectos directos en las relaciones entre particulares y crea derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar.

59. De esto se deriva que cualquier persona puede invocar ante los tribunales la infracción del artículo 81 CE (véase la sentencia Courage y Crehan, antes citada, apartado 24) y, por ende, hacer valer la nulidad de un acuerdo o de una práctica prohibidos por dicho artículo.

Por lo que respecta a la extensión de esa nulidad, el TJUE se pronunció sobre la materia en su Sentencia de 11 de septiembre de 2008⁴¹, cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español también en el marco de un litigio entre el operador petrolífero y la estación de servicio. Lo hizo en los siguientes términos:

78 A este respecto, procede recordar que, según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la nulidad de pleno derecho de un acuerdo en el sentido del artículo 81 CE, apartado 2, se aplica únicamente a aquellos elementos del acuerdo afectados por la prohibición establecida en el apartado 1 de este mismo artículo o al acuerdo en su totalidad si no es posible separar dichos elementos del propio

⁴⁰ Asunto C-295/04, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA

⁴¹ Asunto C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio, S.A., y L.V. Tobar e Hijos, S.L.

acuerdo (véanse, en particular, las sentencias de 30 de junio de 1966, LTM, 56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 360, y *Delimitis*, antes citada, apartado 40).

79 Si estos elementos son separables del acuerdo, las consecuencias de la nulidad respecto a todos los demás elementos del acuerdo o respecto a otras obligaciones que se deriven de él no están comprendidas en el ámbito de aplicación del Derecho comunitario. Por tanto, corresponde al órgano jurisdiccional remitente apreciar, conforme al Derecho nacional aplicable, el alcance y las consecuencias, para la totalidad de las relaciones contractuales, de la posible nulidad de determinadas cláusulas contractuales en virtud del artículo 81 CE, apartado 2 (véanse, en particular, las sentencias de 18 de diciembre de 1986, *VAG France*, 10/86, Rec. p. 4071, apartados 14 y 15; *Cabour*, antes citada, apartado 51, y de 30 de noviembre de 2006, *Brünsteiner y Autohaus Hilgert*, C-376/05 y C-377/05, Rec. p. I-11383, apartado 48).

Por último, hay que tener en cuenta las consecuencias económicas de la infracción. Como resolvía ya el TJUE en su Sentencia de 20 de septiembre de 2001⁴², apartado 26, la plena eficacia del artículo 101 TFUE y, en particular, el efecto útil de la prohibición establecida en su apartado 1, se verían en entredicho si no existiera la posibilidad de que cualquier persona solicite la reparación del perjuicio que le haya irrogado un contrato o un comportamiento susceptible de restringir o de falsear el juego de la competencia.

BIBLIOGRAFIA

- Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) o Tratado de Roma, firmado en Roma (Italia) el 25 de marzo de 1957. Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada Tratado de Ámsterdam, Diario Oficial de la Unión Europea nº C 340 de 10/11/1997 p. 0173 – 0306. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea nº C 326 de 26/10/2012 p. 0001 – 0390.
- Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de compra exclusiva, Diario Oficial de la Unión Europea nº L 173 de 30/06/1983 p. 0005 – 0011.
- Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, Diario Oficial de la Unión Europea nº L 336 de 29/12/1999 p. 0021 – 0025.
- Comunicación de la Comisión Europea. Directrices relativas a las restricciones verticales, 2010/C 130/01, Diario Oficial de la Unión Europea de 19.05.2000.
- Comunicación de la Comisión Europea. Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado, Diario Oficial de la Unión Europea nº C 101 de 27/04/2004 p. 0097 – 0118.

⁴² Asunto C-453/99 (*Courage y Crehan*)

- Comunicación de la Comisión Europea. Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial de la Unión Europea nº C 101 de 27/04/2004 p. 0081 – 0096.
 - Decisión de la Comisión Europea de 12 de abril de 2006, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 del Tratado CE, Asunto COMP/B-1/38.348, Repsol CPP, Diario Oficial de la Unión Europea L 176 de 30.6.2006, p. 104–104.
 - Real Decreto-Ley nº 1142, de 28 de junio de 1927. Gaceta de Madrid de 30 de junio. BOE (Boletín Oficial del Estado) de 01/01/1928, archivo Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia 2018 (<https://campsa.cnmc.es/node/113>).
 - Ley 34/1992, de 22 de diciembre, de Ordenación del Sector Petrolero, BOE núm. 308, de 24 de diciembre de 1992, páginas 43867 a 43876 (Referencia: BOE-A-1992-28427).
 - Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo, BOE núm. 179, de 27/07/2013 (Referencia: [BOE-A-2013-8187](#)).
 - Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Sala Sexta, de 30 de abril de 1998, asunto C-230/96 - Cabour y Nord Distribution Automobile SA contra Amor "SOCO" SARL.
 - Sentencia TJUE de 20 de septiembre de 2001, Asunto C-453/99 - Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros.
 - Sentencia TJUE, Sala Quinta, de 29 de abril de 2004, asunto C-359/01 - British Sugar plc contra Comisión de las Comunidades Europeas.
 - Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 13 de julio de 2006, Asunto C-295/04, Vincenzo Manfredi contra Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (C-295/04), Antonio Cannito contra Fondiaria Sai SpA (C-296/04) y Nicolò Tricarico (C-297/04) y Pasqualina Murgolo (C-298/04) contra Assitalia SpA.
 - Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 11 de septiembre de 2008, Asunto C-279/06, CEPSA Estaciones de Servicio SA contra LV Tobar e Hijos SL.
 - Sentencia TJUE, Sala Segunda, de 13 de diciembre de 2012, Asunto C-226/11, Expedia Inc. contra Autorité de la concurrence y otros.
 - Auto TJUE, Sala Décima, de 27 de marzo de 2014, Asunto C-142/13, Bright Service SA contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos SA.
 - Sentencia TJUE, Sala Tercera, de 23 de noviembre de 2017, Asunto C-547/16, Gasorba, S.L., y otros contra Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.
 - Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 5 de mayo de 2011, asunto Inversiones Cobasa – BP OIL ESPALA (ID CENDOJ 28079110012011100333); de 9 de mayo de 2011, asunto Gobergas – REPSOL (ID CENDOJ 28079119912011100002); de 10 de mayo de 2011, asunto Las Pedroñeras – CEPSA (ID CENDOJ 28079110012011100299); de 11 de mayo de 2011, asunto Estáser el Mareny – REPSOL (ID CENDOJ 28079119912011100001); de 30 de noviembre de 2012, asunto Prourbal – REPSOL (ECLI: ES:TS:2012:8210); y de 4 de enero de 2013, asunto Estación de Servicio Echevarría – REPSOL (ECLI: ES:TS:2013:131).
 - Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) de 30 de mayo de 2001, Expediente 493/00-CEPSA (https://www.cnmc.es/sites/default/files/35088_9.pdf).
-

- Resolución TDC de 11 de julio de 2001, Expediente 490/00-REPSOL (https://www.cnmc.es/sites/default/files/33702_9.pdf).
- Resolución TDC de 30 de marzo de 2005, Expediente A 325/02, Contratos BP Oil España (https://www.cnmc.es/sites/default/files/69689_8.pdf).
- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 29 de julio de 2009, Expediente 2697/06, CEPSA (https://www.cnmc.es/sites/default/files/35450_8.pdf).
- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009, Expediente 652/07 REPSOL/CEPSA/BP (https://www.cnmc.es/sites/default/files/34220_1.pdf).
- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 6 de abril de 2011, Expediente 2738/06 GALP (https://www.cnmc.es/sites/default/files/35912_0.pdf).
- Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Competencia (CNC) de 27 de noviembre de 2007, Expediente R 691/06, DISA (https://www.cnmc.es/sites/default/files/73162_10.pdf).
- Comisión Nacional de Competencia (CNC). "Informe sobre la consulta efectuada por la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa sobre el mercado de carburantes de automoción en España". Año 2012 (https://www.cnmc.es/sites/default/files/1186953_7.pdf).
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). "Estudio sobre el mercado Mayorista de Carburantes de Automoción en España". 24 de junio de 2015. E/CNMC/002/15 (https://www.cnmc.es/sites/default/files/1114748_8.pdf).
- Asociación Española de Operadores de Productos Petrolíferos (AOP). Memoria AOP 2020 (<https://www.aop.es/memorias/2021/07/01/memoria-aop-2020/>).
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), Presentación, (https://curia.europa.eu/jcms/jcms/Jo2_7024/es/#competences) .

EL RESARCIMIENTO A CONSUMIDORES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN PERÚ. UN PRIMER VISTAZO

Autor:
Christian Guzmán Arias



EL RESARCIMIENTO A CONSUMIDORES POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS EN PERÚ. UN PRIMER VISTAZO

Compensation to consumers for anticompetitive practices in Peru: An initial overview

Christian Guzmán Arias¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La responsabilidad civil en el Derecho de la Competencia.
- III. Las conductas anticompetitivas como fuente de la Responsabilidad Civil.
- IV. El resarcimiento por conductas anticompetitivas.
- V. Conclusiones.

Resumen

El artículo analiza la importancia del resarcimiento como una herramienta esencial para restablecer el equilibrio en el mercado y garantizar justicia a los consumidores perjudicados por conductas anticompetitivas. Estas prácticas, como cárteles, abusos de posición dominante y prácticas colusorias, dañan la competencia y afectan negativamente a consumidores y competidores. La responsabilidad civil en el derecho de la competencia se muestra como un mecanismo importante para asegurar la reparación de daños, pero también se plantea la necesidad de reparar en la distinción entre los tipos (por hecho ilícito -llamada extracontractual-, por incumplimiento de obligaciones -llamada contractual- o precontractual), a pesar de que la llamada responsabilidad extracontractual es la que adquiere especial importancia en estos casos, debido a la afectación general del mercado y a la inexistencia (aparentemente) de una relación contractual directa entre las víctimas y el infractor.

El artículo también resalta el papel del INDECOPI y la base legal establecida en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas para promover la compensación de los consumidores afectados. Para ello, se detallan los distintos tipos de daños compensables, como el sobreprecio, el daño emergente, el lucro cesante y, en la experiencia extranjera, el daño moral. También se analiza las teorías de relación de causalidad y los criterios de imputación que pueden utilizarse en estos casos. Finalmente, además de la posibilidad de aplicar la justicia restaurativa en sede administrativa, se recurre a las funciones de la responsabilidad civil para concluir que esta última es una herramienta importante no solo para compensar a los afectados, sino también para disuadir y prevenir futuras prácticas anticompetitivas que puedan perjudicar la integridad del mercado.

¹ Abogado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Nacional del Altiplano. Maestría con mención en Derecho Civil por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en derecho civil, protección del consumidor, competencia y barreras burocráticas. Asociado senior de TYTL Abogados, donde lidera el área de Competencia y buenas prácticas del mercado. Correo de contacto: cguzman@tytl.com.pe

Palabras claves

Resarcimiento/ conductas anticompetitivas/ responsabilidad civil/ justicia restaurativa/ Indecopi/ derecho de la competencia.

Abstract

The article examines the importance of compensation as an essential tool to restore market balance and ensure justice for consumers harmed by anticompetitive conduct. These practices, such as cartels, abuses of dominant position, and collusive agreements, harm competition and negatively impact consumers and competitors. Civil liability in competition law is presented as an important mechanism to ensure damage repair, while also highlighting the need to distinguish between different types of liability (liability for tort -referred to as extracontractual-, liability for breach of obligations -referred to as contractual-, or pre-contractual liability). Nevertheless, extracontractual liability acquires special significance in these cases, given the general market impact and the apparent lack of a direct contractual relationship between the victims and the offender.

The article also highlights the role of INDECOPI and the legal basis established in the Law on Repression of Anticompetitive Conduct to promote the compensation of affected consumers. To this end, it details the different types of compensable damages, such as overpricing, direct damage, lost profits, and, as observed in foreign practice, moral damages. It also analyzes theories of causation and criteria for imputation that can be used in such cases. Finally, in addition to the possibility of applying restorative justice in administrative proceedings, the article relies on the functions of civil liability to conclude that it serves not only as an important tool for compensating those affected, but also as a deterrent to and prevention of future anticompetitive practices that could harm the integrity of the market.

Key words

Compensation/ anticompetitive conduct/ civil liability/ restorative justice/ Indecopi/ competition law.

I. INTRODUCCIÓN

Las conductas anticompetitivas o contrarias a la competencia son conductas ilegales que realizan los operadores en el mercado por una variedad de motivos, entre los cuales se cuenta el obtener beneficios económicos sin competir con los demás operadores que prestan los mismos servicios o distribuyen los mismos bienes. Son conductas que se encuentran prohibidas porque restringen el normal funcionamiento de los mercados; no existe competencia efectiva y los agentes presentes pueden actuar, en alguna medida, como formadores de los precios, estableciendo de manera arbitraria las condiciones de los contratos.

El surgimiento o presencia del derecho del consumidor está muy relacionado con el ámbito empresarial y en la relación con la protección del mercado. De este se desglosan los derechos que conciernen a la política de competencia, a la competencia desleal y a la disciplina del mercado. La defensa e integridad de la disciplina del mercado implica la necesaria indagación para determinar la existencia o no de una conducta anticompetitiva, y la consecuente sanción administrativa que afecta al infractor. Un objetivo importante del derecho (en este caso administrativo) es desestimular para el futuro la comisión de conductas controvertidas, pero esta sanción normalmente no

alcanza a sostener económicamente a los operadores dañados por la acción; incluso a veces los daños y perjuicios causados por el accionar ilegal superan en gran medida a los valores obtenidos por el infractor. Por lo tanto, se debe indagar hasta qué punto deviene procedente otorgar una doble sanción: devolver al proceso aquello que habría obtenido de no producirse el hecho infractor del ordenamiento de la competencia. Por lo cual nos cuestionamos: ¿Hasta qué punto el resarcimiento se posiciona como un instrumento idóneo e importante del sistema?

II. LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

2.1. Tipos de responsabilidad civil

Como sabemos, existe la responsabilidad civil por inejecución de obligaciones² (que suele llamarse imprecisamente responsabilidad “contractual”) y la responsabilidad civil por hecho ilícito (llamada responsabilidad “extracontractual”).

2.1.1. Responsabilidad contractual

La responsabilidad contractual se relaciona con la obligación de compensar por los daños causados por el incumplimiento de las obligaciones de un contrato previo. Esta responsabilidad surge cuando una parte no cumple o lo hace de manera deficiente con las obligaciones acordadas en un contrato debidamente establecido.

Podríamos decir que los de la llamada responsabilidad contractual se caracterizan por lo siguiente:

a) Existencia de un vínculo contractual previo: La responsabilidad contractual deriva de la existencia de un contrato entre las partes involucradas. La relación entre el deudor y el acreedor surge de un acuerdo en el cual ambas partes se comprometen a cumplir con determinadas prestaciones o condiciones específicas.

b) Incumplimiento de la obligación: La responsabilidad se deriva de la falta de cumplimiento o la ejecución deficiente de las obligaciones asumidas. El incumplimiento puede ser tanto por acción como por omisión de las obligaciones contractuales.

c) Daño y causalidad: Además de la falta de cumplimiento, es necesario demostrar que dicha falta causó un perjuicio a la otra parte. El perjuicio debe estar directamente relacionado con la falta de cumplimiento de la obligación.

d) Buena fe contractual: En el ámbito de la responsabilidad contractual, la buena fe juega un papel fundamental. Las partes se encuentran obligadas a actuar de buena fe no solo al cumplir el contrato, sino también al momento de su formación. Este principio a veces se extiende a las etapas de negociación, lo que permite considerar la responsabilidad precontractual dentro de la responsabilidad contractual.

En síntesis, la responsabilidad contractual surge de la falta de cumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato específico, y la obligación de reparar los daños se

² Está incluida la ejecución parcial, tardía o defectuosa. Pero para englobar todos estos supuestos, se utiliza la expresión “inejecución de obligaciones”.

restringe a las partes que tienen ese vínculo contractual. El propósito de esta responsabilidad es asegurar el cumplimiento de los compromisos adquiridos y proteger las expectativas de las partes involucradas.

2.1.2. Responsabilidad extracontractual

La responsabilidad contractual se distingue de la responsabilidad extracontractual por la existencia o no de un contrato entre las partes involucradas. Mientras que la primera surge de la inexecución de obligaciones pactadas, la segunda se origina por la violación de los deberes generales de conducta en sociedad, como la obligación de no causar daño a otros (*alterum non laedere*).

Podríamos decir que los de la llamada responsabilidad extracontractual se caracterizan por lo siguiente:

a) Ausencia de vínculo contractual: La responsabilidad extracontractual surge en ausencia de un contrato previo entre las partes. El nexo entre el causante del perjuicio y el perjudicado emana de un acto ilícito o de la falta de cumplimiento de un deber general de cuidado.

b) Hecho ilícito: El perjuicio debe derivar de un acto ilícito, es decir, de una conducta que transgrede la ley o las obligaciones generales de convivencia pacífica. Estos actos ilícitos pueden ser por acción u omisión.

c) Daño y relación causal: Es necesario que el acto ilícito haya ocasionado un perjuicio específico a otra persona, y que exista una relación directa de causalidad entre la acción u omisión del responsable y el daño sufrido.

d) Deber general de cuidado: En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, la raíz de las obligaciones es la obligación general de cuidar de que los actos propios no perjudiquen a terceros. No es necesario que exista un acuerdo previo, sino que toda persona tiene la obligación de respetar los derechos de los demás y de evitar causarles daño.

La responsabilidad civil se centra en proteger los derechos fundamentales de las personas para evitar que sean perjudicadas por las acciones de otros, con el propósito esencial de compensar y prevenir. A diferencia de la responsabilidad contractual, la responsabilidad extracontractual busca reparar los daños ocasionados a cualquier individuo, sin importar si existe un vínculo específico previo.

2.1.3. La responsabilidad precontractual

Pasaremos a analizar dos perspectivas diferentes sobre la naturaleza de la responsabilidad precontractual: si debe regirse por las normas de la responsabilidad contractual o de la extracontractual.

a) Postura de la responsabilidad contractual

De acuerdo con Rómulo Morales³, hay una defensa hacia una **concepción autónoma de la responsabilidad precontractual**, que la considera más cercana a la lógica de la

³ Rómulo Morales, "Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano", *Ius Et Veritas* 57 (2018): 170-189.

responsabilidad contractual. Se argumenta que la responsabilidad precontractual surge de la violación de **deberes de buena fe objetiva** que se generan en la fase de negociación. Estos deberes incluyen la obligación de actuar con transparencia, no abandonar las negociaciones injustificadamente, y no inducir a error a la contraparte.

El enfoque sostiene que la responsabilidad precontractual debe entenderse como una extensión de la buena fe contractual, la cual se aplica durante las tratativas previas a la formación del contrato, y por lo tanto, se debe regular bajo las normas que rigen la inexecución de obligaciones. Se defiende que existe una similitud esencial entre los deberes precontractuales y los deberes contractuales, ya que ambos buscan proteger la confianza y promover el cumplimiento de expectativas razonables entre las partes negociadoras.

El principal argumento es que la **responsabilidad precontractual** no puede ser subsumida en la responsabilidad extracontractual, ya que el **deber de buena fe** no es genérico, sino específico y está directamente ligado a las negociaciones en curso. Además, el deber de buena fe implica una serie de **obligaciones específicas** que no se encuentran en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

b) Postura de la responsabilidad extracontractual

De acuerdo con Renzo Saavedra⁴, existe la postura de que la **responsabilidad precontractual** debería considerarse dentro del ámbito de la **responsabilidad extracontractual**. Se argumenta que, al no existir todavía un contrato formal, no puede haber un incumplimiento contractual propiamente dicho, ya que las partes no están vinculadas por obligaciones específicas de una relación contractual. Esta posición se basa en que los deberes durante la fase precontractual son similares a los deberes de cuidado y diligencia que se esperan en cualquier situación de contacto social.

Según este enfoque, la **responsabilidad precontractual** se deriva de la violación de los **deberes genéricos de conducta** que surgen del contacto entre las partes. Al no existir aún una relación obligatoria específica, la falta de cumplimiento de los deberes de buena fe durante las negociaciones genera responsabilidad extracontractual. Esta postura considera que el deber de actuar con lealtad y transparencia durante las tratativas es un deber similar a los deberes generales que existen entre personas en la vida cotidiana, y por tanto, encaja en el ámbito de la **responsabilidad extracontractual**.

Este enfoque, por lo tanto, sostiene que los daños causados durante la fase precontractual deben ser tratados de manera similar a los daños causados en otras situaciones que no impliquen una relación contractual preexistente.

2.1.4. La responsabilidad por conductas anticompetitivas en el contexto peruano

La compensación a los consumidores por prácticas anticompetitivas ha situado los daños ocasionados por dichas conductas dentro del ámbito general de responsabilidad extracontractual, en base a la normativa que contenían las diversas leyes, especialmente la regulación específica de sectores o mercados sujetos a un sistema de concesiones, o los bienes y derechos de los ciudadanos o usuarios que operaban en el marco de un

⁴ Renzo Saavedra, "La responsabilidad precontractual en debate", *Ius Et Veritas* 31 (2005): 144-166.

monopolio sostenido. En resumen, en ausencia de una regulación específica, la compensación por los perjuicios causados por prácticas anticompetitivas debía entenderse como cualquier otra forma de reparar los daños derivados de la actividad productiva.

En el marco de la responsabilidad civil por conductas anticompetitivas en el Perú, de acuerdo con la normativa vigente y los lineamientos sobre compensación por conductas anticompetitivas, parece que esta responsabilidad se considera principalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Esto se debe a que, en las conductas anticompetitivas, no siempre existe una relación contractual previa entre el infractor y la víctima. La conducta ilícita afecta a un amplio grupo de consumidores o empresas que no tienen un vínculo contractual con el infractor, lo que hace más adecuado regular estos daños bajo el esquema de responsabilidad extracontractual.

Por consiguiente, en el Perú, la responsabilidad civil por conductas anticompetitivas se ubica principalmente en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, ya que los daños que emanan de estas conductas ocurren fuera de un marco contractual específico, y se derivan de la infracción de deberes de conducta general aplicables en el mercado, no solo entre partes que han contratado. No obstante, la responsabilidad precontractual también puede ser relevante en ciertos contextos específicos de negociación o acuerdos preliminares que puedan verse afectados por la conducta anticompetitiva.

2.2. Funciones de la responsabilidad civil

En el ámbito de la responsabilidad civil, se destacan diversas funciones de gran importancia. Según Papayanis, su "función distintiva es la implementación de la justicia interpersonal"⁵. Además, cumple roles fundamentales como la compensación, la disuasión de daños ineficientes, la prevención y la reducción de costos secundarios, entre otras funciones relevantes en el contexto de los actos anticompetitivos.

a) Compensación: La reparación es una de las funciones más comúnmente asociadas a la responsabilidad civil. "El daño disminuye la calidad de vida de las víctimas" y la reparación busca restablecer esa pérdida para que las víctimas no sean perjudicadas injustamente por las acciones de otros⁶. En el contexto de las conductas anticompetitivas, esta función se traduce en la compensación del perjuicio causado a los consumidores por prácticas desleales, como el aumento artificial de precios. Esta compensación es vital para restablecer el equilibrio económico de los consumidores afectados.

b) Disuasión: La prevención de daños es otra función asignada a la responsabilidad civil, con el propósito de disminuir la cantidad y gravedad de los perjuicios, motivando a los posibles causantes de daños a adoptar medidas preventivas para evitar ocasionar daño. En el ámbito de los actos contrarios a la competencia, la prevención busca impedir que las empresas lleven a cabo prácticas que afecten la competencia, como la creación de cárteles o el abuso de posición dominante, imponiendo consecuencias económicas graves para los infractores⁷.

⁵ Diego Papayanis, "Responsabilidad civil (funciones)", *Economía. Revista en Cultura de la legalidad* 22 (2022): 307.

⁶ *Ibid.*: 309.

⁷ *Ibid.*: 311-313.

c) Prevención: La prevención conlleva la adopción de medidas para evitar la ocurrencia del perjuicio, más allá de disuadir comportamientos peligrosos. En el ámbito de la responsabilidad civil, Papayannis señala que "la acción preventiva no consiste en ofrecer incentivos (...), sino (...) suprimir la fuente generadora del riesgo"⁸. En el contexto de actos anticompetitivos, la prevención puede adoptar la forma de órdenes judiciales para detener prácticas que ya están causando un daño inminente a los consumidores.

d) Reducción de Costos Secundarios: La responsabilidad civil puede contribuir a disminuir los gastos adicionales al "evitar que sus costes queden concentrados en aquellos que están en peores condiciones económicas para soportarlos"⁹. Esto es especialmente relevante en situaciones donde consumidores vulnerables han sido afectados por conductas anticompetitivas. La presencia de fondos de compensación o seguros obligatorios puede ayudar a dispersar el impacto de estos daños, aliviando la carga que de otro modo recaería exclusivamente en los consumidores.

2.3. Aplicación de la responsabilidad civil en el derecho de la competencia

La responsabilidad civil en casos de conductas anticompetitivas tiene como objetivo principal asegurar la reparación de los consumidores que han sufrido las consecuencias de la violación de las leyes de competencia. La función de compensación busca amparar a las víctimas de prácticas anticompetitivas, tales como precios artificialmente altos o productos de menor calidad, a fin de que reciban una reparación que compense las pérdidas sufridas.

En otro orden de ideas, la función disuasoria adquiere una relevancia especial en la prevención de prácticas desleales por parte de las empresas. Las sanciones pecuniarias y las indemnizaciones tienen como propósito generar un incentivo negativo que desincentive la repetición de tales prácticas. Asimismo, las medidas preventivas posibilitan la intervención anticipada para evitar la ocurrencia de daños mayores, asegurando que las conductas anticompetitivas no lleguen a consolidarse.

En última instancia, la labor de disminuir los costos secundarios es fundamental para resguardar a los consumidores, especialmente a aquellos en situación de vulnerabilidad, garantizando una distribución más justa de los costos de los daños y evitando que las víctimas soporten toda la carga económica.

En resumen, las funciones de la responsabilidad civil están estrechamente ligadas al resarcimiento de los consumidores por actos anticompetitivos. La compensación asegura una reparación adecuada; la disuasión y la prevención trabajan para evitar daños futuros; y la reducción de costos secundarios busca distribuir el impacto de estos daños de manera justa, protegiendo a los consumidores de los efectos negativos de estas conductas.

2.4. Posibilidad de emplear la justicia restaurativa en sede administrativa

La justicia restaurativa es una forma de abordar las faltas y ofensas a través del diálogo, la participación y la reparación, en lugar de recurrir a un sistema estrictamente adversarial y punitivo. De acuerdo con Fernando Ballon y Sebastián Carruitero, quienes citan a John

⁸ Ibid.: 314.

⁹ Ibid.: 319.

Braithwaite, "la justicia restaurativa es un 'método para reunir a todas las partes interesadas en un diálogo no dominado sobre las consecuencias de una injusticia y lo que se debe hacer para corregirla'"¹⁰. Este enfoque se orienta a restaurar lo que se ha perdido, reforzar los lazos sociales y otorgar legitimidad al sistema regulador al permitir que las víctimas recuperen el valor que les fue arrebatado a través del reproche y la reparación.

La justicia restaurativa se basa en principios republicanos y en la democracia deliberativa, lo que brinda la oportunidad a todos los participantes de reflexionar, retroceder y reconsiderar lo que se ha hecho con el fin de restablecer el equilibrio social¹¹. Además, fomenta la "regulación receptiva", la cual busca incorporar estos valores restaurativos en la regulación de la actividad económica y persuadir a los infractores para que corrijan su comportamiento de forma voluntaria.

Dentro del campo del derecho de la competencia en el Perú, la aplicación de la justicia restaurativa puede ser utilizada para lograr una solución equitativa y dialogada entre los transgresores y las víctimas, especialmente cuando se presentan conductas anticompetitivas que perjudican a los consumidores. En este sentido, el Indecopi en el Perú asume la responsabilidad de proteger la libre competencia y cuenta con herramientas que pueden contribuir a una reparación restaurativa, poniendo énfasis en la participación y la reparación de forma voluntaria.

El informe indica que, para introducir la justicia restaurativa en el ámbito del derecho de la competencia, es crucial que el regulador adopte una "aproximación receptiva", teniendo en cuenta "la actitud de los distintos agentes y cómo se regulan a sí mismos"¹². Esta aproximación puede llevarse a cabo a través de la exención de responsabilidad, el compromiso de cese y el uso de sanciones y medidas correctivas. Por ejemplo:

a) Exención de Responsabilidad: En la práctica, se recurre a este método cuando el infractor, reconociendo el daño causado, se compromete a subsanarlo y restaurar la competencia. Este enfoque está diseñado principalmente para "actores honestos" que actúan de buena fe y buscan corregir sus errores antes de ser sancionados¹³.

b) Compromiso de Cese: Es pertinente cuando los transgresores reconocen su error después de ser notificados y se comprometen a detener la conducta anticompetitiva y revertir sus efectos. Este enfoque posibilita eludir castigos si el infractor cumple con las acciones correctivas, promoviendo de esta manera un proceso restaurador.

c) Sanciones y Medidas Correctivas: En casos en los que los transgresores no demuestran intención de enmendar sus acciones, la justicia restaurativa puede contemplar medidas más coercitivas, tales como la imposición de multas y la exigencia de acciones correctivas para restablecer la equidad. Estas acciones abarcan la "restitución administrativa a favor de los consumidores perjudicados", a través del otorgamiento de una compensación económica igual al perjuicio causado, como el exceso de precio pagado¹⁴.

¹⁰ Fernando Ballon y Sebastián Carruitero, "Justicia restaurativa en el derecho de la competencia de Perú", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2022): 2.

¹¹ Id.

¹² Ibid.: 3.

¹³ Ibid.: 6-7.

¹⁴ Ibid.: 8.

III. LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS COMO FUENTE DE RESPONSABILIDAD CIVIL

3.1. Tipos de conductas anticompetitivas

Según el Decreto Supremo N° 111-2024-PCM, que contiene el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, existen varios tipos de **conductas anticompetitivas** que están sancionadas y que se clasifican de la siguiente manera:

a) Prácticas Colusorias Horizontales (Artículo 11)

Estas son prácticas o acuerdos entre competidores que buscan restringir, impedir o falsear la libre competencia. Incluyen:

- **Fijación de precios:** Acuerdos para establecer de manera concertada precios de venta de bienes o servicios.
- **Limitación de producción o ventas:** Acuerdos para limitar la producción o distribución de bienes o servicios, lo que restringe la oferta en el mercado.
- **Reparto de mercados:** Dividir clientes, proveedores o áreas geográficas, de modo que los competidores acuerden no interferir entre sí.
- **Concertación de licitaciones:** Coordinar ofertas en procesos de licitación o concursos públicos, afectando la transparencia y competitividad de estos procesos.

Estas prácticas constituyen **prohibiciones absolutas**, ya que son consideradas altamente perjudiciales para la competencia y no requieren prueba de sus efectos negativos.

b) Prácticas Colusorias Verticales (Artículo 12)

Estas prácticas involucran acuerdos entre agentes económicos que operan en diferentes niveles de la cadena de producción o distribución, tales como fabricantes y distribuidores; buscan restringir la competencia mediante:

- **Imposición de precios de reventa.**
- **Restricciones territoriales** sobre los distribuidores, para evitar competencia en ciertas áreas.

Estas prácticas son **prohibiciones relativas**, lo que significa que la autoridad debe demostrar que tienen efectos negativos sobre la competencia y el bienestar del consumidor.

c) Abuso de Posición de Dominio (Artículo 10)

Cuando un agente económico con una posición dominante en el mercado utiliza esa posición para restringir la competencia y obtener beneficios indebidos, se incurre en abuso de posición de dominio. Estas prácticas incluyen:

- **Negativa injustificada de venta o suministro:** Negarse a satisfacer la demanda de un bien o servicio sin justificación.
- **Condiciones desiguales:** Aplicar condiciones diferentes a distintos clientes o proveedores de forma injustificada.
- **Subordinación de contratos:** Obligar a aceptar prestaciones adicionales no relacionadas con el objeto del contrato principal.

El abuso de posición de dominio es considerado una **prohibición relativa**, y su análisis depende de los efectos de las acciones en el mercado.

d) Otras Conductas Anticompetitivas

- **Incitación a terceros:** Incitar a otros agentes económicos a no vender, no comprar o no prestar servicios.
- **Obstaculización del acceso al mercado:** Realizar acciones que impidan el acceso de nuevos competidores al mercado.

3.2. Conductas anticompetitivas como incumplimiento de obligaciones y como hechos ilícitos

Generalmente se piensa en las conductas anticompetitivas como ilícitos (administrativos, penales y civiles), que conllevan a analizar la responsabilidad del infractor dentro de la llamada responsabilidad extracontractual. Sin embargo, es valioso plantearnos si es que éstas también pueden ser consideradas como incumplimientos de obligaciones (incluso precontractuales).

3.2.1. Conducta Anticompetitiva como Incumplimiento de Obligaciones (Responsabilidad Contractual)

Algunos juristas en el ámbito del derecho civil argumentan que, en determinadas situaciones, las acciones anticompetitivas pueden ser consideradas como una falta en el cumplimiento de obligaciones contractuales, especialmente cuando estas acciones infringen un acuerdo contractual concreto o las expectativas legítimas derivadas del contrato entre las partes.

Enfoque Contractual: Desde este punto de vista, se sostiene que cuando las partes mantienen una relación contractual previa y una de ellas lleva a cabo prácticas anticompetitivas, como establecer precios mínimos de reventa o imponer cláusulas restrictivas que afectan el libre comercio, el incumplimiento se origina directamente del contrato. Por consiguiente, se postula que la responsabilidad contractual es pertinente debido a que se está infringiendo una obligación derivada de la relación contractual.

Por ejemplo, algunos doctrinarios consideran que la **violación del deber de buena fe** en el marco de una relación comercial existente puede calificarse como una violación contractual que, si conduce a una práctica anticompetitiva, justifica la aplicación de las reglas de la **responsabilidad contractual**. En este sentido, el análisis se centra en cómo las partes incumplen las obligaciones que se derivan del propio contrato y las expectativas que generaron en sus relaciones comerciales.

3.2.2. Conducta Anticompetitiva como Hecho Ilícito (Responsabilidad Extracontractual)

En el ámbito del derecho de la competencia, la mayoría de los expertos tienden a clasificar las conductas anticompetitivas como hechos ilícitos, lo que conlleva a la aplicación de las normas de responsabilidad extracontractual. Este enfoque es el más extendido debido a la naturaleza delictiva de dichas prácticas y a su impacto que trasciende las relaciones contractuales directas.

El concepto de hecho ilícito y responsabilidad extracontractual: Este planteamiento sostiene que las prácticas anticompetitivas, como la colusión entre competidores, el abuso de posición dominante y otras conductas que impactan el mercado y los derechos de los consumidores, constituyen claramente hechos ilícitos que implican la transgresión de un deber general de no causar daño (*alterum non laedere*). Al tratarse de acciones que perjudican intereses públicos y el bienestar de los consumidores, el perjuicio ocasionado no solo afecta a las partes con las que el infractor pueda tener una relación contractual directa, sino que también impacta a terceros y al mercado en su conjunto.

Al analizar este enfoque, se hace evidente que las conductas anticompetitivas impactan no solo a los involucrados en una relación contractual, sino también al público en general, a los consumidores y a otros competidores. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en Perú respalda esta perspectiva al buscar proteger los intereses difusos y colectivos a través de sanciones administrativas y acciones de resarcimiento que van más allá de las relaciones contractuales específicas.

En resumen: a) la determinación de si una conducta anticompetitiva constituye un incumplimiento de obligaciones contractuales o un hecho ilícito, depende de la naturaleza de la relación entre las partes y del contexto en el que se lleva a cabo la conducta, b) la Responsabilidad Contractual se aplica cuando la conducta anticompetitiva surge dentro de una relación contractual específica y viola las obligaciones asumidas en dicho contrato (por ejemplo, acuerdos restrictivos entre distribuidores y fabricantes) y c) la Responsabilidad Extracontractual es el enfoque predominante para la mayoría de las conductas anticompetitivas, ya que impactan en el mercado y en los consumidores en general, no solo en las partes directamente vinculadas por un contrato. Este enfoque reconoce que las conductas anticompetitivas son hechos ilícitos que perjudican el interés público y la libre competencia, por lo que se aplica la responsabilidad extracontractual y se busca una reparación de daños más amplia.

En el contexto peruano y de acuerdo con la normativa de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, los daños causados por estas prácticas se consideran predominantemente de naturaleza extracontractual, ya que buscan resarcir a los consumidores y al mercado en su conjunto, no solo a las partes con quienes se tiene una relación contractual directa.

IV. EL RESARCIMIENTO POR CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

4.1. Previsión legal y justificación

Conforme a los "Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas", elaborado por INDECOPI, la

legislación que respalda la compensación a los consumidores por actos anticompetitivos en el Perú se encuentra en el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034). Dicho artículo establece que, una vez que una resolución administrativa confirma la existencia de una conducta anticompetitiva y dicha resolución sea definitiva, cualquier persona afectada, incluso si no fue parte del proceso ante INDECOPI, tiene el derecho de presentar una demanda ante el Poder Judicial para solicitar una indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha conducta.

El artículo 52 faculta a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, con la aprobación previa de la Secretaría Técnica, para iniciar un proceso judicial de resarcimiento en protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores perjudicados. En otras palabras, la Comisión puede intervenir para que los consumidores afectados, sin necesidad de emprender acciones individuales, reciban compensación por los perjuicios ocasionados por prácticas anticompetitivas como los cárteles, el abuso de posición dominante o las restricciones verticales.

El artículo 1 del Código de protección y defensa del consumidor también brinda a los consumidores el derecho a la reparación y a la indemnización por los daños y perjuicios, de acuerdo con las disposiciones del mismo código y la normativa civil aplicable. Esto, junto con lo establecido en la Ley de Represión de conductas anticompetitivas, tiene como objetivo garantizar que los consumidores afectados por prácticas anticompetitivas reciban una compensación justa.

En consecuencia, el fundamento legal primordial para la compensación de los consumidores se encuentra en el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, respaldado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor. Estas disposiciones sustentan la opción de que los consumidores perjudicados puedan recibir una compensación, ya sea a través de acciones legales individuales o mediante la participación de la Comisión en defensa de los intereses colectivos o difusos de los consumidores.

4.2. Lineamientos del INDECOPI

El documento que contiene dichos lineamientos detalla directrices para compensar daños causados a los usuarios como consecuencia de conductas anticompetitivas. Esta facultad es otorgada a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI, en concordancia con los artículos 61 y 65 de la Constitución del Perú, que protegen el derecho a la competencia leal y a la defensa de los consumidores. De igual manera, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo 1034) y sus modificaciones autorizan a la Comisión a tomar medidas legales para resarcir a los consumidores perjudicados por prácticas anticompetitivas.

a) Objetivo y alcance de los Lineamientos

En esencia, los lineamientos pretenden regular la ejecución de la facultad de la Comisión para instar demandas reparatoras en protección de los intereses difusos y colectivos de los consumidores perjudicados. Se fijan lapsos, normas, requisitos y limitaciones para que la Comisión pueda ejercer esta facultad de forma eficaz y en defensa del bien común.

b) Facultad de promover el resarcimiento

El artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas otorga la posibilidad a cualquier individuo perjudicado por una conducta anticompetitiva, sin importar si fue parte del proceso administrativo ante INDECOPI, de buscar la compensación por los daños sufridos. Asimismo, la Comisión, con la aprobación previa de la Secretaría Técnica, tiene la facultad de defender los intereses colectivos de los consumidores en el proceso de indemnización.

c) Daños y responsabilidad

El propósito de los Lineamientos es asegurar tanto la función compensatoria (compensar adecuadamente a las víctimas) como la preventiva (desalentar conductas anticompetitivas futuras). Los daños a compensar incluyen principalmente los económicos, como el sobreprecio pagado debido a un cártel, y también daños emergentes y lucro cesante. Los métodos de cuantificación de estos daños se dejan a discreción de la Comisión y se basan en estudios y experiencias internacionales.

d) Acciones de clase

El documento menciona las acciones colectivas como un mecanismo que busca compensar a un gran número de consumidores afectados, de manera similar a lo que ocurre en los Estados Unidos y la Unión Europea. Aunque el sistema peruano no posee una equivalencia exacta a las acciones colectivas, los lineamientos buscan emular sus beneficios en cuanto a eficiencia y alcance, permitiendo demandas colectivas en defensa de intereses difusos y colectivos.

e) Consumidores y sujetos afectados

En términos generales, se establece la definición de consumidores conforme al Código de Protección y Defensa del Consumidor, abarcando tanto a los individuos que adquieren bienes para su consumo personal como a las microempresas que enfrentan desequilibrios informativos en comparación con sus proveedores. Se otorga prioridad a la compensación en beneficio de los consumidores finales, dado que son los más susceptibles y suelen carecer de incentivos para presentar demandas de manera individual.

f) Criterios para la promoción de demandas

La Comisión solo emprenderá acciones legales de compensación cuando haya una resolución definitiva que confirme la existencia de una conducta anticompetitiva. La noción de resolución definitiva implica que no puede ser impugnada ni administrativa ni judicialmente. Además, se priorizan los casos de cárteles, ya que tienen un impacto particularmente perjudicial en la competencia y en los consumidores.

g) Responsabilidad solidaria

En el supuesto de que haya varios responsables de una conducta anticompetitiva, la responsabilidad civil será solidaria, lo que significa que cualquiera de los responsables puede ser demandado por la totalidad del resarcimiento. Esta situación facilita la

recuperación de daños para los consumidores afectados, ya que aumenta las posibilidades de encontrar un responsable solvente.

h) Facilitadores de conductas anticompetitivas

Los facilitadores de prácticas anticompetitivas (por ejemplo, aquellos que asisten en coordinar un cártel) también podrían ser considerados responsables. No obstante, la Comisión debe examinar detenidamente su nivel de participación para establecer el alcance de su responsabilidad, la cual no siempre es solidaria, sino proporcional a su contribución en la infracción.

i) Directivas y guías internacionales

El documento hace alusión a la Directiva 2014/104/UE de la Unión Europea y a pautas similares de otras jurisdicciones, como Estados Unidos y Chile, con el fin de establecer prácticas y criterios que ayuden a la Comisión en la evaluación de los daños y en la determinación de cuándo es apropiado iniciar una acción de compensación. En la práctica, estas pautas buscan asegurar que la compensación sea justa, proporcional y efectiva, disminuyendo al mínimo el riesgo de desincentivar las acciones de indemnización debido a su elevado costo.

4.3. Tipos de daño

Según los Lineamientos sobre resarcimientos por conductas anticompetitivas, los tipos de daños que se pueden presentar frente a conductas anticompetitivas incluyen principalmente los siguientes:

a) Daños de Contenido Económico

La mayor parte de los daños causados por prácticas anticompetitivas son de naturaleza económica, es decir, pueden ser valorados en términos monetarios. Estos daños abarcan:

- **Efecto de Sobreprecio:** En este caso, el daño se origina en el sobreprecio que los consumidores deben desembolsar por el producto, como resultado de prácticas colusorias (cárteles). Por ejemplo, cuando se establece un precio de venta más alto al que se habría determinado en condiciones de competencia libre y efectiva. Este exceso en el precio constituye un perjuicio directo para los consumidores afectados¹⁵.

- **Efecto sobre las Cantidades:** Otro aspecto a considerar es el daño económico derivado de la pérdida en las cantidades producidas o vendidas, además del sobreprecio. La transferencia de parte del sobreprecio a los consumidores puede provocar una disminución en la demanda de bienes o servicios. Esta disminución impacta tanto a los consumidores, que ven limitado su acceso al producto, como al mercado en su totalidad¹⁶.

b) Daño Emergente y Lucro Cesante

La doctrina distingue dos grandes categorías de daños económicos que se aplican también en el contexto de las conductas anticompetitivas:

¹⁵ INDECOPI. *Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas* (Lima: 2021): 11.

¹⁶ Id.

- **Daño Emergente:** La pérdida directa que surge en el patrimonio del individuo afectado por la conducta ilícita es lo que se conoce como daño material. Por ejemplo, los gastos adicionales que deben afrontar los consumidores o competidores afectados por una práctica anticompetitiva¹⁷.

- **Lucro Cesante:** En este contexto, se hace alusión a las ganancias que el perjudicado deja de percibir a raíz de la conducta anticompetitiva. En términos simples, se trata del lucro que se habría alcanzado de no mediar la conducta perjudicial. Esto abarca las oportunidades de negocio que se pierden debido a las barreras generadas por prácticas anticompetitivas¹⁸.

Además de los daños previstos en los Lineamientos de INDECOPI, doctrina extranjera también propone la existencia de dos tipos de daños: el "daño competitivo" y los daños morales a la comunidad (además del daño moral individual y colectivo que prevé su legislación). Veamos ambos tipos de daños:

c) Daños sociales y pérdida de bienestar (Deadweight Loss)

En adición, se puede reconocer el término de pérdida irrecuperable de bienestar (o pérdida de peso muerto), que conlleva una pérdida social asociada a la disminución de la oferta y la demanda de bienes y servicios. Esta pérdida no solo impacta directamente a los consumidores, sino que también tiene repercusiones más amplias en la eficacia del mercado y el bienestar de la sociedad en su totalidad. La disminución de la eficiencia del mercado es una consecuencia indirecta de la menor competencia¹⁹.

d) Daños morales

En Chile, el tema de reparar el daño moral en procedimientos colectivos por conductas anticompetitivas ha experimentado una evolución significativa en los últimos años. Hasta el año 2018, la Ley 19.496, que establece normas sobre la protección de los derechos de los consumidores, no permitía la reparación del daño moral en estos procedimientos, de acuerdo con lo establecido en el artículo 51 número 2 de la LPDC: "las indemnizaciones que se determinen en este procedimiento, no podrán extenderse al daño moral sufrido por el actor"²⁰.

No obstante, debido a las críticas y a la necesidad de avanzar hacia una reparación integral, la Ley 21.081 modificó la LPDC y permitió la reparación del daño moral tanto a nivel individual como colectivo. Esta modificación tiene como objetivo reparar no solo los perjuicios patrimoniales, sino también aquellos que afectan la integridad física, psíquica o la dignidad de los consumidores²¹. Esta modificación implica que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC) debe evaluar si las conductas anticompetitivas han causado un daño moral concreto a los consumidores.

¹⁷ Id.

¹⁸ Ibid.: 11-12.

¹⁹ Francisco Alvarado y Valentina Guevara. "Reparación del daño moral en procedimientos colectivos originados por conductas anticompetitivas", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2022): 7-8.

²⁰ Ibid.: 3.

²¹ Ibid.: 11.

En ciertos escenarios, se ha concedido la posibilidad a los consumidores perjudicados de interponer una demanda colectiva para obtener una indemnización por los perjuicios ocasionados a raíz de prácticas anticompetitivas, como la colusión o el abuso de posición dominante, lo cual se interpreta como una lesión a su integridad y dignidad como consumidores.

El concepto de daño moral en Chile ha sido tradicionalmente visto como el "precio del dolor" o la tristeza o angustia que experimenta una persona en su sensibilidad física o en sus sentimientos, creencias o afectos²². Esta característica del daño moral, claramente extrapatrimonial, ha generado discusiones sobre la manera de calcular su monto, especialmente en procesos colectivos, donde resulta complicado determinar con precisión el impacto específico en cada individuo afectado.

La Ley 21.081 incorporó nuevas normas para agilizar la reparación del daño moral en procesos colectivos, otorgando al juez la facultad de establecer un monto mínimo uniforme para los consumidores perjudicados. Esta modificación fue diseñada con el propósito de simplificar el procedimiento y hacer más factible la compensación colectiva, a través de la figura de los "mínimos comunes", determinados mediante peritajes de oficio o a petición de las partes, a cargo del infractor²³.

La reparación del daño moral por conductas anticompetitivas presenta ciertos desafíos. En principio, el TDLC debe analizar si las prácticas anticompetitivas realmente afectan la integridad física, psíquica o la dignidad de los consumidores. Estos son los tres criterios fundamentales establecidos por la LPDC para determinar si corresponde la reparación del daño moral en un contexto colectivo²⁴.

Una de las cuestiones que se presenta en estos casos es la identificación del daño moral como un perjuicio "personalísimo", es decir, vinculado con la afectación específica y concreta experimentada por cada consumidor. Para solventar esta dificultad en los procesos colectivos, el legislador chileno ha otorgado al juez la facultad de establecer una compensación global, tomando en consideración pruebas generales, que permita reconocer el impacto en la colectividad sin la necesidad de calcular el daño exacto en cada persona²⁵.

4.4. Relación de causalidad

La noción de causalidad hace alusión al enlace imprescindible que debe existir entre la conducta perjudicial y el daño, a fin de poder imputar responsabilidad. En otras palabras, es necesario evidenciar que el daño fue resultado directo de la acción u omisión del presunto responsable.

Existen varias teorías que permiten determinar si el nexo causal es suficiente para atribuir responsabilidad. Entre las principales teorías mencionadas se encuentran:

a) Teoría de la equivalencia de las condiciones: Según esta teoría, se argumenta que cualquier condición cuya ausencia hubiera evitado el daño debe ser vista como una causa de éste. Esta es una perspectiva extensa, en la que se examina si cada factor fue una condición indispensable para la manifestación del resultado.

²² Ibid.: 3.

²³ Ibid.: 6.

²⁴ Ibid.: 13.

²⁵ Ibid.: 6.

b) Teoría de la causalidad adecuada: Según esta teoría, solo se considerarán como causas del daño aquellas condiciones que, de acuerdo con el curso natural de los acontecimientos y la experiencia general, eran adecuadas para producir el daño. El autor menciona que el legislador peruano sigue principalmente esta teoría para determinar la relación de causalidad en la responsabilidad extracontractual, lo cual permite limitar la atribución de responsabilidad a situaciones en las que la causa era previsible y adecuada para provocar el daño.

c) Teoría de la causalidad directa e inmediata: Desde este enfoque, únicamente se contemplan como causas del perjuicio aquellas que estén directa e inmediatamente relacionadas con el daño sufrido. Es decir, se descartan aquellas causas que, aunque hayan tenido influencia, no tengan un vínculo directo.

Sin perjuicio de que no es posible descartarse, de manera liminar, ninguna de las teorías de causalidad (pues es un análisis que es pertinente hacer caso por caso), en el marco de las conductas anticompetitivas, la teoría de la causalidad adecuada demuestra ser especialmente útil, dado que estas prácticas impactan directamente en el mercado y en los consumidores. En el caso de prácticas como cárteles o abuso de posición dominante, la consecuencia natural y esperada es que los consumidores resulten perjudicados por el aumento artificial de precios, una menor calidad de los productos o la limitación en la oferta.

En consecuencia, al aplicar la teoría de la causalidad adecuada, se debe determinar si la conducta anticompetitiva era, de manera previsible y esperada, capaz de causar el daño sufrido por los consumidores. Esta evaluación permitiría delimitar cuáles daños pueden ser razonablemente imputados a la conducta anticompetitiva y cuáles no, garantizando que se consideren únicamente aquellos daños que están claramente vinculados con la práctica dañosa.

4.5. Criterios de imputación

Los criterios de imputación son utilizados para establecer en qué situaciones una persona puede ser considerada responsable de un daño. Estos criterios determinan la manera y el momento en que la responsabilidad debe ser atribuida a un individuo por sus acciones.

a) Imputación subjetiva: La imputación subjetiva se fundamenta en la presencia de culpa o dolo. Es decir, se atribuye responsabilidad a un individuo cuando se puede comprobar que actuó de manera negligente o con la intención de causar daño. La responsabilidad basada en la culpa implica analizar si el sujeto tuvo una conducta descuidada o deliberadamente dañina, teniendo en cuenta la capacidad de previsión que se esperarí de una persona razonable en la misma situación²⁶.

b) Imputación objetiva: En el ámbito de la responsabilidad objetiva, la imputación no se basa en la culpa o intención del agente, sino en la mera ocurrencia del daño. En la responsabilidad objetiva no se analiza la conducta del responsable, sino que se establece en función de la existencia de un nexo causal entre la actividad peligrosa y el daño causado. Existe una crítica en el sentido de que podamos hablar de la responsabilidad

²⁶ Leysser León. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada (Lima: Instituto Pacífico, 2017), 502-504 y 751-755.

estrictamente objetiva si es que se admite el caso fortuito o la fuerza mayor para librar al imputado del resarcimiento²⁷.

c) Responsabilidad por riesgo o garantía: Este principio se aplica cuando una persona se beneficia de una actividad que conlleva riesgos inherentes. La responsabilidad surge como una "garantía" para aquellos que podrían ser afectados por los riesgos asociados a dicha actividad. El criterio de imputación en estos casos se basa en la teoría de la exposición al riesgo, donde quien introduce el riesgo en la sociedad debe responder por los daños que puedan derivarse de su actividad, independientemente de su conducta subjetiva²⁸.

En el ámbito del derecho de la competencia, podemos decir que se aplicaría la imputación subjetiva en el caso de conductas anticompetitivas en las que la empresa o agente económico debe tener una **intención consciente** de afectar el mercado y a los consumidores. Esta perspectiva sería adecuada cuando las empresas actúan de manera claramente fraudulenta o dolosa para perjudicar a sus competidores y a los consumidores, pero únicamente cuando estemos hablando de conductas sujetas a prohibición relativa.

De otro lado, la **responsabilidad objetiva**, que se aplica sin necesidad de demostrar culpa, y que está relacionada más bien con la creación de un riesgo, es especialmente útil cuando hablamos de conductas sujetas a prohibición absoluta. En ese contexto, las prácticas ilegales generan riesgos inherentes al funcionamiento adecuado del mercado y perjudican a los consumidores sin que sea necesario demostrarlo.

Es por eso que se afirma que, en el campo del derecho de la competencia, la imputación objetiva es más apropiada para atribuir responsabilidad civil, porque muchas veces los efectos perjudiciales de las conductas anticompetitivas se producen independientemente de la intención de los agentes económicos involucrados. La lógica de la imputación objetiva permite garantizar que aquel que introduce un riesgo para la competencia y perjudica a los consumidores tenga que responder por los daños causados, incluso si no hubo dolo.

V. CONCLUSIONES

En el campo del derecho de la competencia, la responsabilidad civil desempeña un papel crucial en la protección de los derechos de los consumidores y la integridad del mercado. Esta responsabilidad puede ser contractual o extracontractual, dependiendo de si existe o no un vínculo contractual entre las partes afectadas. La responsabilidad contractual se basa en el incumplimiento de obligaciones específicas derivadas de un contrato, mientras que la extracontractual se aplica cuando el daño es consecuencia de la violación de deberes generales de cuidado y no hay una relación contractual previa. En el contexto de conductas anticompetitivas, la responsabilidad extracontractual adquiere mayor relevancia debido a la naturaleza difusa del daño y al hecho de que estas prácticas suelen afectar a un grupo amplio de consumidores, sin necesidad de una relación contractual entre ellos y los infractores. Esta responsabilidad también cumple funciones de compensación, disuasión y prevención, todas necesarias para resarcir a los afectados y prevenir futuros daños.

²⁷ Ibid.: 165-167, 504-511 y 755-756.

²⁸ Ibid.: 504-511 y 757-758.

Las prácticas anticompetitivas, como el abuso de posición dominante, la formación de cárteles y las prácticas colusorias, constituyen una fuente significativa de responsabilidad civil al perturbar el equilibrio del mercado y lesionar los derechos de los consumidores. Estas conductas pueden interpretarse como un incumplimiento de obligaciones contractuales, en casos donde exista una relación previa entre las partes involucradas, o como un acto ilícito que conlleva responsabilidad extracontractual, especialmente cuando el daño trasciende las relaciones contractuales específicas. En la mayoría de los escenarios, estas conductas son catalogadas como actos ilícitos, dado que impactan negativamente en el mercado y perjudican a numerosos consumidores y competidores que no mantienen una relación contractual directa con el infractor. Por consiguiente, la responsabilidad extracontractual se erige como el enfoque predominante para abordar estos casos, buscando no solo reparar el perjuicio causado, sino también salvaguardar el interés público y restablecer la competencia en el mercado.

La compensación por prácticas anticompetitivas se sustenta en la normativa peruana, como el artículo 52 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que reconoce el derecho de los consumidores a ser indemnizados por los perjuicios sufridos a causa de dichas prácticas, incluso si no participaron en el procedimiento administrativo ante INDECOPI. Este mecanismo de compensación busca asegurar la equidad para los consumidores afectados, ya sea a través de acciones colectivas o con la intervención de INDECOPI en representación de los intereses difusos y colectivos. Los daños a ser compensados abarcan tanto los perjuicios económicos, como el pago de sobrepuestos y la pérdida de beneficios, como los daños morales, especialmente en el caso de acciones colectivas. El propósito de la compensación es restablecer el equilibrio económico de los consumidores perjudicados, disuadir futuras prácticas anticompetitivas y prevenir la concentración de daños en los consumidores más vulnerables, a través de la implementación de medidas efectivas que aseguren una compensación justa y adecuada.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Alvarado, Francisco y Valentina Guevara. "Reparación del daño moral en procedimientos colectivos originados por conductas anticompetitivas", *Investigaciones CeCo* (octubre, 2022)
- Ballon, Fernando y Sebastián Carruitero Cárdenas, "Justicia restaurativa en el derecho de la competencia de Perú", *Investigaciones CeCo* (noviembre, 2022),
- Becker, Gary. "La naturaleza de la competencia". *Themis* 44.
- Indecopi. *Lineamientos sobre resarcimiento de daños causados a consumidores como consecuencia de conductas anticompetitivas*. Abril, 2021.
- León, Leysser. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Instituto Pacífico, Lima, 2017.
- Marcos, Francisco. "Identificación del perjuicio indemnizable en acciones consecutivas (follow-on) en caso de cárteles: de la infracción (y sanción) a la compensación del daño." En *Nuevas tendencias en el derecho de la*

- competencia y de la propiedad industrial. III* (dir. Anxo Tato, Julio Costas, Oablo Fernández, Francisco Torres & Sara Lauredo) Comares, 2022, págs. 39-65.
- Morales, Rómulo. "Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano", *Ius Et Veritas* 57, diciembre 2018.
 - Papayanis, Diego. "Responsabilidad civil (funciones)", *Economía. Revista en Cultura de la legalidad*, 22 (2022): 307-327.
 - Saavedra, Renzo. "La responsabilidad precontractual en debate", *Ius Et Veritas* 31.

DERECHO DE LA COMPETENCIA EN BOLIVIA

Autor:

Marco Lazo de la Vega Durán



DERECHO DE LA COMPETENCIA EN BOLIVIA

Competition Law in Bolivia

Marco Lazo de la Vega Durán. ¹

SUMARIO:

- I. Antecedentes.
- II. Autoridades Reguladoras.
- III. Normas vigentes.
- IV. Reflexión final.

Resumen

Este artículo trata sobre la regulación del derecho de la competencia de acuerdo al marco jurídico existente en el Estado Plurinacional de Bolivia.

El análisis incluye una lectura tanto a nivel constitucional, legislativo y administrativo, con la debida mención de las leyes, decretos supremos y resoluciones que tratan sobre el tema.

El actual régimen sobre la competencia obedece a las exigencias regulatorias de dos procesos antagónicos: la privatización de empresas públicas y su posterior nacionalización. El efecto de aquellas visiones sobre política económica divide la normativa de este asunto en cuanto a su aplicación a los servicios públicos, las empresas comerciales privadas y las entidades financieras.

Palabras clave

Anticompetitivo/ defensa de la competencia/ SIRESE/ AEMP/ ASFI, capitalización, privatización, nacionalización, prácticas abusivas.

Abstract

This article addresses the regulation of competition law according to the existing legal framework in the Plurinational State of Bolivia.

The analysis includes a review at the constitutional, legislative, and administrative levels, with appropriate reference to the laws, supreme decrees, and resolutions that deal with the subject.

The current competition regime responds to the regulatory demands of two opposing processes: the privatization of public companies and their subsequent nationalization. The impact of these opposing views on economic policy divides the regulations on this matter in their application to public services, private commercial companies, and financial entities.

¹ Árbitro internacional y abogado corporativo. PhD, Doctor en Derecho. LLM, MPA Harvard University, American University. Socio fundador de LAZO DE LA VEGA – ABOGADOS S.C. (miembro de la Alianza Legal - ALL).

Keywords

Aanticompetitive/ competition defense/ SIRESE/ AEMP/ ASFI/ capitalization/ privatization/ nationalization/ abusive practices.

I. ANTECEDENTES

El Derecho de la competencia encuentra su principal impulso, durante la década de los noventa, a través del conjunto de leyes que promovieron la capitalización y posterior privatización de empresas públicas del Estado boliviano.

El propósito de tal iniciativa, reposa en la intención de atraer inversiones extranjeras mediante la implementación de una normativa de regulación de mercados, competitividad y competencia destinada al empresariado privado, nacional y extranjero.

Diez años después, el sistema regulatorio sufre un cambio radical en la economía del país, motivando una reversión estructural del proceso privatizador.

Las normas de la competencia tienen como finalidad principal proteger los intereses de la sociedad en general y en especial los del consumidor, con relación a la libertad de mercado y las actividades de los operadores económicos vinculadas con la afectación de la autonomía de elección, la deslealtad y otras.

Bolivia ha reforzado una legislación especial en materia de libre competencia y ha establecido instituciones reguladoras para controlar su cumplimiento, de manera similar a la normativa general de los Países Andinos, en cuanto a la prohibición de acuerdos y de abuso de una posición dominante en el mercado, incluyendo el control de fusiones y concentraciones.²

II. AUTORIDADES REGULADORAS

Mediante la Ley SIRESE No. 1600 del 28 de octubre de 1994 se dio origen al Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE) creado con la finalidad de regular, controlar y supervisar las operaciones en materia de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, transportes, aguas y las de otros sectores similares.

La citada ley contiene disposiciones específicas sobre políticas de competencia, acuerdos anticompetitivos, abuso de la posición dominante y las concentraciones económicas que han servido de base para ciertas complementaciones a través de otras disposiciones legales.

² En cuanto a la influencia normativa en materia de competencia, el Dr. Mario Ballivián C. explica lo siguiente: "En términos de aplicación de la ley, parecería que el sistema norteamericano es mucho más flexible que el europeo al momento de examinar los efectos de las prácticas anticompetitivas y al considerar los cambios de las condiciones del mercado. El sistema europeo, por su parte, sigue la tradición del Derecho Civil. El sistema se aplica por entes administrativos y tiende a ser más intervencionista, al mismo tiempo que reduce la discrecionalidad de las autoridades; aunque es menos adaptable, le brinda a las empresas mayor certeza de la legalidad de sus acciones.

En América Latina, considerando la importancia de la intervención estatal en la economía y la tradición del Derecho Civil, varias de las leyes de competencia se asemejan en la forma y sustancia al modelo europeo. No obstante, algunas disposiciones y métodos relacionados con las concentraciones económicas reflejan la influencia del sistema norteamericano."

Si bien bajo el espíritu original de la Ley SIRESE, las extintas Superintendencias Sectoriales eran las autoridades competentes para promover la competencia y la eficiencia de las empresas en los sectores regulados (investigar conductas monopólicas, anticompetitivas y discriminatorias en protección del interés público); en la actualidad, sus funciones han sido reemplazadas por nuevos entes reguladores denominados Autoridades de Fiscalización y Control Social.³

De esa manera, las autoridades administrativas tienen por objeto regular las actividades que se realicen en sus respectivos sectores para garantizar los intereses y derechos de los consumidores y usuarios. De conformidad a la estructura actual, los entes reguladores son los siguientes:

- a) Autoridad de Fiscalización de Empresas (AEMP).
- b) Agencia Nacional de Hidrocarburos (ANH).
- c) Autoridad de Fiscalización y Control Social de Telecomunicaciones y Transporte ("ATT").
- d) Autoridad de Fiscalización y Control Social de Agua Potable y Saneamiento Básico ("AAPS").
- e) Autoridad de Fiscalización y Control Social de Electricidad ("AE").

La mencionada modificación en el sistema regulatorio da como resultado, la secuela de cambios económicos estructurales que han vuelto a encomendar la administración de las empresas públicas a las instituciones del Estado.

De esa manera, la Autoridad de Fiscalización de Empresas detenta la función específica de regular, controlar y supervisar la competencia en las actividades económicas en Bolivia, así como investigar posibles conductas monopólicas y anticompetitivas cuando afecten el interés público.⁴

III. NORMAS VIGENTES

Conforme a la jerarquía normativa en Bolivia, y en apego a sus versiones anteriores sobre la materia, la Constitución prohíbe expresamente el monopolio o el oligopolio privado cuya finalidad sea obtener el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios.⁵

La Ley SIRESE, que obedece a una estructura reguladora anterior a la actual y que ha sido modificada en diferentes ocasiones, mantiene plenamente vigente lo determinado en su Título V al señalar que las empresas y demás entidades que realicen actividades en los sectores de electricidad, hidrocarburos, saneamiento básico, telecomunicaciones y transportes, deben adecuar sus actividades a principios que garanticen la libre competencia, evitando actos que la impidan o limiten.

³ Decreto Supremo No. 71 del 9 de abril de 2009.

⁴ Ley No. 685 del 11 de mayo de 2015.

Adicionalmente, el andamiaje jurídico sobre la participación activa del Estado se sustenta en la Constitución promulgada el 9 de febrero de 2009. Y los antecedentes normativos de la Autoridad de Fiscalización de Empresas se sustentan principalmente en la Ley No. 2427 del 28 de noviembre de 2002; Ley No. 2495 del 4 de agosto de 2003 (abrogado), Decreto Supremo No. 27203 del 7 de octubre de 2003; Ley No. 3076 del 20 junio de 2005; y Decreto Supremo No. 29519 del 16 de abril de 2008.

⁵ "Se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, así como cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que pretendan el control y la exclusividad en la producción y comercialización de bienes y servicios." Art. 314 de la Constitución.

De esa manera, las actuales entidades reguladoras (Autoridades de Fiscalización y Control Social), deben garantizar el cumplimiento de la normativa de defensa de la competencia en sus respectivos sectores.

La referida Ley identifica y prohíbe ciertas prácticas anticompetitivas que, bajo las modalidades de acuerdos anticompetitivos y prácticas abusivas, tengan la finalidad de impedir, restringir o distorsionar la competencia, por medio de actos tales como, la concertación de precios y el control o repartición ya sea de la producción, de los mercados o de las fuentes de aprovisionamiento:

ARTÍCULO 16º.- (ACUERDOS ANTICOMPETITIVOS).

Las empresas y entidades que realicen actividades en los sectores regulados por la presente ley, quedan prohibidas de participar en convenios, contratos decisiones y prácticas concertadas, cuyo propósito o efecto fuere impedir, restringir o distorsionar la libre competencia por medio de:

- a) La fijación conjunta, directa o indirecta de precios;*
- b) El establecimiento de limitaciones, repartición del control de la producción, los mercados, fuentes de aprovisionamiento o las inversiones; o*
- c) El desarrollo de otras prácticas anticompetitivas similares.*

ARTICULO 17º.- (PRACTICAS ABUSIVAS).

Queda prohibido a las empresas o entidades sujetas a regulación bajo la presente ley, realizar prácticas abusivas que tuvieran el propósito o efecto de perjudicar a sus competidores clientes y usuarios, conduciendo a situaciones anticompetitivas en la concurrencia a uno o más mercados.

Dichas prácticas abusivas podrán consistir en:

- a) La imposición directa o indirecta de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales no equitativas;*
- b) La limitación de la producción, de las fuentes de aprovisionamiento, de los mercados, o del desarrollo técnico, en perjuicio de los consumidores;*
- c) La aplicación de condiciones desiguales para operaciones equivalentes, que signifiquen para los clientes y usuarios una situación de desventaja;*
- d) Subordinar la suscripción de contratos a la aceptación por la contraparte de obligaciones adicionales que, por su naturaleza, o según las prácticas comerciales, no sean inherentes al objeto de dichos contratos.*
- e) Exigir que quien solicite la provisión de un servicio regulado, asuma la condición de socio o accionista.*

El referido Título V de la Ley SIRESE, además, prohíbe las fusiones entre empresas cuyo efecto sea controlar un mercado específico de forma contraria al espíritu de la normativa sobre competencia, al establecer, promover y consolidar una posición dominante.⁶

⁶ "Quedan prohibidas las fusiones de empresas y entidades competidoras sujetas a regulación bajo la presente ley, cuando las fusiones tengan como efecto establecer, promover y consolidar una posición dominante en algún mercado específico." Art. 18 de la Ley SIRESE.

Las previsiones contra la vulneración de la normativa establecida en la Ley SIRESE establecen que los transgresores serán sancionados de acuerdo a la norma vigente. Asimismo, la Ley sanciona con nulidad de pleno derecho todo convenio, contrato y acuerdo adoptado en infracción de las referidas disposiciones, restándole efecto legal alguno.

Cabe anotar que, en procura del interés público tales fusiones podrían ser aceptadas, siempre que no se elimine gravemente el grado mínimo de competencia, y en procura de mejoras en la operación de servicios o el avance tecnológico. De hecho, el Estado boliviano ha centralizado bajo su administración directa, gran parte de las operaciones en sectores de hidrocarburos y energía.

En forma complementaria a la normativa emergente de la Ley SIRESE, las funciones relacionadas a la competencia a cargo de la Autoridad de Supervisión de Empresas se encuentran fundadas en el Decreto Supremo No. 29519 de 16 de abril de 2008 (en adelante denominado "DS 29519"), que tiene por objeto regular la competencia y la defensa del consumidor frente a conductas lesivas que influyan negativamente en el mercado, provocando especulación en precios y cantidad.⁷

Para fines de aplicación práctica y funcional, el DS 29519 disgrega las conductas anticompetitivas absolutas y relativas, según el siguiente detalle:

A) Conductas anticompetitivas absolutas

Bajo un listado *numerus clausus* el Art. 10 del DS 29519 determina sanciones de orden administrativo, así como responsabilidad civil y penal, contra aquellos agentes económicos que incurran en conductas anticompetitivas absolutas, entendidas como aquellos actos, contratos, convenios, arreglos o combinaciones entre agentes económicos competidores entre sí, cuya finalidad sea cualquiera de las siguientes:

- a) Fijar, elevar, concertar o manipular el precio de venta o compra de bienes o servicios que son ofrecidos o demandados en los mercados, o intercambiar información con el mismo objeto o efecto.
- b) Establecer la obligación de no producir, procesar, distribuir, comercializar o adquirir sino solamente una cantidad restringida o limitada de bienes o la prestación o transacción de un número, volumen, frecuencia restringidos o limitados de servicios.
- c) Dividir, distribuir, asignar o imponer porciones o segmentos de un mercado actual o potencial de bienes y servicios, mediante clientela, proveedores, tiempos o espacios determinados o determinables.
- d) Establecer, concertar, coordinar posturas o la abstención en las licitaciones, concursos, subastas públicas.

Consecuentemente, para la configuración de la conducta anticompetitiva absoluta necesariamente tienen que existir dos elementos:

⁷ La Resolución Ministerial No. 190 del 29 de mayo de 2008 reglamenta el Decreto Supremo 29519 y establece un procedimiento para la regulación de la competencia.

- i) Existencia de algún pacto entre agentes económicos competidores entre sí y,
- ii) Existencia de alguna de las finalidades descritas en el Art. 10 del DS 29519.

Un aspecto relevante es que la normativa boliviana permite que un agente económico que incurra en una conducta anticompetitiva absoluta, pueda reconocer su falta ante la AEMP y acogerse al beneficio de la reducción de las sanciones, bajo la figura de delación compensada, bajo condición de cumplir estos requisitos:

- i) Ser el primero entre los agentes económicos involucrados en informar a la AEMP y,
- ii) Cooperar con la AEMP en la sustanciación de la investigación respectiva.

Este mecanismo resulta atractivo como inductor para incentivar el cabal cumplimiento de la normativa en materia de defensa de la competencia, ya que el agente económico es el más indicado operativamente para revelar este tipo de prácticas y sopesar la ventaja de una reducción de penalidades contra la posibilidad de ser detectado por la autoridad.

B) Conductas anticompetitivas relativas

Bajo un segundo listado *numerus clausus*, el Art. 11 del DS 29519 determina las conductas anticompetitivas relativas y que las mismas podrán o no ser sancionadas, conforme el análisis de la AEMP sobre las ganancias en eficiencia derivadas de la conducta que acrediten los agentes económicos y que incidan favorablemente en el proceso de competencia, como ser la introducción de productos nuevos, el aprovechamiento de saldos, productos defectuosos o perecederos, entre otros.

Las conductas anticompetitivas relativas son aquellos actos, contratos, convenios, procedimientos o combinaciones cuyo objeto o efecto sea o pueda ser, desplazar indebidamente a otros agentes del mercado; impedirles sustancialmente su acceso, establecer ventajas exclusivas en favor de una o varias personas, en los siguientes casos:

1. Entre agentes económicos que no sean competidores entre sí, la fijación, imposición o establecimiento de la comercialización o distribución exclusiva de bienes o servicios, por razón de sujeto, situación geográfica o por períodos determinados, incluidas la división, distribución o asignación de clientes o proveedores; así como la imposición de la obligación de no fabricar, distribuir bienes, prestar servicios por un tiempo determinado o determinable.
2. La imposición del precio y demás condiciones que un distribuidor o proveedor deba observar al comercializar, distribuir bienes o prestar servicios normalmente distinto o distinguible, o sobre bases de reciprocidad.
3. La venta, compra o transacción sujeta a la condición de no usar, adquirir, vender, comercializar, proporcionar los bienes y/o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero.
4. La acción unilateral consistente en rehusarse a vender, comercializar o proporcionar a personas determinadas, bienes y/o servicios disponibles y normalmente ofrecidos a terceros.
5. La concertación entre varios agentes económicos o la invitación a éstos, para ejercer presión contra algún agente económico o para rehusarse a vender,

comercializar o adquirir bienes o servicios a dicho agente económico, con el propósito de disuadirlo de una determinada conducta, aplicar represalias u obligarlo a actuar en un sentido determinado.

6. La venta sistemática de bienes y/o servicios a precios por debajo de su costo medio total o su venta ocasional por debajo del costo medio variable, cuando existan elementos para presumir que estas pérdidas serán recuperadas mediante incrementos futuros de precios.
7. Cuando se trate de bienes y/o servicios producidos conjuntamente o divisibles para su comercialización, el costo medio total y el costo medio variable se distribuirán entre todos los subproductos o co-productos.
8. El otorgamiento de descuentos o incentivos por parte de productores, proveedores a los compradores con el requisito de no usar, adquirir, vender, comercializar, proporcionar los bienes y/o servicios producidos, procesados, distribuidos o comercializados por un tercero, la compra, transacción sujeta al requisito de no vender, comercializar, proporcionar a un tercero los bienes y/o servicios objeto de la venta o transacción.
9. El uso de las ganancias que un agente económico obtenga de la venta, comercialización o prestación de un bien o servicio para financiar las pérdidas con motivo de la venta, comercialización o prestación de otro bien y/o servicio.
10. El establecimiento de distintos precios, condiciones de venta o compra para diferentes compradores y/o vendedores situados en igualdad de condiciones.
11. La acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

Para que las conductas anticompetitivas relativas se configuren como tales, deben cumplir los mismos requisitos que los señalados para las absolutas. La diferencia radica en que las relativas pueden ser cometidas inclusive por un agente económico sin la participación de otro.

Finalmente, de manera relativamente reciente el Estado boliviano ha emitido regulación específica para controlar actividades contra la libre competencia en las actividades financieras:

Artículo 6°. - (Infracciones a la libre competencia) Se consideran infracciones específicas a la libre competencia, el llevar a cabo actos por parte de entidades financieras que tengan por finalidad generar cualquier práctica monopólica u oligopólica y/o anticompetitiva, en la búsqueda de mantener una posición dominante, o cualquier acuerdo que pretenda el control y la exclusividad en la prestación de servicios financieros o servicios financieros complementarios.⁸

⁸ Decreto Supremo No. 4755 del 13 de julio de 2022, Anexo Reglamento del Régimen de Sanciones Administrativas de la Ley No. 393 de Servicios Financieros.

En el caso de transgresiones a la libre competencia financiera, la Autoridad de Regulación del Sistema Financiero (ASFI) es la competente para imponer sanciones en función a los criterios de gravedad conforme a la Ley de Servicios Financieros y sus reglamentos.

IV. REFLEXIÓN FINAL

En consonancia con la tendencia mundial, Bolivia cuenta con normas generales a nivel constitucional, legislativo y administrativo que regulan y controlan el desarrollo del mercado interno para evitar acciones anticompetitivas, de conformidad con su realidad económica y política.

La normativa boliviana con relación a la competencia se ha desarrollado en diferentes áreas durante las últimas tres décadas, respondiendo a las exigencias regulatorias de dos procesos antagónicos: la privatización de empresas públicas y su posterior retorno a manos del Estado.

En este contexto, la aplicación del Derecho de la Competencia se divide en regímenes diferentes entre los servicios públicos, las empresas comerciales privadas y las entidades financieras.

Consecuentemente, las competencias para velar por la ejecución de las previsiones antimonopólicas y de defensa de la competencia son ejercidas por diversas autoridades, incluyendo las Autoridades de Fiscalización y Control Social, la Autoridad de Fiscalización de Empresas (AEMP) y la Autoridad de Supervisión del Sistema Financiero (ASFI).

BIBLIOGRAFÍA

- Ballivián, Mario (2003), *La Importancia de los Nuevos Entes Reguladores de los Servicios Públicos en Bolivia*, Editorial El País, Santa Cruz de la Sierra.
- Código de Comercio de Bolivia.
- Constitución boliviana, promulgada el 9 de febrero de 2009.
- Ley No. 685 de 11 de mayo de 2015.
- Ley No. 393 de 21 de agosto de 2013 (Ley de Servicios Financieros).
- Ley No. 3076 de 20 junio de 2005.
- Ley No. 2495 de 4 de agosto de 2003 (abrogado).
- Ley No. 2427 de 28 de noviembre de 2002.
- Decreto Supremo No. 4755 de 13 de julio de 2022
- Decreto Supremo No. 71 de 9 de abril de 2009.
- Decreto Supremo No. 29519 de 16 de abril de 2008.
- Decreto Supremo No. 27203 de 7 de octubre de 2003.
- Mostajo Barrios, Jorge (2012), *Prácticas Anticompetitivas y Derecho de la Competencia en Bolivia*. Latinoamericanos de la Competencia de la Unión Europea, edición 32.
- Régimen del Derecho de la Competencia en Bolivia.
- <https://es.scribd.com/document/669960837/Regimen-Del-Derecho-de-La-Competencia-en-Bolivia#:~:text=Este%20documento%20analiza%20el%20r%C3%A9gimen%20del%20Derecho%20de%20la>
- Resolución Ministerial No. 190 de 29 de mayo de 2008.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA: ACTUALIDAD Y CAMBIOS ESPERADOS

Autores:

Andrés Felipe Merchán De la Hoz
Mariana Rojas Forero



EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA: ACTUALIDAD Y CAMBIOS ESPERADOS

Competition law in Colombia: Current structure and expected changes in the system

Andrés Felipe Merchán De la Hoz¹
Mariana Rojas Forero²

SUMARIO:

- I. Introducción al derecho de la competencia colombiano y propósito del estudio.
- II. El desarrollo normativo del Derecho de la Competencia en Colombia y estado actual de la materia.
- III. Calidad regulatoria – estado de la materia.
- IV. Cambios por venir en la regulación.
- V. La reciente actividad de la SIC.

Resumen

Por medio del presente escrito, se realizará una labor descriptiva de la historia de la regulación en materia de protección de la libre competencia en Colombia, seguido de una descripción del estado actual de la misma, para después precisar los principales aspectos que han sido discutidos por la doctrina así como los cambios que se esperan en la normatividad vigente. Finalmente se expondrán los logros recientes de la autoridad única en materia de protección de la libre competencia de conformidad con las cifras expuestas por la misma entidad. A lo largo del escrito descriptivo, igualmente se otorgarán nuestras opiniones frente algunos aspectos de la regulación en cuanto a cómo consideramos deben ser reformados y el alcance de los mismos.

Palabras Clave

Derecho de la Competencia en Colombia/ Ley 1340 de 2009/ Superintendencia de Industria y Comercio/ reformas al régimen de libre competencia colombiano.

Abstract

Through this document, a descriptive analysis will be conducted on the history of regulation concerning the protection of free competition in Colombia, followed by an overview of its current state. Subsequently, it will outline the main aspects debated in doctrine and the anticipated changes in current regulations. Finally, recent achievements of the sole authority

¹ Abogado graduado de la Universidad de los Andes de Bogotá D.C, Colombia y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad del Rosario de Bogotá D.C., y en Derecho de la Competencia en el Instituto de Estudios Bursátiles de Madrid, España. Correo de contacto: amerchan@brickabogados.com

² Abogada graduada de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Colombia. Correo de contacto: mrojas@brickabogados.com

in charge of safeguarding free competition will be presented, in line with the figures provided by the entity itself. Throughout this descriptive piece, our opinions will also be given on various regulatory aspects, discussing how we believe reforms should be implemented and their scope.

Key Words

Competition Law in Colombia/ Law 1340 of 2009/ Superintendence of Industry and Commerce/ amendments to the Colombian free competition regime.

I. INTRODUCCIÓN AL DERECHO DE LA COMPETENCIA COLOMBIANO Y PROPÓSITO DEL ESTUDIO

1.1. El derecho a la libre competencia, política y régimen de protección

En Colombia, el derecho a la libre competencia económica se consagra en el artículo 333 de la Constitución Política de 1991, el cuerpo normativo de mayor jerarquía e importancia en el país. En concreto, dice el artículo en cuestión que:

(...) La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones.
(...)

Ordenando a reglón seguido que "(...) El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación".³

Partiendo del derecho a la libre competencia como principio, y siguiendo la directriz constitucional precitada, el Gobierno Colombiano procedió con la creación de la "Política de Competencia" (en adelante, la "Política"), que se compone de aquellas directrices y acciones planificadas de política pública cuyo fin es orientar el orden económico siguiendo las ordenanzas constitucionales.

El fruto del desarrollo de esta Política es el conjunto de principios y normas que en Colombia se conocen conjuntamente como el "Régimen de Protección de la Libre Competencia" (en adelante, el "Régimen"), contenido principalmente en la Ley 155 de 1959, la Ley 256 de 1996, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, cuyo objeto general es proteger el "interés general del mercado", interés que se compone del bienestar de los consumidores, la libre participación de las empresas en el mercado y, en general, la eficiencia económica. Lo anterior es logrado por el Régimen a través de dos ámbitos, el preventivo y el correctivo o sancionatorio.

1.2. El ámbito preventivo y correctivo, vigilancia del mercado

El ámbito preventivo se materializa a través de: (i) el control de integraciones empresariales que puedan tener efectos sobre la competencia en los diferentes mercados nacionales; y

³ Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia.

(ii) Las labores de “abogacía de la competencia”, esto es, aquellas relacionadas con la promoción de la cultura de la competencia, en particular en contexto de la regulación expedida por la administración.

Por otra parte, el ámbito correctivo se concreta en las labores de investigación y sanción de aquellas prácticas que distorsionan, restringen o limitan indebidamente la libre competencia en los mercados, siendo las principales los acuerdos restrictivos de la competencia, el abuso de posición dominante, los actos unilaterales con impactos sobre los pilares del libre mercado, la inatención al régimen de control de integraciones empresariales, y los casos de competencia desleal que afecten o tengan la capacidad de afectar el interés general del mercado.

La Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante, la “SIC”) es la entidad encargada de adelantar las acciones preventivas y correctivas, así como de vigilar el cumplimiento del Régimen de acuerdo con lo previsto en el Decreto 4886 de 2011, que le otorgó la condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia y la facultad de conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la libre competencia en todos los mercados nacionales. Las decisiones adoptadas por la SIC en materia de competencia pueden ser objeto de recurso ante la misma entidad y agotado el trámite anterior pueden ser sometidas a revisión judicial ante el Consejo de Estado, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo en Colombia.

1.3. Pasado, presente y futuro del Régimen

Ahora bien, debe saberse que: la Política y el Régimen no estuvieron siempre contruidos sobre los pilares en los que hoy se erigen; la SIC no fue siempre la única autoridad en materia de competencia, su reciente gestión no ha estado libre de controversias y no ha perseguido siempre los mismos objetivos, sumado a lo anterior, tanto la Política como el Régimen permanecen en constante cambio y se espera que en un futuro próximo la SIC (y el Régimen mismo) sean modificados de manera significativa y estructural.

En vista de lo expuesto, el presente escrito pretende mostrar una mirada descriptiva de la realidad legislativa en materia de competencia en Colombia y otorgar una mirada a lo que podría ser el futuro del derecho de la competencia colombiano teniendo en cuenta su pasado y presente, para lo cual se realizará: (i) un breve recuento de la historia, origen y desarrollo normativo del régimen de la protección de la competencia colombiano, (ii) un análisis sobre la calidad regulatoria en conjunto con el estado de la materia y los cambios normativos por venir para atender los vacíos e incongruencias legales existentes, (iii) una exposición sobre la actividad de la SIC en los últimos años con el propósito de exponer el nivel de fiscalización de la entidad, y (iv) un resumen sobre las principales labores adelantadas por la entidad en materia de promoción de la competencia, así como una presentación sobre los planes de la entidad para un futuro inmediato.

II. EL DESARROLLO NORMATIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN COLOMBIA Y ESTADO ACTUAL DE LA MATERIA

En nuestra opinión, la historia del Derecho de la Competencia colombiano puede ser dividido en tres eras o etapas, las que procedemos a explicar muy brevemente, con el propósito de resaltar lo que consideramos tuvo mayor incidencia en la construcción del actual Régimen.

2.1 La primera etapa, el incipiente derecho de la competencia colombiano

Su génesis es la expedición de la Ley 155 de 1959 y su extinción llega con la expedición de la Ley 1340 de 2009. Fue el nacimiento del derecho de la competencia colombiano, una era cuyas principales características eran la fragmentación normativa, la regulación sectorial, la falta de instrumentos efectivos en cabeza de las autoridades de control y una escasa conciencia de competencia por parte de los diversos agentes de mercado. Lo anterior se materializaba en: (i) la existencia de múltiples normas dispersas que propendían más por la creación de sanciones y regulaciones sectoriales, que en crear unas reglas de participación en el mercado claras, (ii) la inexistencia de una ley de competencia integral que proporcionara un marco claro y detallado para la aplicación de las sanciones, derivadas de la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, así como la ausencia de disposiciones claras y efectivas que permitieran a las autoridades encargadas de vigilar el régimen (en aquel entonces no sólo la SIC) para imponer sanciones con verdadero poder persuasivo, y (iii) una baja conciencia por parte del empresariado y la sociedad en general respecto de la importancia de la competencia como motor de eficiencia económica y del bienestar de los consumidores, lo que se traducía en una aplicación laxa o inconsistente del régimen de protección de la competencia.

Dicho lo anterior, durante esta etapa fueron promulgadas la Ley 155 de 1959 y el Decreto Ley 2153 de 1992, normas de suma importancia en el régimen actual, no sólo porque conservan su vigencia, sino también porque, a partir de ellas, se crea la "Prohibición General", a la vez que se regulan y prohíben los "acuerdos restrictivos de la competencia", "abusos de posición dominante" y "actos de competencia desleal".

2.2 La segunda etapa, fase de consolidación y fortalecimiento

El inicio de la segunda etapa, en la que se encuentra el Derecho de la Competencia colombiano, se marca con la expedición de la Ley 1340 de 2009; durante esta fase se estableció un marco normativo integral y moderno que unificó las normativas dispersas en materia de protección de la libre competencia, se establecieron criterios más claros para la prohibición y sanción de prácticas anticompetitivas, adicionalmente se erigieron como pilares fundamentales la adopción de medidas de control ex-ante (el ámbito preventivo) y un deber de promoción activa en cabeza de la SIC de promover la política de competencia. Así, las normas expedidas durante este periodo han dado lugar a:

(i) Establecer a la SIC como la única entidad encargada de vigilar el Régimen, para lo cual fue dotada con mayores competencias, poderes sancionatorios y recursos; (ii) la creación del régimen de integraciones empresariales, otorgándose a la SIC la función de evaluar y eventualmente autorizar la procedencia de cualquier operación de fusión, consolidación, y/o adquisición de control de una empresa respecto de otra, cuando dicha operación de integración empresarial pudiera afectar la libre competencia; (iii) la creación y perfeccionamiento del régimen de delación o clemencia con la expedición del Decreto 1523 del 2015 (posteriormente modificado mediante el Decreto 253 de 2022); sistema por medio del cual se permitió otorgar beneficios a personas naturales o jurídicas que han participado de conductas que vulneran el régimen de la libre competencia bajo el cumplimiento de ciertos supuestos y requisitos; (iv) un aumento relevante de la capacidad sancionatoria de la SIC; y (v) la creación de la función de abogacía de la competencia en cabeza de la SIC, otorgando a la entidad la posibilidad de rendir concepto previo, a solicitud o de oficio, sobre los proyectos de regulación estatal que puedan tener incidencia sobre la libre competencia en los mercados.

2.3 La tercera etapa, el futuro del derecho de la competencia colombiano

La tercera etapa es el futuro del derecho de la competencia en el país, el que puede avizorarse a través de las normas recientemente expedidas en materia de competencia, así como en los proyectos legislativos y de regulación sobre el tema. Esta fase se caracteriza por el perfeccionamiento de los avances logrados con la Ley 1340 de 2009 y en particular por: (i) Un interés creciente por parte de la autoridad en la adaptación a nuevas tecnologías y en la vigilancia y control de los mercados digitales; (ii) el desarrollo de teorías modernas sobre la forma en que deben definirse los mercados relacionados con plataformas digitales y comercio electrónico; (iii) el reforzamiento de las capacidades investigativas y sancionatorias de la SIC mediante la implementación de herramientas tecnológicas; y (iv) un incremento en el fortalecimiento de la interacción entre la SIC y sus pares internacionales, así como en la educación y promoción de la política de competencia.

Desde el punto de vista normativo, el primer paso para lograr todo lo anterior es la expedición del Decreto 092 del 24 de enero de 2022, que dio lugar a la modificación de la estructura de la SIC para focalizar los esfuerzos de la entidad en la vigilancia del cumplimiento normativo y la culturización de los diversos agentes del mercado respecto del Régimen de Protección de la Competencia.

III. CALIDAD REGULATORIA – ESTADO DE LA MATERIA

3.1 Lógica de aplicación de las normas de libre competencia en Colombia

Continuando con el orden propuesto, ahondaremos seguidamente en el Régimen, para lo cual debemos comenzar por explicar que, como la mayoría de los países de la región, el ordenamiento jurídico colombiano posee la arquitectura típica de un sistema de derecho civil -“civil law”- con una fuerte influencia en el derecho romano y una larga tradición codificadora. Naturalmente, la principal consecuencia de lo anterior es la predominancia de la legislación codificada como fuente principal del derecho, siendo las sentencias de los jueces y especialmente las opiniones de las autoridades, fuentes auxiliares del derecho, lo que debería proporcionar un marco claro y predecible para la resolución de conflictos y la aplicación del derecho⁴.

Sin embargo, en la práctica, el sistema opera bajo lógicas propias del common law, pues las decisiones judiciales y en particular las resoluciones de la SIC (en ocasiones más que las normas), tienen un papel significativo en la resolución de casos concretos. Así, en Colombia jueces, doctrina y operadores jurídicos suelen actuar conforme interpretaciones que la entidad expone de la normativa a través de sus pronunciamientos, más que conforme al sentido literal de la Ley.

En nuestra opinión, lo anterior es consecuencia, entre otras, de que: (i) Las normas colombianas son generales en su redacción, replicando así las normas en materia de competencia norteamericanas que tienen como propósito la adaptabilidad del sistema a los cambios en las estructuras y prácticas del mercado sin revisiones legislativas constantes; (ii) la SIC ha adoptado y adaptado, a la hora de interpretar la normatividad local, conceptos y prácticas del derecho de la competencia de países con sistemas de common law, como Estados Unidos y el Reino Unido, especialmente en la regulación de

⁴ Noguera, 2015, Introducción General al Derecho.

concentraciones empresariales; (iii) de manera expresa y como una particular excepción al sistema de fuentes de derecho nacional, el artículo 24 de la Ley 1340 de 2009 establece que la SIC “deberá compilar y actualizar periódicamente las decisiones ejecutoriadas que se adopten en las actuaciones de protección de la competencia. Tres decisiones ejecutoriadas uniformes frente al mismo asunto constituyen doctrina probable”, debiéndose entender el concepto de “doctrina probable” de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la Ley 153 de 1887, que advierte que la doctrina probable podrá aplicarse en casos análogos, lo cual no obsta para que pueda variarse la doctrina en caso de que el juzgador considere erróneas las decisiones anteriores, lo que implicará un deber de argumentación incrementado.

Pese a las ventajas asociadas al diseño del ordenamiento existente (de civil law con fuertes influencias de common law), lo cierto es que en Colombia es objeto de constante debate la conveniencia de una arquitectura normativa como la actual y de los mecanismos de aplicación de la norma teniendo en cuenta el modelo eminentemente inquisitivo de nuestro sistema, en donde la SIC tiene tanto las funciones de investigación como las sancionatorias. Naturalmente, es esperable que la posibilidad de investigar que tiene la SIC, acompañada de las amplias facultades sancionatorias y su poder de crear la doctrina probable, sean percibidas por los operadores jurídicos como fuertes erosionadores del manto de seguridad jurídica que debería cobijar los procedimientos en materia de competencia, lo cual se refuerza en el hecho de que el control jurisdiccional que realizan los jueces de la República respecto de las decisiones de la SIC es bajo y que en muy pocas ocasiones las posiciones de la entidad son cuestionadas por parte de los jueces.

Con lo expuesto queremos resaltar que cada una de las normas que componen el Régimen debe ser estudiada teniendo en cuenta su significado literal, pero además, los antecedentes de la SIC, lo que realizamos a continuación.

3.2 El catálogo de conductas prohibidas

3.2.1 La prohibición general

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que contiene la “Prohibición General” advierte que:

Se prohíben de manera general los actos que de manera genérica limitan la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

La aplicación de la anterior norma es tal vez uno de los temas que más debates genera a nivel doctrinal y ante la SIC. Para un sector importante de la doctrina, la norma permite a la SIC sancionar conductas que no se encuentran tipificadas. De cara a estos cuestionamientos, la entidad manifestó mediante Resolución 47965 del 2014 que, la finalidad de la prohibición general “no es otra que acoger todas aquellas conductas o prácticas que no están tipificadas de forma expresa en el régimen general de protección de la libre competencia, pero que, por su naturaleza, características, el contexto en que se realizan y otras particularidades, tienden a limitar o ciertamente afectan la libre

competencia"⁵, lo que a todas luces parece corroborar las críticas de la doctrina que considera a la norma y la forma en que se ha aplicado como un "comodín"/pretexto para la imposición de sanciones.

Adicionalmente, de acuerdo con la SIC "cuando una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992" (Resolución 16562 de 2015 de la SIC), estando claro para la entidad que, una conducta puede sancionarse bajo normas particulares que sancionan acuerdos, abusos de posición dominante o actos restrictivos a la vez que bajo la prohibición general. Lo que, en nuestra opinión, contribuye a proteger la libre competencia permitiendo que, conductas no tipificadas pero que afecten la libre competencia, puedan ser analizadas y sancionadas.

No obstante lo anterior, también debe resaltarse que, la norma ha encontrado validación constitucional por parte del máximo tribunal en Colombia, quien por medio de la Sentencia C-032 de 2017 declaró que la prohibición general no vulnera el principio de tipicidad, por las siguientes razones: (i) no es una disposición aislada, la misma debe interpretarse integralmente con el Régimen; su contenido se complementa y debe ser interpretado con base en el sistema al que pertenece; (ii) el término de "prácticas restrictivas" no es carente de definición pues el mismo se encuentra definido en el Decreto 2153 de 1992; y (iii) en concepto del alto tribunal, en el marco de un proceso administrativo sancionatorio, la tipicidad no debe ser tan estricta como lo es en el proceso penal.

Por último, la Corte destacó (en el mencionado procedimiento) que, en todo caso, la manera de mitigar la posible arbitrariedad de la SIC ante la aplicación de la prohibición general, es por medio de los mecanismos de control con los que cuentan los administrados para controvertir las decisiones de la entidad⁶.

3.2.2 Los acuerdos restrictivos

De acuerdo con el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992: "(...) se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: 1. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la fijación directa o indirecta de precios. 2. Los que tengan por objeto o tengan como efecto determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. 3. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores. 4. Los que tengan por objeto o tengan como efecto la asignación de cuotas de producción o de suministro. (...)". De lo anterior debe resaltarse que:

- (i) La anterior es una lista de conductas enunciativa mas no taxativa de acuerdos restrictivos de la libre competencia. En este sentido, todo acuerdo que tenga por objeto o como efecto restringir la libre competencia será considerado ilícito y sancionable.
- (ii) Un "acuerdo" es, bajo el Decreto 2153 de 1992, todo "contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos o más empresas", lo anterior es de suma relevancia, pues un simple comportamiento

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, 2014.

⁶ De la Calle, 2025, pp.305-307.

uniforme que, mediante indicios pueda comprobarse que se realice con un mínimo grado de conciencia o de coordinación entre dos agentes del mercado, dará lugar a que bajo la normativa de competencia pueda considerarse un “acuerdo”.

- (iii) Para efectos de aplicación de la norma podrá entenderse “empresa” como “agente de mercado”⁷. Sin embargo, debe advertirse que, en escenarios de contratación pública, empresas pertenecientes a un mismo grupo empresarial o bajo una misma unidad de control sí pueden llegar a ser parte de un acuerdo restrictivo de la competencia en tanto no revelen a la entidad contratante que actúan como un mismo agente de mercado⁸.
- (iv) Si bien la norma no realiza una diferenciación entre acuerdo horizontales y verticales, es doctrina probable de la SIC que los acuerdos horizontales (en los que intervienen empresas competidoras) se presumen iure et de iure restrictivos de la competencia⁹. Por otra parte, los acuerdos verticales (en los que intervienen empresas que sin ser competidoras hacen parte de una misma cadena de valor) se presumen iuris tantum restrictivos de la competencia, por lo que el investigado podrá probar que la conducta no está llamada a ser tenida por ilícita si los efectos pro-competitivos son superiores a los efectos restrictivos de la competencia¹⁰.
- (v) La SIC ha reconocido en sus Cartillas sobre la Aplicación de las Normas de Competencia a los Acuerdos de Colaboración entre Competidores¹¹ que, los siguientes acuerdos pueden representar efectos positivos o neutros en el mercado: (i) acuerdos de investigación y desarrollo; (ii) acuerdos de producción; (iii) acuerdos de compra; (iv) acuerdos de estandarización; o (v) acuerdos de comercialización, en los que existe cooperación entre competidores para la venta, distribución y/o promoción de productos, razón por la que pueden ser considerados lícitos.

3.2.3 Actos anticompetitivos

Dicta el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992 que: “(...) se consideran contrarios a la libre competencia los siguientes actos: 1. Infringir las normas sobre publicidad contenidas en el estatuto de protección al consumidor. 2. Influenciar a una empresa para que incremente los precios de sus productos o servicios o para que desista de su intención de rebajar los precios. 3. Negarse a vender o prestar servicios a una empresa o discriminar en contra de la misma cuando ello pueda entenderse como una retaliación a su política de precios”.

En relación con esta particular norma nos permitimos citar a Carlos Uribe y Gustavo Valbuena cuando en el Capítulo VII del Libro “Derecho de la Competencia” de la “Asociación Colombiana del Derecho de la Competencia” manifiestan que: “El artículo 48 del Decreto 2153 puede enmarcarse en una visión del derecho de la competencia que previene el engaño o la manipulación de competidores, que no necesariamente genera efectos sobre las dinámicas de competencia o sobre el bienestar del consumidor, pudiendo consolidar intervenciones que protegen las empresas de comportamientos que se acercan más a la deslealtad o a las buenas costumbres mercantiles, que a un daño real o potencial

⁷ De la Calle, 2015, p.224.

⁸ Resolución 54338 de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹ Resolución 6839 del 9 de febrero de 2010 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁰ Resolución 16562 del 14 de abril de 2015 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

¹¹ Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de colaboración entre competidores, Superintendencia de Industria y Comercio.

del mercado¹²". Cita que hacemos por coincidir con la posición de los autores que parecen encontrar la sanción de estas conductas de manera más lógica en disposiciones ya existentes en Colombia, tales como el estatuto del consumidor y la ley de competencia desleal.

3.2.4 El abuso de posición dominante

Dicta el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 que: "Cuando exista posición dominante, constituyen abuso de la misma las siguientes conductas: 1. La disminución de precios por debajo de los costos cuando tengan por objeto eliminar uno o varios competidores o prevenir la entrada o expansión de éstos. 2. La aplicación de condiciones discriminatorias para operaciones equivalentes, que coloquen a un consumidor o proveedor en situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor de condiciones análogas. (...)". De lo anterior debemos resaltar: (i) No se sanciona la posición dominante, se sanciona el abuso de la misma. (ii) Se considera "posición dominante" la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado. Lo que la SIC ha interpretado como la capacidad real o no de reaccionar que tienen los sujetos del supuesto abuso contra los actos restrictivos¹³. Y (iii) La anterior lista es enunciativa mas no taxativa.

3.2.5 Régimen de integraciones empresariales

Según el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, toda operación de integración (fusión, consolidación, adquisición de control o semejante) entre dos o más empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen de la misma cadena de valor (el criterio subjetivo) y que en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada, ingresos o activos totales superiores al monto que fije la SIC cada año, que para el 2024 es COP\$77.235.782.454 -USD\$19.400.000- (el criterio objetivo) si cumplen el criterio objetivo y subjetivo y las empresas tienen una participación conjunta en el mercado relevante inferior al 20%, la operación deberá ser notificada y se entenderá autorizada; por otra parte, si la participación es superior al 20%, la operación deberá ser sometida a autorización previa, en cuyo caso la misma autoridad tendrá la posibilidad de condicionar o negar el perfeccionamiento de la transacción.

Sobre lo anterior, se debe precisar que el concepto de "control" o "adquisición de control" tiene una definición particular definida en el Decreto 2153 de 1992 como la situación en la "(...)que una empresa o interviniente tenga la posibilidad de influenciar directa o indirectamente en la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa". En desarrollo de lo anterior, la SIC incluyó en su Guía de Integraciones Empresariales del 2018 la noción de "control negativo" (concepto ya abordado por la entidad en la Resolución 5545 de 2024), entendida esta como la facultad de vetar las decisiones estratégicas que afecten materialmente el desempeño competitivo de las empresas". Por lo tanto, debe advertirse que el concepto de "control" abarca también el "control negativo".

El control de integraciones empresariales es muestra clara de la intervención del estado colombiano en la economía, que, si bien en nuestra opinión no busca coartar la libertad

¹² Uribe y Valbuena, 2022.

¹³ Informe Motivado con número de radicado 13-54936 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

económica, sí evidencia que la Política y el Régimen privilegian las medidas que previenen la consolidación de monopolios y posiciones dominantes, así como la maximización de los beneficios del consumidor por sobre la eficiencia económica¹⁴.

3.3 Régimen sancionatorio

3.3.1 Sanciones generales

En Colombia, por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, las personas jurídicas podrían estar sujetas a multas por un valor de 100.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (aproximadamente USD 30.048.030 para 2024) o el 150% de las utilidades generadas con la conducta anticompetitiva, mientras que, por otro lado, las personas naturales podrían ser sujeto de sanciones por hasta 2.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes (aproximadamente USD 600.946 para 2024). El término de la facultad sancionatoria de la SIC es de 5 años contados desde el momento en que se comete el último acto que supone una restricción de la competencia.

El régimen anterior, pretendió ser reformado por la Ley 2195 de 2022, la que modificaba los montos de las multas que pueden ser impuestas a personas jurídicas, sus criterios de imposición, graduación y agravantes, así como las sanciones imponibles a personas naturales bajo ciertos supuestos. Sin embargo, mediante Sentencia C-080 de 2023, la Corte Constitucional determinó que dichas modificaciones al Régimen eran inconstitucionales por unidad de materia (los artículos de la Ley 2195 de 2022 que modifican el Régimen no guardan relación alguna con el resto de la Ley).

En adición a las sanciones previamente descritas, el Régimen contempla: (i) la penalización de acuerdos colusorios en procesos de licitación pública¹⁵ y, (ii) la potestad de la SIC de revertir una operación de integración empresarial.

3.3.2 Criminalización de conductas

La colusión, se define en el Decreto 2153 de 1992, como un acuerdo contrario a la libre competencia; de manera expresa la regulación prohíbe aquellos acuerdos que tengan como objeto o por efecto alterar o perjudicar la libre competencia en el marco de procesos de contratación con el Estado; en este punto la SIC ha resaltado que la gravedad de esta conducta reside en que es considerada como una de las mayores infracciones a la libre competencia al no solo vulnerar un derecho colectivo constitucional sino también los bienes y recursos públicos¹⁶.

Es por esto, que en Colombia la conducta de colusión, además de ser una práctica contraria a la libre competencia, se encuentra tipificada como un delito en contra de la administración pública, la fe pública, la seguridad pública y el orden económico y social. En este sentido, el artículo 410^a dispone que:

“El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual,

¹⁴ De la Calle, 2022, pp 784–789.

¹⁵ Se debe anotar que, en el régimen de libre competencia en Colombia solo se encuentra tipificada como delito la licitación pública, es decir, en procesos de contratación con el Estado.

¹⁶ Resolución 52770 del 8 de octubre de 2019 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años (...)."

Esta norma, ha sido objeto de críticas puntualmente por no ser clara en cuanto a las etapas del proceso de licitación en las cuales es posible imputar este delito y sobre todo por cuanto, no se incluyen de igual manera las licitaciones privadas.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que, si bien la Corte Constitucional ha dejado claro que el principio de non bis in ídem no puede operar entre el sistema administrativo y el penal¹⁷, es decir, que la terminación de la acción administrativa no extingue la acción penal, lo cierto es que esto ha sido objeto de críticas por cuanto existe doctrinantes que sostienen que "el derecho administrativo sancionatorio no es otra cosa que derecho penal a una velocidad más baja, por lo que la existencia de una investigación en materia administrativa debería excluir, inmediatamente, vía non bis in ídem, la eventual investigación penal".¹⁸

3.3.3 Reversión de operaciones de integración

Finalmente, en lo que respecta a facultades sancionatorias de la SIC, debe advertirse que el artículo 11 de la Ley 1340 de 2009, determina que la SIC podrá "reversar" una operación de integración: (i) cuando la operación de integración empresarial no fue informada o se realizó antes de cumplido el término que tenía la SIC para pronunciarse, (ii) si se determina que la operación así realizada comportaba una indebida restricción a la libre competencia, o (iii) cuando la operación había sido objetada o cuando se incumplan las condiciones bajo las cuales se autorizó.

3.4 Programa de beneficios por colaboración

Por medio de la Ley 1340 de 2009, modificada por la Ley 195 de 2022, se introdujo la figura de beneficios por colaboración con la autoridad, otorgando la posibilidad para los infractores del Régimen de colaborar con la SIC en su investigación y obtener así una rebaja de su condena e inclusive, en el caso del primer delator de un acuerdo restrictivo de la competencia, hasta la exención de la totalidad de la condena, al menos en sede administrativa.

El artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, regula genéricamente los programas informando que la SIC: "(...) podrá conceder beneficios a las personas naturales o jurídicas que hubieren participado en una conducta que viole las normas de protección a la competencia, en caso de que informe a la autoridad de competencia acerca de la existencia de dicha conducta y/o colaboren con la entrega de información y de pruebas, incluida la identificación de los demás participantes, aun cuando la autoridad de competencia ya se encuentre adelantando la correspondiente actuación".

Ahora bien, de manera más concreta, el Decreto 2896 de 2010, que a su vez fue reformado integralmente por el Decreto 1523 de 2015 y posteriormente por el Decreto 253 de 2022,

¹⁷ Sentencias C-391 de 2002 y C-870 de 2002.

¹⁸ Humar Jaramillo, 2022, p.409.

regula los pormenores del programa de colaboración e impone requisitos particulares para acceder al programa de beneficios por colaboración y, para ser beneficiario del mismo.

Así, los requisitos para acceder al programa de beneficios de colaboración se pueden resumir en: (a) reconocer la participación del solicitante en la conducta anticompetitiva, (b) que, el mismo suministre información por lo menos sucinta sobre la existencia de la conducta anticompetitiva, su modus operandi, los participantes del acuerdo, el mercado afectado o cualquier otra consideración. No obstante, los requisitos para efectivamente ser beneficiario del programa son: (a) reconocer la participación en la conducta anticompetitiva, (b) que la información y/o pruebas suministradas sean útiles para la SIC para determinar el funcionamiento, los participantes, el área geográfica afectada y otros aspectos fundamentales de la conducta reprochable, (c) atender de manera oportuna las solicitudes/preguntas de la autoridad frente a la información entregada, y (d) cesar la conducta anticompetitiva¹⁹.

Se debe precisar que, a partir de la expedición del Decreto 1523 de 2015 se introdujo un cambio fundamental; se presume que el solicitante para acogerse al programa de beneficios por colaboración, no es el instigador o promotor de la conducta pues la regulación es clara en advertir que este bajo ningún supuesto podrá ser beneficiario del programa.

Sin embargo, la crítica reiterada al estado actual de este régimen radica en que no existe certidumbre frente a los beneficios reales del programa puesto que, solo el primer delator podrá ser exonerado del 100% de la sanción en sede administrativa, lo cual lleva de suyo, conlleva tres consecuencias: (a) Constituye un gran desincentivo para otros infractores por cuanto saben que, casi que inevitablemente tendrán una sanción por lo menos en el ámbito administrativo. (b) Que la delación, no exime de posibles sanciones penales²⁰ o de posibles acciones civiles a las que puedan estar expuestos los infractores por daños causados con las conductas anticompetitivas a terceros, y (c) Adicionalmente, queda a discreción de la autoridad si las pruebas aportadas por el delator son útiles o no de cara a su investigación.

3.5 Abogacía de la competencia

Como se menciona en el Acápito 1 del presente trabajo, este concepto es traído al ordenamiento jurídico colombiano, con la expedición de la Ley 1340 de 2009 la cual establece en su artículo 7, en términos generales, que será labor de la SIC promover una cultura de libre competencia. Este concepto se materializa en las funciones de la SIC por medio de la facultad que le es otorgada a la entidad, de rendir concepto previo sobre los proyectos de regulación de cualquiera de las entidades de la rama ejecutiva nacional que puedan generar alguna incidencia o afectación en materia de libre competencia.

No obstante, es preciso advertir que, si bien es obligación de las entidades del orden nacional de la rama ejecutiva consultar a la SIC sobre los posibles efectos sobre la competencia, la SIC (i) no se encuentra obligada a brindar concepto y, (ii) en caso de rendirlo, el mismo no es vinculante, sin perjuicio de que la entidad que lo inaplique tendrá la carga de justificar sus razones para apartarse del mismo²¹.

¹⁹ De La Calle, 2022, pp.741-754.

²⁰ En relación con la conducta de colusión, elevada a categoría de delito por medio de la Ley 1474 de 2011-Estatuto Anticorrupción.

²¹ De La Calle, 2022, pp.1005-1007.

Esta figura, en nuestra opinión, en adición al régimen de autorización de integraciones empresariales, es una de las mayores manifestaciones del control ex ante que realiza la entidad.

IV. CAMBIOS POR VENIR EN LA REGULACIÓN

A lo largo del escrito, se ha hecho referencia a aspectos que bajo la regulación actual han sido objeto de críticas, en tanto presentan falencias y/o no se acompañan con la realidad actual de las dinámicas de mercado en Colombia. Es por esto que, durante la última década, se han presentado diferentes propuestas de reformas legislativas que pretenden no solo solucionar los vacíos o errores de la regulación sino, adoptar las recomendaciones formuladas por la Organización para Cooperación y el Desarrollo Económico ("OCDE") de la cual Colombia es parte desde el año 2020 en relación con la forma en que debe estar organizado el Régimen.

A continuación, se presentarán los puntos de mayor comentario entre los académicos, que en la práctica obstaculizan la armonía del régimen de la libre competencia y que pretenden ser atendidos por los cambios normativos, estos son: (i) Dualidad entre el ente investigador y sancionador, (ii) Necesidad de penalizar conductas contrarias al régimen de la libre competencia y, (iii) Conveniencia de la Regla de Minimis.

- (i) **Dualidad entre el ente investigador y sancionador:** La principal crítica al proceso sancionatorio en Colombia en materia de protección de la libre competencia ha sido la convergencia de las facultades de inspección, vigilancia y sanción en cabeza de la SIC ²². Para dar solución a lo anterior, se ha propuesto que las funciones de acusación y decisoria reposen sobre sujetos diferentes. Al respecto, el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia en Colombia, ha presentado la siguiente propuesta: "que sea la SIC quien asuma las funciones de acusación y la función decisoria sea asumida por la "Comisión Colombiana de Libre Competencia", órgano que se crearía con la reforma para estos efectos y se encargaría principalmente de decretar y practicar pruebas solicitadas por las partes, atender los alegatos con los que las partes ejercen su derecho de contradicción, y decidir sobre el proceso²³". En otras palabras, se propone que esta Comisión asuma las funciones de juez que actualmente reposan en cabeza de la SIC en el proceso administrativo.

Lo anterior, en consonancia con el postulado integrado en el artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que dispone que "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella..."

- (ii) **Necesidad de penalizar conductas contrarias al régimen de la libre competencia:** El Proyecto de Ley PL-005 de 2017 pretendió en el pasado la criminalización de las licitaciones privadas siempre y cuando se manejen recursos públicos²⁴; propuesta que ha sido constantemente reiterada en escenarios académicos en donde además se

²² De la Cruz, Camargo et al. 2023.

²³ De la Cruz, Camargo et al. 2023.

²⁴ Proyecto de Ley P.L005 DE 2017.

sigue proponiendo una regulación que permita extinguir la acción penal con la terminación del proceso administrativo.

- (iii) **Conveniencia de la Regla de Minimis:** El numeral primero del Decreto 2153 de 1992 (hoy día el artículo tercero de la Ley 1340 de 2009), otorga a la SIC, de manera implícita, la facultad de abstenerse de tramitar las reclamaciones o quejas por hechos que pudieran implicar contravenciones al régimen de protección de la competencia cuando las mismas no fueran "significativas" para amenazar los bienes jurídicos protegidos por el derecho antimonopolios colombiano; al estudio que realiza la SIC para determinar si una conducta es significativa se le conoce hoy como "criterio de significatividad" o "Estudio de la Significatividad de la Conducta".

El estudio de la significatividad de la conducta revela un objetivo claro: procurar que la SIC intervenga de manera selectiva y eficiente en el mercado, concentrando sus limitados recursos económicos y el talento humano a su servicio solamente en la investigación y sanción de aquellos hechos que afecten un sector importante de la economía nacional, o que tengan la virtualidad de vulnerar el interés general protegido por las normas de defensa de la competencia, de modo que actuaciones desplegadas por agentes del mercado que puedan suponer un riesgo de restringir la competencia de manera reducida, pudieran no ser investigadas por la SIC sin que ello repercutiera en una violación de sus deberes legales.

Sin embargo, la cambiante definición de "significatividad", ha hecho imposible determinar cuándo una conducta será o no objeto de estudio, razón por la cual el Centro de Estudios de Derecho de la Competencia en Colombia propone establecer una "Regla de Minimis", en donde se advierta qué requisitos objetivos debe cumplir una conducta para efectos de ser tenida por restrictiva de la competencia²⁵.

V. LA RECIENTE ACTIVIDAD DE LA SIC

Mediante el Informe de Rendición de Cuentas de la SIC publicado en mayo de 2024²⁶ (en adelante, el "Informe"), la entidad comunica las actividades que desarrolló entre junio de 2022 y septiembre de 2023, e informa sobre los cambios que pretende adelantar en el futuro próximo; de este reporte se destaca que:

- (i) La entidad ha intensificado la elaboración de estudios económicos propios cuyo propósito es facilitar el seguimiento de los mercados, entender sus dinámicas, y detectar posibles comportamientos anticompetitivos. Muestra de lo anterior es que, durante el periodo objeto del Informe se realizaron estudios de mercado sobre: (a) el sector de agencias de viajes que venden tiquetes aéreos y otros servicios turísticos, (b) el mercado de libranzas en Colombia, (c) el mercado de seguros, y (d) la política de libre competencia, inclusión financiera y equidad de género en Colombia.
- (ii) La SIC realizó una fuerte inversión en el desarrollo de herramientas tecnológicas que mejoran su capacidad de análisis y detección de conductas que pueden atentar contra la libre competencia económica. En concreto, se desarrollaron, entre otras, las siguientes herramientas tecnológicas: (a) Sherlock, que permite facilitar la revisión de conjuntos de datos almacenados en plataformas de contratación pública, (b) Sabueso, una herramienta de analítica de datos que tiene como propósito detectar

²⁵ De la Cruz Camargo et al.2023.

²⁶ Informe de rendición de cuentas. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2023.

el comportamiento de los precios en los productos comercializados por grandes superficies y los tiquetes aéreos ofertados por los agentes que participan en el mercado aeronáutico de pasajero, y (c) Buho, cuyo objetivo es apoyar y facilitar la identificación de noticias que puedan estar relacionados con potenciales infracciones al régimen de libre competencia en diferentes medios digitales.

(iii) Las investigaciones más importantes a las que se dio apertura durante el periodo del Informe son:

a. Caso Visa y Mastercard²⁷, la SIC inició investigaciones contra Visa y Mastercard por presuntamente obstaculizar la actividad de agentes agregadores que ofrecen condiciones más favorables para pagos con tarjetas (la conducta investigada, en opinión de la SIC, podría suponer una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 –La prohibición general).

De acuerdo con la SIC, la estrategia de VISA y MASTERCARD habría consistido en dos actuaciones. En primer lugar, crear un programa propio para reemplazar el modelo de negocio empleado por los agregadores de pagos, el cual les habría generado mayores costos, lo que, en consecuencia, habría comprometido su permanencia en el mercado. En segundo lugar, el envío de una serie de comunicaciones a distintos bancos con el presunto propósito de impedir que mantuvieran relaciones comerciales con los agregadores de pagos que no se acogieran a sus programas. Como los bancos serían aliados indispensables para los agregadores de pagos, las comunicaciones que enviaron VISA y MASTERCARD habrían sido idóneas para impedir que los agregadores continuaran en el mercado.

b. Caso Dimayor, en donde la SIC abrió investigación a la DIMAYOR, la Federación Colombiana de Fútbol y 29 clubes por presunta cartelización en la liga profesional femenina²⁸. La decisión se sustenta en que habrían desarrollado un sistema orientado a obstaculizar la promoción y el desarrollo del fútbol profesional femenino en el país. Entre las presuntas prácticas anticompetitivas identificadas por la SIC estaría la fijación de una tabla de salarios para que la mayoría de las jugadoras profesionales ganaran entre el salario mínimo y un tope de \$4.500.000 (USD 1.100). La conducta investigada, en opinión de la SIC, podría suponer una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 –La prohibición general-.

c. Caso Comcel. La SIC investiga a COMCEL²⁹ por presuntamente desviar recursos de subsidios de internet para incrementar su participación en el mercado. La entidad busca establecer si la empresa COMCEL S.A. incurrió en una infracción al régimen de libre competencia al presuntamente haber aprovechado los subsidios entregados por el Gobierno a los estratos 1 y 2 y sacar ventaja a sus competidores. La conducta investigada, en opinión de la SIC, podría suponer una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 –La prohibición general-.

²⁷ Expediente bajo número de Radicado 23-328318, de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁸ Resolución No.56062 del 20 de septiembre de 2023 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁹ Resolución No. 46189 de 4 de agosto de 2023 de la Superintendencia de Industria y Comercio.

- (iv) En lo que respecta a las actuaciones relevantes llevadas a cabo por la SIC como máxima autoridad de protección de la libre competencia, se tiene que la entidad:
- a. En 17 investigaciones formuló cargos contra presuntos implicados en la violación al Régimen de Protección de la Competencia.
 - b. Se ordenó el inicio de quince averiguaciones preliminares, fase durante la cual la SIC intensifica las labores de recolección de información en un mercado por considerar que puede haber mérito suficiente para iniciar una eventual investigación.
 - c. Se tramitaron 256 notificaciones de integración empresarial y 50 solicitudes de autorización previa.
 - d. Fueron expedidos 12 conceptos dirigidos al Congreso de la República en el marco del trámite de los proyectos de Ley, mientras que fueron expedidos 74 conceptos de abogacía por solicitud y por función de oficio.

Ahora bien, es igualmente importante resaltar que el 7 de agosto de 2022 Gustavo Petro (político de izquierda), asumió oficialmente el cargo de Presidente de la República, nombrando el 26 de junio de 2023 a Cielo Rusinsque (aliada política de Gustavo Petro) como Superintendente de Industria y Comercio. Con lo anterior, se espera que exista un fortalecimiento en la vigilancia y control de prácticas anticompetitivas, la promoción de políticas que promuevan una competencia más equitativa, especialmente enfocadas en evitar que grandes conglomerados obstaculicen la entrada y el crecimiento de pequeñas y medianas empresas (PYMEs), y un crecimiento en la fuerza con la que son analizadas las operaciones de integración empresarial.

En coherencia con lo anterior, Cielo Rusinsque ha manifestado en múltiples escenarios académicos que la SIC:

- (i) Pretende realizar una revisión de la realidad socioeconómica del país para promover la equidad, la formación de nuevas empresas y nuevos agentes de mercado.
- (ii) Buscará fortalecer la actividad preventiva y de difusión de la Política de Competencia, para lo cual aumentará la oferta de herramientas para la capacitación de las organizaciones en materia de cumplimiento.
- (iii) Masificará las evaluaciones de la competencia en los mercados en los que la SIC ha recibido notificaciones de integraciones empresariales.
- (iv) Fortalecerá la relación entre reguladores y la autoridad competencia.

BIBLIOGRAFÍA

- De la Calle, J.M. (2022). "XI," en Tratado general de la libre competencia análisis jurídico y económico. Bogotá, Bogotá D.C.: Tirant Lo Blanch.
- De la Cruz Camargo, Dionisio, et al. Proyecto de Ley de Modernización del Régimen de la Libre Competencia en Colombia. Bogotá: 2023.

- Noguera Laborde, Rodrigo. Introducción General al Derecho. 2015. Página 328. Disponible en: <https://centrocedec.wordpress.com/wp-content/uploads/2010/06/3-miranda-disenoautoridad.pdf>.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Cartilla Acuerdos. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2015. Disponible en: https://sic.gov.co/sites/default/files/files/CARTILLA_ACUERDOS%2019-03-2015.pdf.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Expediente bajo número de radicado 23-328318. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Informe de rendición de cuentas. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2023.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado con número de radicado 13-54936. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2013.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 46189 de 4 de agosto de 2023. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2023.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 47965 de 2014. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2014.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 54338 de 2019. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2019.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 56062 del 20 de septiembre de 2023. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2023.
- Superintendencia de Industria y Comercio (SIC). Resolución 16562 de 2015. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2015.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 16562 del 14 de abril de 2015. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2015.
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 6839 del 9 de febrero de 2010. Bogotá: Superintendencia de Industria y Comercio, 2010.
- Proyecto de Ley 005 de 2017 (Anticorrupción). Bogotá: Cámara de Representantes de Colombia, 2017. Disponible en: [https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-07/P.L.005-2017C%20\(ANTICORRUPCION\).pdf](https://www.camara.gov.co/sites/default/files/2017-07/P.L.005-2017C%20(ANTICORRUPCION).pdf).
- Uribe, Carlos, y Gustavo Valbuena. "Capítulo VII." En Derecho de la Competencia, pp. 123-146. Bogotá: Legis, 2022.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-391 de 2002. Bogotá: Corte Constitucional, 2002.
- Corte Constitucional Colombiana. Sentencia C-870 de 2002. Bogotá: Corte Constitucional, 2002.

CUANDO UN GRAN PODER CONLLEVA UNA GRAN RESPONSABILIDAD: LOS INFLUENCERS Y LAS DECISIONES QUE TOMAN LOS CONSUMIDORES

Autora:

Guadalupe Montenegro Ruiz



CUANDO UN GRAN PODER CONLLEVA UNA GRAN RESPONSABILIDAD: LOS INFLUENCERS Y LAS DECISIONES QUE TOMAN LOS CONSUMIDORES

When great power comes with great responsibility: The influencers and decisions consumers make

Guadalupe Montenegro Ruiz¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Qué es un influencer?
- III. El poder de convencimiento: simple publicidad de un producto/servicio o una experiencia (publicidad testimonial) a través de la recomendación de ese producto/servicio.
- IV. Conclusión final.

Resumen

El presente artículo aborda la importancia que tienen los llamados "influencers" o creadores de contenido en la toma de decisiones de un consumidor y cómo, con el tiempo, pueden o no perder la credibilidad al transmitir información sobre su experiencia en la adquisición de un producto o un servicio.

Así, el presente artículo es una reflexión, como consumidora, del poder que tiene un "influencer" para transmitir información real del producto o servicio que promociona y cómo su recomendación influencia en un consumidor al momento de tomar una decisión de consumo, pues qué mejor recomendación de la persona cuyo posible estilo de vida y credibilidad se asemejan con las del consumidor.

Palabras claves

Influencer/consumidor/ Información relevante/ Publicidad testimonial/ INDECOPI.

Abstract

The present article addresses the importance of so-called "influencers" or content creators in shaping consumer decision-making and how, over time, they may or may not lose credibility when sharing information about their experiences with a product or service.

¹ Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad San Martín de Porres. Master en Economía y Consumo, por la Universidad de La Mancha. Asociada Senior del Área de Protección al Consumidor y Competencia de TYTL Abogados, Líder del área de Protección al Consumidor.

Thus, this article serves as a reflection, from the perspective of a consumer, on the power an "influencer" holds in conveying accurate information about the product or service they promote, and how their recommendation impacts a consumer's purchasing decision. After all, what better recommendation than that of someone whose lifestyle and credibility may closely resemble those of the consumer?

Key words

Influencer/Consumer/Relevant Information/Testimonial Advertising/INDECOPI.

I. INTRODUCCIÓN

En épocas pasadas, un consumidor podía ver tranquilamente su programa de televisión favorito y aprovechar los cortes comerciales para informarse sobre los nuevos productos o servicios que había en el mercado. Bajo este tipo de publicidad (televisada), el consumidor era consciente que los que promocionaban los productos o servicios eran actores o actrices contratados para ese fin: el de promocionar e informar lo que el proveedor quería transmitir.

Con el tiempo, la tecnología evolucionó y ahora ya no se habla de actores o actrices que promocionan un producto o un servicio en específico, sino de personas influyentes, cuyo estilo de vida se deja ver a través de redes sociales, permitiéndonos escoger el tipo de contenido que queremos ver, si ese contenido se asemeja a nuestros valores o creencias y que, bajo ese estilo de vida que nos informan, pueden recomendar un producto o un servicio, recomendación que influye en un consumidor al momento de tomar una decisión de consumo.

Así, la tecnología evolucionó, dando paso a una nueva manera de anunciar una publicidad: la contratación de un influencer.

Bajo esa nueva manera de publicitar un producto o servicio, el anunciante contrata a un influencer para que publique en sus redes sociales un producto o servicio.



(Fuente: Guía de publicidad para influencers)

Sin embargo, en la práctica esa publicidad no es tan simple como la que veíamos en años pasados, pues hemos venido detectando que el consumidor busca un plus al momento de adquirir un producto bajo este método de publicidad:

1. Que el producto o servicio sea recomendado por la persona con la que su estilo de vida se identifica.
2. Que el producto o servicio tenga como aval las recomendaciones de su influencer, lo que llamamos en la actualidad la publicidad testimonial, y que será abordada más adelante.
3. Que el influencer realmente haya realizado una labor previa de investigación antes de recomendar un producto o servicio, pues va a buscar proteger, a toda costa, a su seguidor y a su marca personal.

Entonces, si aparentemente se tiene bien definido lo que se busca con la publicidad a través de las publicaciones de los influencers, ¿por qué sigue siendo un tema tan controvertido y que incluso ha llevado a que varios consumidores se decepcionen sobre este tipo de publicidad?

A fin de poder entender los conceptos que se usarán en el desarrollo del presente artículo, es necesario tener en cuenta el concepto de las siguientes palabras claves que se usarán:

- **Influencer:** El Consejo Nacional de Autorregulación Publicitaria (CONAR) ha definido la figura del *influencer* o influenciador como aquella persona que, gozando de un reconocimiento en entornos digitales (Internet o redes sociales), son seguidos por un número de usuarios sobre los cuales tienen la capacidad de influenciar, afectar o motivar sus acciones².
- **Consumidor:** Las personas naturales o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, productos o servicios materiales e inmateriales, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, actuando así en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.
- **Información relevante:** información importante para tomar una decisión o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios.
- **Publicidad testimonial:** publicidad no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo.
- **INDECOPI:** El Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual.

II. ¿QUÉ ES UN INFLUENCER?

Hay diversas autoridades y/o países que definen la palabra influencer, pero todos apuntan al mismo significado que resaltamos para el presente artículo: **persona con credibilidad y poder de convencimiento.**

² Ver Resolución 05-2018-CONAR/CPE.

Así, la Guía de publicidad e influencers, emitida por el INDECOPI, nos comparte las siguientes definiciones³:

De acuerdo con los lineamientos del marketing de influencers propuestos por el gobierno canadiense, influencer es alguien que posee el potencial de influenciar a otros, independientemente del número de seguidores o espectadores que tenga. Las personas a las que el influencer afecta están definidas como persona o grupo que toma acción o cambia de opinión o comportamiento como resultado de la exposición de información proporcionada por el influencer. Los influencers también pueden ser conocidos como "talento" o "creadores de contenido".

El Servicio Nacional del Consumidor de Chile en su estudio sobre publicidad online, publicado en junio de 2018, define al influencer como una persona que posee grados de credibilidad e imagen reconocida, especialmente sobre un tema determinado, y que producto de su presencia e influencia puede llegar a convertirse en el difusor de una marca en una audiencia o público objetivo, principalmente en redes sociales.

Se debe tomar en consideración que uno de los factores determinantes para considerar a un individuo como influencer es el reconocimiento que este tiene en un área especializada (moda, viajes, alimentación, entre otros), restando importancia al criterio sobre el número de seguidores que tenga en una red social. Ello en tanto, puede existir un individuo con un número pequeño de seguidores, pero con gran influencia sobre ellos y, de esta manera, pueda ser considerado como influencer.

En el Perú, el Conar ha definido la figura del influencer o influenciador como aquella persona que, gozando de un reconocimiento en entornos digitales (Internet o redes sociales), son seguidos por un número de usuarios sobre los cuales tienen la capacidad de influenciar, afectar o motivar sus acciones.

En ese sentido, se concluye que un influencer, haciendo uso de sus redes sociales (entornos digitales), tiene la capacidad de influenciar en la toma de decisión de sus seguidores, a través de la publicidad, sin importar el número de los mismos, un gran poder para la cual la normativa vigente ha marcado varias pautas a seguir para que no se infrinjan las normas que protegen a los consumidores.

Así, hemos marcado tres pautas que son necesarias resaltar. La primera de ellas es que no toda publicación de un influencer en sus redes sociales se debe calificar como publicidad. En efecto, la Guía de publicidad para influencers nos ha graficado cuándo una publicación podría calificar como publicidad:

³ INDECOPI, "Guía de publicidad e influencers", Segunda edición digital: agosto de 2024, página 26



Así, se considera que, si un influencer recibe algún beneficio o incentivo para realizar alguna publicación, estamos ante una publicidad. Precisamos que ese incentivo o beneficio podría ser un pago (contraprestación monetaria), o también podría darse a través de canjes de servicios o productos (regalos), todo ello a cambio de mencionar a la marca del producto o servicio de un proveedor.

Una segunda pauta es que, si se verifica que estamos ante una publicidad, la misma debería ser identificada por la palabra "publicidad", ya sea en la misma publicación o al inicio del video en que se publique. Para un mejor entender, la Guía de publicidad para influencer nos ha compartido el siguiente gráfico:

1 Colocar la divulgación o etiqueta en un lugar visible, comprensible y en idioma castellano.

2 Evitar colocar la divulgación o etiqueta al final de la publicación, es decir, después de la opción "más" o "ver más".

3 Evitar referencias y abreviaturas ambiguas.

4 Evitar colocar la divulgación o etiqueta al final del video, pues no todos los consumidores terminan de ver el mismo.

5 Evitar colocar el nombre del anunciante mezclando con la divulgación o etiquetas: "NombreDelAnunciantePublicidad".

6 Si la publicación contiene varios *hashtags*, procurar que el primer *hashtag* que el seguidor lea sea siempre el que revele la naturaleza publicitaria.

Así, para el INDECOPI, es importante que el consumidor sepa que la publicación de un influencer es una publicidad, consignando la etiqueta o *hashtag* correspondiente.

Finalmente, una tercera pauta (y que para nosotros es la más importante) es que la publicación con el anuncio publicitario que emiten no puede llevar al engaño del consumidor. Aquí hay que resaltar dos conceptos interesantes:

- **La calidad de la información que se transmite:** el Código de Protección y Defensa del Consumidor señala que la información que se traslade al consumidor debe ser suficiente, **veraz** y fácilmente accesible, relevante **para tomar una decisión** o realizar una elección de consumo que se ajuste a sus intereses, así como para **efectuar un uso o consumo adecuado** de los productos o servicios.
- Es importante que la información cumpla con esta característica a fin de evitar que el consumidor se sienta engañado, pues la decisión de consumo no se basa solo en la información que se traslada en un contrato, sino incluso en la información que se entrega de manera previa, como lo es, la publicidad.
- **Engaño:** La Ley de la de Represión de la Competencia Desleal, señala que configuran actos de engaño la difusión de publicidad testimonial no sustentada en experiencias auténticas y recientes de un testigo. Así, la Guía de publicidad para influencers del INDECOPI nos señala que configura un acto de engaño si el contenido de la publicidad se presenta como si fuera una experiencia propia del *influencer* (publicidad testimonial) con la marca del anunciante, sin que esta sea reciente y auténtica. Asimismo, puede constituir un acto de engaño si el contenido se presenta de forma ambigua u omite información relevante **que influya en la decisión del seguidor**.

Los dos conceptos antes mencionados son de vital importancia para el presente artículo, pues bajo ningún supuesto, un influencer, que como ya hemos señalado tiene poder de influenciar a un consumidor en la toma de sus decisiones, puede incurrir en un acto de engaño o brindar información falsa o inexacta del producto o servicio a promocionar.

Lamentablemente, esta característica primordial no ha sido abordada de manera extensa por las autoridades pertinentes, pues más allá de que se busque identificar con una etiqueta o *hashtag* si estamos o no ante una publicidad, lo cierto es que se debe buscar el problema real que vienen generando el contenido de esos influencer, y es justo lo que viene acompañado de esa publicidad: el respaldo y experiencia propia sobre el producto o servicio que se comparte en esa publicidad.

Un consumidor sigue a un influencer no solo porque comparten una afinidad sobre algún tema en especial, sino también porque comparten los mismos valores y porque confía en que lo que recomienda ha sido usado o será usado por él.

No resulta por ello, extraño, que existan influencers que realicen sus tan esperados "unboxing" y compartan la alegría de haber recibido el tan esperado "producto que promete embellecer" y que el potencial cliente (consumidor) viva esa experiencia (alegría, emoción), esperando también poder adquirir pronto el producto promocionado.

III. EL PODER DE CONVENCIMIENTO: SIMPLE PUBLICIDAD DE UN PRODUCTO/SERVICIO O UNA EXPERIENCIA (PUBLICIDAD TESTIMONIAL) A TRAVÉS DE LA RECOMENDACIÓN DE ESE PRODUCTO/SERVICIO

No dudamos que el Código de Protección y Defensa del Consumidor busca defender los derechos del consumidor y por ende se debería de abordar más sobre el marketing de influencia que tienen los influencers, pero se debe buscar proteger al consumidor de ser engañado al no obtener una visión completa de ese marketing de influencia.

Así, se debe exigir que cualquier influencer que promocione un producto o servicio en las redes sociales revele de manera clara y destacada cuando ha recibido algún pago, beneficio (como un obsequio) o cualquier otro incentivo y si la publicidad que hace es básicamente transmitir un mensaje del anunciante o si está avalando, con su marca personal a ese producto o servicio anunciado. Además, los influencers no deben dar la impresión de que son clientes genuinos cuando no lo son. Por ejemplo, si da la impresión de que ha comprado o usado personalmente algo cuando no es así.

Es urgente que lo antes señalado se precise, pues se debe buscar una sola finalidad: ser abierto, directo y honesto con el público.

Lo antes es necesario preciarlo pues justo ha sido un gran problema que se viene presentando en la actualidad y no vemos cómo las autoridades puedan estar abordándolo. Sin ir muy lejos, citaremos dos casos relevantes que tuvieron repercusión en los medios de comunicación:

Caso 1: la publicidad sobre los procedimientos estéticos

A inicios de año nos tocó vivir una triste noticia, la “muñequita Milly⁴” había fallecido por una aparente mala praxis de un reconocido médico cirujano. La prensa fue revelando una serie de información preocupante: resultó que varios influencers se habían sometido a procedimientos estéticos con él y lo recomendaban, destacando su servicio idóneo.

Incluso hubo dos influencers que lo habían recomendado, pese a que el médico también les había hecho una mala praxis en unos procedimientos estéticos.

En este punto es necesario analizar lo siguiente: ¿cómo es posible que alguien, que tiene poder de convencimiento frente a un consumidor, puede recomendar un servicio que no es idóneo?, ¿bastaba solo con haber consignado la etiqueta de “publicidad” para que el consumidor se dé por bien informado?

Caso 2: la publicidad sobre productos naturales para bajar de peso

Una persona bastante conocida en los medios estuvo promocionando unas pastillas, aparentemente naturales, para bajar de peso⁵; es más, su discurso fue el siguiente: “he bajado de peso gracias a esas pastillas”; sin embargo, grande fue la sorpresa cuando reveló, a un medio local, que nunca había probado las pastillas y que, si bien bajó de peso, lo hizo por sus propios medios; aquí un extracto de sus declaraciones:

“Yo he bajado de peso gracias al entrenamiento en mi casa, nunca he tomado esos medicamentos, sí los promocioné, sí me arrepiento, por eso es que ya no lo volví a hacer nunca más y nunca más voy a volver a recomendar algo que no me parece”

Aquí podemos resaltar algo importante: no solo el poder que ha tenido esta persona para influenciar la compra de ese medicamento, sino el haber engañado al consumidor con un mensaje alejado de la realidad: “sí se puede bajar de peso con esas pastillas, yo doy testimonio de ello con mi experiencia”.

Así como ese caso, hay muchos otros más en donde el influencer no brinda mayor precisión sobre el servicio o brinda información falsa, tampoco precisa si estamos ante

⁴ <https://www.infobae.com/peru/2023/06/19/quien-es-el-doctor-fong-el-cirujano-acusado-de-realizarle-una-mala-praxis-a-maricielo-effio-y-sheyla-rojas/>

⁵ <https://trome.com/espectaculos/tv/dayanita-dice-que-nunca-probo-pastillas-para-adelgazar-pero-cambia-su-discurso-cuando-le-dicen-que-la-estran-grabando-son-muy-buenas-america-hoy-noticia/>

un servicio donde él se ha asegurado que el anunciante que lo contrató no tiene antecedentes de denuncias por mala praxis o que el producto que se está promocionando cumpla realmente con la finalidad publicitada.

Generalmente, hay más de una forma de explicar claramente una relación con la marca de un proveedor, y/o cualquier pago o incentivo recibido por una recomendación. Debemos estar conscientes que no hay muchas formas prácticas establecidas de explicar al consumidor que estamos ante una publicidad testimonial pues cada plataforma de redes sociales es diferente y cambia constantemente, siendo que los influencers tienen diversos estilos creativos para transmitir la información relevante y evitar cualquier posible engaño al consumidor, pues así como hay influencer que no suelen cumplir con la normativa vigente y se aprovechan de su marca personal para brindar información no veraz, también hay otro grupo de influencers que se identifican con la marca y buscan recomendar algún producto o servicio que saben que será de agrado para el consumidor.

Lo importante, como ya lo hemos precisado, es que toda la información que se transmita al consumidor sea clara, veraz y directa. Esto significa que los consumidores (espectadores de la publicidad) o seguidores de un influencer en una red social deben ver y comprender inmediatamente la información antes de comenzar a ver o leer la publicación. Esto se debe aplicar independientemente de la plataforma en la que se publique el anuncio (YouTube, Facebook, Instagram, etc).

Lo antes señalado ha sido materia de discusión en diversos países, y hemos podido rescatar las siguientes preguntas que se deberían de hacer los influencers al momento de aceptar publicitar algún producto o servicio:

- ¿Mis seguidores sabrán que he recibido algún tipo de incentivo o recompensa en relación con el producto o servicio mencionado en mi publicación (incluso si fue hace unos meses)?
- ¿Les he revelado esta información o relación de una manera clara, destacada y directa?
- ¿Les ha quedado claro que yo no he probado el producto o servicio publicitado?
- ¿Les ha quedado claro que, pese a ser una publicidad pagada, recomiendo el producto o servicio porque es bueno?

Es necesario señalar que no estamos concluyendo que un influencer sea responsable de un servicio o producto no idóneo, pues está más que claro que la responsabilidad será del proveedor que brinda ese servicio o producto; sin embargo, sí será responsabilidad del influencer que recomienda ese producto o servicio bajo el concepto de publicidad testimonial.

Por ello, insistimos en que no solo basta con etiquetar una publicación con la palabra "publicidad", pues no estamos ante una simple publicidad, sino ante una persona que tiene una influencia sobre un consumidor y que es altamente probable que ese consumidor termine adquiriendo el producto o servicio promocionado, pues confía en que el influencer que sigue en redes sociales no le recomendará algo que lo perjudique.

Por ejemplo, destacamos que en la actualidad existan influencers que promocionen marcas con un propósito y que incluso investigan sus antecedentes antes de publicitar sus productos o servicios; ello va de la mano con la responsabilidad que tienen: **el poder de convencimiento que tienen en sus consumidores.**

Incluso veíamos en otros medios locales y extranjeros que a la fecha hay una gran mayoría de consumidores que prefieren investigar, por su cuenta, a la empresa cuyos productos o servicios se está promocionando, a fin de despejar la duda sobre un posible engaño.

No obstante, así como destacamos a esos responsables influencers, nos queda preguntarnos: ¿qué pasará con aquellos influencers que no son responsables con sus recomendaciones (al margen de que sea o no pagado el servicio)?

Al respecto, el INDECOPI ha previsto sanciones y medidas correctivas en caso se verifiquen infracciones, no solo a nivel de publicidad, sino de protección al consumidor.

En efecto, las afectaciones concretas y específicas a los derechos de los consumidores a consecuencia de la publicidad comercial constituyen infracciones al Código de Protección y Defensa del Consumidor y son de competencia de la Comisión de Protección al Consumidor del INDECOPI (en primera instancia) y de la Sala Especializada en Protección al Consumidor (segunda y última instancia administrativa), pudiendo ser sancionados con una amonestación hasta 450 UIT.

Asimismo, las infracciones publicitarias pueden ser sancionadas por la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal del INDECOPI (primera instancia) y de la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del INDECOPI (segunda instancia) con una amonestación o con multas de hasta 700 UIT.

Adicional a la posible sanción a imponer, el INDECOPI también puede ordenar medidas correctivas, por ejemplo, (i) el cese de la difusión de la publicidad; (ii) la rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas; y, (iii) la publicación de la resolución condenatoria.

En este punto cabe preguntarnos: ¿los influencers que recomendaron los servicios del médico del caso 1 o del caso 2 antes mencionados, habrán recibido alguna sanción o se les ha iniciado alguna investigación?

Es necesario que el INDECOPI preste atención a estos casos y se empiece a sancionar drásticamente a los influencers, a fin de buscar exigirles que procedan conforme a la normativa vigente y sean responsables con las recomendaciones que brindan a través de sus publicaciones de anuncios publicitarios, pues estamos seguros de que no será ni el primero ni el último caso.

Finalmente, un influencer solo perderá un seguidor, pero un consumidor no solo podría perder su dinero (en caso compre un producto defectuoso), sino podría perder incluso su vida al asistir a un procedimiento estético con un supuesto excelente médico o al consumidor unas pastillas que posiblemente perjudiquen su estado de salud.

IV. CONCLUSIÓN FINAL

Del análisis efectuado se puede desprender que, los medios digitales han permitido que podamos tener un acercamiento directo con las personas que promocionen un producto o servicio, siendo que a la fecha tenemos un contacto más cercano indirecto con los llamados influencers.

Ellos, como lo indicamos al inicio del presente artículo, son aquellas personas que, gozando de un reconocimiento en entornos digitales (Internet o redes sociales), son seguidos por un número de usuarios sobre los cuales tienen la capacidad de influenciar, afectar o motivar sus acciones.

Actualmente si bien tenemos una regulación sobre las publicaciones que efectúan los influencers con el fin publicitario, lo cierto es que hay una serie de temas adicionales que se les debe exigir para que la publicidad que brindan cumpla con su fin: el de informar de manera transparente sobre la calidad de un producto o servicio.

Además, el INDECOPI tiene que ser más estricto con las sanciones a imponer y las investigaciones a realizar, pues si bien los influencers tienen, a nivel personal, una sanción: la de perder seguidores, ello no impedirá que a futuro puedan volver a captar nuevos seguidores, por lo que es necesario que en la base de datos del INDECOPI queden registradas las sanciones a imponer y que la conducta infractora no se vuelva a repetir.

BIBLIOGRAFIA

- Guía de publicidad e influencers del INDECOPI, Segunda edición digital: agosto de 2024.

PROBLEMAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN PLATAFORMAS DIGITALES DE DOS LADOS

Autor:
Alonso Morales Acosta



PROBLEMAS DE DERECHO DE LA COMPETENCIA EN PLATAFORMAS DIGITALES DE DOS LADOS

Competition law issues in two-sided digital platforms

Alonso Morales Acosta¹²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. ¿Qué es una plataforma digital de dos lados?
- III. Problemas de competencia generados por las dinámicas de los marketplaces digitales.
- IV. Casos emblemáticos.
- V. Conclusiones.

Resumen

El presente trabajo analiza los problemas de competencia que surgen en las plataformas digitales de dos lados. En primer lugar, se analiza el concepto de plataforma digital, sus características principales, las externalidades que generan (positivas y negativas), así como las fallas de mercado que afectan tanto a consumidores como a proveedores. Luego, se abordan prácticas anticompetitivas como el abuso de posición dominante, los acuerdos colusorios y algunos casos de competencia desleal, ejemplificados por plataformas digitales, como Amazon, Uber y Apple.

Finalmente, se analiza el caso Google Shopping en el que la Comisión Europea multó a Google por favorecer de manera indebida su servicio de compras comparativas en detrimento de sus competidores, poniendo de manifiesto los efectos nocivos de este tipo de prácticas anticompetitivas. El artículo concluye con un llamado a que las autoridades refuercen la supervisión y regulación en este sector, de manera que se garantice y promueva la transparencia y leal competencia en el mercado digital.

Palabras clave

Plataforma digital / externalidad de mercado / efectos red / fallas de mercado / abuso de posición de dominio / acuerdos colusorios / prácticas de competencia desleal / Google Shopping.

Abstract

This paper analyzes the competition issues that arise in two-sided digital platforms. First, it examines the concept of digital platforms, their main characteristics, the externalities they generate (both positive and negative), as well as the market failures affecting both

¹Abogado por la Facultad de Derecho de la PUCP. Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Estudios de Doctorado en Derecho por la Universidad de Salamanca. Profesor Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Socio Principal y Jefe del área de Protección al Consumidor y Derecho de la Competencia de Torres y Torres Lara Abogados. Correo de contacto: alonso.morales@tyfl.com.pe

²Se contó con la valiosa colaboración del Dr. Javier Valdez Pacozonco, abogado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima. Especialista en Derecho Civil y Derecho Administrativo. Asociado de Torres y Torres Lara Abogados. Correo de contacto:jvaldez@tyfl.com.pe

consumers and suppliers. Next, it addresses anticompetitive practices such as abuse of dominant position, collusive agreements, and some cases of unfair competition, exemplified by digital platforms such as Amazon, Uber, and Apple.

Finally, it analyzes the Google Shopping case in which the European Commission fined Google for unfairly favoring its comparative shopping service to the detriment of its competitors, highlighting the harmful effects of such anticompetitive practices. The article concludes with a call for authorities to strengthen oversight and regulation in this sector to ensure and promote transparency and fair competition in the digital market.

Keywords

Digital platform / market externality / network effects / market failures / abuse of dominant position / collusive agreements / unfair competition practices / Google Shopping.

I. INTRODUCCIÓN

Carla, una joven diseñadora, apasionada por la moda había lanzado su propia marca de zapatillas personalizadas inspirada en su cuentista favorito, H.P. Lovecraft, bajo la marca "Arkham Neakers". Su colección de zapatillas combinaba un estilo moderno con patrones y símbolos inspirados en las historias de su autor preferido.

Al principio, su negocio prosperó en su propia página web, pero pronto decidió que era momento de ampliar su alcance. Carla se unió a "SneakersConexion", una plataforma digital de ventas que le prometía acceso a miles de clientes. Una vez lanzadas las zapatillas en dicha plataforma, las ventas no pararon de crecer.

Sin embargo, un día, Carla notó algo que la inquietó. Mientras navegaba por "SneakersConexion" buscando su propia marca, descubrió que un nuevo tipo de zapatillas había comenzado a aparecer en los primeros resultados de búsqueda de la plataforma. Estas zapatillas, etiquetadas bajo la marca de la propia plataforma "Sneakers Originals", llevaban nombre y diseños muy similares a los suyos. Pero, eso no era lo peor, sino que aquellas zapatillas estaban siendo vendidas a un precio mucho más bajo que las suyas. Cada vez que alguien buscaba "Arkham Neakers", los productos de la plataforma aparecían primero, relegando sus productos a posiciones menos visibles.

Frustrada y desconcertada, Carla decidió contactar con el equipo de soporte de la plataforma digital:

- *Hola, soy Carla, la diseñadora de "Arkham Neakers". He notado que su producto "Sneakers Originals" se parece mucho a los míos, y están afectando mis ventas.*
- *Buenas tardes -respondió la operadora- Nosotros no interferimos en la competencia entre vendedores, pero es parte de nuestra política crear productos que se ajusten a las tendencias del mercado, y los datos sugieren que los diseños inspirados en Lovecraft son muy populares.*
- *Carla quedó atónita y respondió: Pero están usando mis ideas y mis datos de ventas. ¡Eso es injusto! ¡Están copiando mis modelos de zapatillas".*
- *"Lo siento si se siente afectada, pero todas nuestras operaciones cumplen con nuestras políticas", respondió la operadora antes de colgar.*

Las plataformas digitales de dos lados como "SneakersConexion", facilitan la interacción entre proveedores y consumidores, centralizando la oferta y demanda,

permitiendo, por un lado a los usuarios realizar transacciones rápidas y cómodas y, por otro lado, a los proveedores, como Carla, a acceder a más clientes para ofrecer sus productos. No obstante, este ecosistema plantea las siguientes cuestiones en términos de derechos de la competencia: ¿Cómo deben regularse las relaciones comerciales dentro de un marketplace digital? ¿Qué prácticas podrían considerarse anticompetitivas? ¿cómo impactan este tipo de prácticas en los consumidores y los proveedores que deben enfrentarse a gigantes digitales con acceso privilegiado a los datos del mercado?

En este trabajo, analizaremos los principales desafíos que enfrenta el derecho de la competencia en el contexto de los Marketplaces digitales. Comenzaremos explorando el concepto de plataformas digitales, sus características y los tipos de relaciones comerciales que facilitan. Posteriormente, examinaremos cómo estas dinámicas pueden generar posibles problemas de competencia y cómo los intermediarios de las plataformas digitales pueden aprovechar su posición para imponer condiciones desiguales a los participantes de la misma. Finalmente, se abordará a grosso modo el caso Google Shopping, el cual es un ejemplo real de prácticas anticompetitivas que pueden acontecer en una plataforma de dos lados.

II. ¿QUÉ ES UNA PLATAFORMA DIGITAL DE DOS LADOS?

2.1. Definición

Existen mercados digitales que pueden ser unidimensionales, es decir, enfocados únicamente en una relación directa entre el vendedor y el comprador, tal es el caso de las tiendas en línea (o e-commerce)³, pero también hay aquellos mercados que pueden ser más complejos, donde existe un intermediario que implementa una infraestructura virtual para facilitar la interacción entre la oferta y la demanda. Este sería la denominada plataforma digital de dos lados y la que nos centramos en definir en las siguientes líneas.

Si bien en nuestro ordenamiento no existe una definición legal de mercado digital de dos lados, podemos afirmar que este se encuentra compuesto por: un intermediario que a través de una plataforma digital relaciona a empresarios con consumidores (B2C) p.e. Amazon, Buscalibre, Mercado Libre, Aliexpress; a empresarios con otros empresarios (B2B) p.e. Alibaba, ThomasNet, Amazon Business; o a consumidores con otros consumidores (C2C) p.e. Airbnb, Ebay y Facebook Marketplace. Para efectos de este artículo nos vamos a remitir a las relaciones que genera el intermediario de la plataforma digital en el grupo B2B, es decir; entre empresarios (intermediario de la plataforma y establecimientos alojados en la plataforma).

En este contexto, nuestra definición de mercado de dos lados sería aquél en el que se centraliza la oferta de proveedores y la demanda de consumidores a través de una plataforma digital intermediada por un proveedor que facilita con su servicio la relación entre ambos lados.

Indecopi (2020) describe el mercado de dos lados del modo siguiente:

Una plataforma de dos lados (conocidas también como "two sided platforms") es un espacio físico o virtual provisto por un agente económico, en donde distintos grupos de clientes -que se necesitan entre sí- se encuentran, facilitando la interacción entre ambos grupos. De esta

³ Algunos ejemplos de tiendas en línea son Zara.com, Walmart.com y Nike.com. Todas ellas generalmente son gestionadas por una entidad que controla el inventario, los precios y la experiencia de compra. En materia de servicios de streaming, Netflix.

manera, una plataforma brinda la posibilidad de que ambos lados se pongan en contacto y puedan realizar transacciones, generándose varios beneficios económicos para las partes que interactúan.

En este escenario, existen dos clases de Marketplace o plataforma digital, aquella en la que los proveedores tienen una oferta similar, dado que se dedican a la misma actividad y otra en la que los proveedores tienen una oferta variada dado a que se dedican a diferentes actividades.

Los marketplaces que tienen una pluralidad de competidores con oferta similar como Uber, Booking, Buscalibre, etc, equivalen en el mundo fáctico al establecimiento físico con una serie de proveedores similares, como por ejemplo, un área de restaurante (food court), un terminal terrestre, una feria de corredores inmobiliarios; a diferencia de un Marketplace de oferta variada conformado por empresarios de diferentes giros sociales, que es equiparable a un centro comercial físico. Nuestro análisis se centrará en este último caso, debido a los retos más complejos que presenta para la competencia.

2.2. Externalidades y fallas del mercado

La corriente económica nos advierte de la inevitable existencia de externalidades en los marketplaces digitales. Estas externalidades, sean negativas o positivas se acentuarán por las características intrínsecas de este mercado.

Según Rysman (2009) un mercado (o plataforma) será de dos lados cuando “1) dos conjuntos de agentes interactúan a través de una plataforma intermediaria, y 2) las decisiones de cada grupo de agentes afectan el resultado del otro grupo de agentes, típicamente a través de una externalidad”.

Siguiendo esa misma línea, Evans (2003) identifica tres condiciones que definen estos mercados: (i) la existencia de dos o más grupos diferentes de partícipes (establecimientos alojados y consumidores), (ii) la presencia de externalidades vinculadas entre estos grupos y (iii) la intermediación de un agente que las internaliza (plataforma).

En este tipo de mercado, se producen una serie de beneficios positivos para las partes, como la competencia promovida por una pluralidad de proveedores y compradores, la reducción de costos de transacción en una serie de aspectos (búsqueda de ofertas, acceso a información, facilidades para la celebración y ejecución de contratos de consumo, generación de confianza), así como algunas externalidades positivas del efecto red, pues a mayor cantidad de partícipes en ambos lados del mercado, se optimizan la oferta y la demanda, se incentiva la innovación, se generan economías de escala, se facilita el acceso a mercados globales y se facilita el acceso a datos y preferencias de los consumidores, permitiendo focalizar mejor la oferta en función de su perfil y preferencias.

De otro lado, también pueden producirse algunas externalidades negativas y fallas de mercados. En relación a las primeras, podemos mencionar las siguientes: la congestión por el crecimiento inesperado en la plataforma, que genera lentitud en el servicio digital y demoras en la atención de los pedidos; la concentración de poder de mercado puede generar menos visibilidad y más dificultad en posicionarse para las nuevas empresas (*start ups*) que ingresan al final; el uso no autorizado o abusivo de los datos personales por parte del intermediario de la plataforma, entre otros.

Estas externalidades negativas pueden promover fallas de mercado, que a menudo conducen a infracciones de las normas de competencia. Entre ellas, encontramos el **abuso de posición de dominio** por parte del intermediario de la plataforma o de algún

proveedor dominante, la **concertación** entre proveedores facilitada por la plataforma, y **prácticas de competencia desleal**, como el uso indebido de datos privados de los establecimientos alojados o la realización de actos denigratorios contra plataformas competidoras. Es en estos problemas ocasionados por las fallas de mercado, que nos centraremos en las siguientes líneas.

III. PROBLEMAS DE COMPETENCIA GENERADOS POR LAS DINÁMICAS DE LOS MARKETPLACES DIGITALES

Las dinámicas comerciales dentro de un Marketplace digital pueden llevar al desarrollo de conductas que afecten el proceso competitivo. En ese sentido, pueden desarrollarse prácticas exclusorias mediante el abuso de posición de dominio o prácticas colusorias, que a su vez, restringen la competencia; ello sin perjuicio de los supuestos de competencia desleal, que tratan justamente de las malas prácticas al ejercer la competencia, produciendo una conducta reprochable que afecta la buena fe empresarial. A continuación, vamos a ampliar esta explicación teniendo en cuenta las características de un Marketplace.

3.1. Abuso de posición dominante

Este escenario se presenta cuando el intermediario de un marketplace ostenta una posición de dominio en un mercado relevante, imponiendo con ocasión de ello prácticas exclusorias.

Como sabemos, para determinar la posición de dominio es necesario tener en cuenta: el mercado relevante, la participación, la concentración del mercado y las barreras de acceso (económicas, financieras, legales, estratégicas, naturales, burocráticas, etc).

Cabe recordar que, el mercado relevante debe ser determinado en dos ámbitos: el geográfico y el producto/servicio. En ese sentido, el mercado geográfico podría estar integrado por todos los marketplaces del mundo que sean capaces de entregar productos o servicios en un territorio determinado, y el producto o servicio podría consistir en el alojamiento en el Marketplace o alguno de los productos finales que ofrecen los marketplaces, dependiendo de quien sea el interesado (un negocio o un consumidor final).

Las prácticas anticompetitivas podrían consistir en restringir el acceso de alojamiento a los establecimientos que no vendan productos de las empresas vinculadas al intermediario de la plataforma o imponer a estos establecimientos rentas o porcentajes excesivos o tratar a los establecimientos alojados de forma discriminatoria.

Como puede apreciarse se trata de imponer condiciones que afectan la eficiencia del proceso competitivo, teniendo como efecto perjudicar a otras empresas y también a los consumidores al reducir la competencia y limitar sus opciones.

3.2. Acuerdos colusorios

Los acuerdos colusorios en los marketplaces digitales se producen cuando los establecimientos alojados o el propio intermediario de la plataforma, coordinan sus acciones para evitar competir o restringir la competencia de forma deliberada.

Estas prácticas pueden incluir, entre otras, la fijación de precios, la limitación de la oferta, o el establecimiento de condiciones que perjudican a ciertos competidores, lo cual infringe las normas de competencia y afecta negativamente a los consumidores.

El caso Booking que desarrollaremos más adelante puede considerarse uno de estos supuestos.

3.3. Competencia desleal

La competencia desleal también se manifiesta en las plataformas digitales, generando impactos negativos tanto para los consumidores como para los establecimientos que operan en ellas, así como para los competidores de dichas plataformas.

En efecto, si bien esta conducta anticompetitiva supone la existencia de competencia, el ejercicio de la misma conlleva conductas reprochables o vedadas que afectan la buena fe empresarial.

En algunos ordenamientos, si bien no se distingue la competencia desleal de conductas anticompetitivas, claramente podemos distinguir cuándo las acciones restringen la competencia y cuándo es que se compete en base a conductas engañosas, denigratorias, que producen confusión, que se aprovechan de secretos empresariales o que son simplemente indebidas.

IV. CASOS EMBLEMÁTICOS

En esta sección, se presentan algunos casos emblemáticos que ilustran cómo ciertas prácticas que vienen desplegando los intermediarios de las plataformas pueden distorsionar el mercado y debilitar la confianza del público en el uso de las mismas.

4.1 Caso Google Shopping

En este caso la Comisión Europea sancionó a Google con una multa de 2.42 mil millones de euros por abusar de su posición de dominio en el mercado de buscadores en línea, dado que había utilizado su motor de búsqueda (Google Search) para favorecer a su propio servicio de compras comparativas, Google Shopping, en los resultados de búsqueda, relegando a servicios de comparación de precios rivales a posiciones menos visibles.

En el 2013 la Comisión Europea, luego de investigar las prácticas antes mencionadas, emitió un pliego de cargos contra Google acusándolo de haber abusado de su posición de dominio en el mercado de búsquedas en línea.

Cabe indicar que, según la investigación realizada por la Comisión Europea, Google había comenzado a aplicar estas prácticas en el 2008 en mercados europeos, empezando en Alemania y Reino Unido. Luego extendió tales prácticas a Francia, Italia, Países Bajos, España, y otros países del Espacio Económico Europeo (EEE) durante los años siguientes. Como resultado de estas prácticas, Google aumentó significativamente el tráfico de su servicio de compras comparativas, mientras que los servicios rivales experimentaron fuertes caídas en el número de visitas, de hasta un 92% en algunos casos.

Posteriormente, en el 2017, luego de varios años de investigación, la Comisión Europea determinó que Google contaba con una posición de dominio en el mercado de búsquedas en línea en todo el Espacio Económico Europeo y que había abusado de la misma al otorgar un posicionamiento destacado a Google Shopping en los resultados de su buscador "Google Search", mientras que las plataformas con servicios rivales los situaba en lugares con menos visibilidad.

Ante la decisión de la Comisión, Google presentó su apelación ante el Tribunal General de la Unión Europea; sin embargo, en noviembre de 2021, dicho colegiado desestimó

la apelación de Google y confirmó la decisión de la Comisión Europea, así como, la multa impuesta.

No obstante ello, Google decidió llevar el caso ante el más alto tribunal de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia, el cual en noviembre de 2024, emitió su fallo definitivo, desestimando el recurso de Google y confirmando la decisión del Tribunal General. Con esta decisión, el caso llegó a su fin, estableciendo un precedente clave en la aplicación de las leyes antimonopolio.

Como puede apreciarse, se trata de un caso de abuso de posición de dominio bajo la modalidad de práctica exclusoria, dado que Google hizo provecho de su buscador, Google Search, para colocar a su propio servicio de comparación de precios (Google Shopping) en los mejores lugares de la web, relegando la aparición de los servicios de comparación de precios rivales a posiciones menos visibles.

4.2 Caso Booking

En 2021, dos asociaciones vinculadas al sector hotelero en España presentaron varias denuncias ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (autoridad de competencia española), a través de ellas ponían de manifiesto determinadas prácticas anticompetitivas llevadas a cabo por Booking en el mercado español de reservas de alojamiento, prácticas que consistían, principalmente, en:

- (i) la imposición de condiciones inequitativas a los hoteles españoles, al obligarlos a ofrecer precios iguales o no, más bajos en los canales diferentes a su plataforma. Es decir, no admitía distinciones, incluso en los canales de venta propios de los hoteles (sitios web o plataformas competidoras); y
- (ii) la implementación de políticas comerciales que podrían tener efectos exclusivos sobre las demás agencias de viaje en línea, así como sobre otros canales de venta online.

Es así que, en octubre de 2022, la autoridad española inició un procedimiento sancionador contra Booking por las prácticas antes mencionadas.

Posteriormente, en julio de 2024, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia multó a Booking con 413,240,000 euros por haber abusado de su posición de dominio al imponer, desde el 2019, varias condiciones no equitativas a los hoteles españoles que se encontraban alojados en su plataforma; y al restringir la competencia de otras agencias de viajes en línea que ofrecían los mismos servicios de intermediación de reservas.

Como puede advertirse, se trató de un caso de abuso de posición de dominio bajo las modalidades de prácticas explotativa y exclusoria. La primera, se configuró en la medida de que Booking impuso condiciones comerciales no equitativas a los hoteles españoles, mediante una cláusula de precios que les impedía ofertar sus habitaciones en sus propias webs por debajo del precio que ofertan en Booking; y la segunda práctica, quedó configurada al haber restringido la competencia de otras agencias de viajes en línea.

4.3 Caso Amazon

En 2019, investigaciones periodísticas revelaron que Amazon utilizaba datos internos (no públicos) de establecimientos alojados para identificar los productos más vendidos en su plataforma. Estos datos incluían información reservada sobre ventas, márgenes de

beneficio y patrones de demanda de los establecimientos. Con base en esta información, Amazon desarrollaba productos similares y los vendía bajo sus propias marcas, llegando a desplazar en las ventas a los establecimientos alojados a raíz de la visibilidad preferencial que lograba a través de la plataforma.

Es así que en 2020, la Comisión Europea abrió una investigación formal contra Amazon, al haber encontrado indicios de que utilizaba datos sensibles de los establecimientos alojados dentro de su plataforma para beneficiar a sus marcas privadas. Además, Amazon fue acusado de otorgar preferencia a sus productos en el sistema de búsqueda y en su programa "Buy Box" (que es una sección destacada que aparece en la plataforma y permite a los consumidores agregar directamente un artículo al carrito de compras o realizar una compra rápida con un solo clic).

Más tarde, en 2020, durante una audiencia en el Congreso de los Estados Unidos, Amazon fue interrogada sobre el uso de datos de los establecimientos; si bien negó haber empleado dicha información para beneficiar a sus marcas, documentos internos indicaban lo contrario. En 2023, la Comisión Federal de Comercio (FTC) presentó una demanda formal contra Amazon, acusándola de realizar prácticas anticompetitivas que perjudicaban a los establecimientos alojados y a los consumidores.

Es así que, en un esfuerzo por evitar multas millonarias, en 2022 Amazon acordó con la Comisión Europea dejar de usar datos no públicos de los establecimientos y eliminar el trato preferencial hacia sus productos. Asimismo, prometió garantizar igualdad de condiciones en el acceso al programa "Buy Box".

Si bien en este caso no hubo una decisión de fondo por parte de la Comisión Europea, para nuestra legislación nacional dichas prácticas de Amazon calificarían como actos de competencia desleal en la modalidad de violación de secretos empresariales (lit. a), art. 13, Decreto Legislativo N° 1044), ya que Amazon, sin autorización de los establecimientos alojados, explotó los secretos empresariales e información reservadas de estos proveedores para obtener ventajas competitivas a su favor.

4.4 Caso Uber vs. Lyft

En 2014, el New York Times⁴ dio a conocer una denuncia de Lyft⁵ contra Uber, afirmando que este último habría instruido a sus empleados y contratistas para que solicitaran viajes en Lyft y luego los cancelaran, con el fin de saturar el sistema de Lyft y generar demoras en dicha plataforma. Esta estrategia también incluyó comentarios negativos y reseñas falsas para denigrar el servicio de Lyft y causar un impacto negativo en la percepción de sus usuarios. Estas acciones por parte de Uber fueron consideradas como actos denigratorios en contra de su competidor.

Este caso no tuvo un desenlace judicial contra Uber, dado que las autoridades de EE.UU. no iniciaron una investigación en su contra. Sin embargo, de haber realizado dichas prácticas -Uber en contra de Lyft- éstas habrían calificado como actos de competencia desleal en la modalidad de denigración, pues las acciones de Uber tendrían como efecto real menoscabar la imagen y la reputación empresarial de su competidor (num. 11.1, art. 11, Decreto Legislativo N° 1044).

⁴ Cfr. en la siguiente enlace: <https://archive.nytimes.com/bits.blogs.nytimes.com/2014/08/12/accusations-fly-between-uber-and-lyft/>

⁵ Es una plataforma de transporte que opera en Estados Unidos, ofreciendo servicios de transporte privado a través de una aplicación móvil. Los usuarios pueden solicitar viajes mediante la app, conectándose con conductores registrados que utilizan sus propios vehículos para brindar el servicio de transporte, similar a Uber.

4.5 Caso Epic Games vs. Apple

En 2020, Epic Games (empresa creadora de videojuegos) demandó a Apple ante una Corte Federal de California en los Estados Unidos, acusándolo de realizar prácticas anticompetitivas al imponer restricciones a los desarrolladores de aplicativos móviles a través de su "App Store"⁶. Apple exigía que todas las compras dentro de las aplicaciones utilicen su sistema de pagos por el cual cobraba una comisión de hasta el 30% por cada transacción que realizaban los usuarios. Epic Games intentó eludir dicha comisión implementando su propio sistema de pagos dentro de su aplicativo "Fornite", siendo la reacción de Apple frente a dicha conducta, la de eliminar el aplicativo de Epic Games de la App Store.

Cabe indicar que en su demanda Epic Games alegó principalmente que: (i) Apple tenía un monopolio sobre la distribución de aplicativos y los pagos dentro de ellas en su sistema iOS⁷; y (ii) que sus restricciones limitaban la competencia al impedir la existencia de tiendas alternativas o sistemas de pagos independientes en el sistema iOS.

En primera instancia, la Corte Federal de California, falló parcialmente a favor de Apple, ya que concluyó que este no configuraba un monopolio, en tanto que el mercado relevante no era solo Apple App Store, sino que además participaban otros competidores como Google Play y otras plataformas de videojuegos en general (como consolas o PC's).

Aunque la Corte determinó que Apple no tenía posición de dominante en el mercado relevante, sí constató que había violado la Ley de Competencia Desleal de California al impedir que los desarrolladores de aplicativos incluyeran enlaces externos a su sistema de pagos en el Apple App Store, lo cual configuraba una práctica desleal según la Ley de Competencia Desleal de California.

Posteriormente, Epic Games y Apple apelaron el fallo de la Corte Federal ante el Tribunal del Noveno Circuito de Apelaciones, las cuales fueron desestimadas por dicho colegiado, confirmando la decisión de primera instancia y manteniendo la orden judicial que obligaba a Apple a permitir la inclusión de enlaces externos en su App Store.

Consideramos, al igual que los tribunales de los EE.UU., que Apple no tendría posición de dominio en el mercado de los smartphones y que la condición impuesta por Apple a los desarrolladores de aplicaciones móviles, consistente en no permitir que éstos utilicen medios de pago distintos a los de su plataforma, configuraría para nuestra legislación una conducta desleal contraria a la buena fe empresarial y al adecuado funcionamiento del proceso competitivo.

Como puede apreciarse en todos los casos antes mencionados, las dinámicas comerciales de las plataformas digitales pueden generar importantes problemas de competencia que afectan tanto a los proveedores como a los consumidores. Entre estos problemas destacan el abuso de posición de dominio, los acuerdos colusorios y la competencia desleal. Estas prácticas no solo afectan a los nuevos actores que intentan ingresar al mercado, sino también a los establecimientos alojados que dependen de estas plataformas para acceder a los consumidores, quedando a merced de sus políticas y condiciones.

⁶ Un App Store es una plataforma digital donde los usuarios pueden descubrir, descargar y actualizar aplicaciones para sus dispositivos electrónicos (tales como, teléfonos móviles, tablets o computadoras). Estas plataformas permiten que los desarrolladores publiquen sus aplicaciones y, en algunos casos, ofrezcan opciones de pago o suscripciones. Entre las App Store más conocidas se encuentran: Apple App Store y Google Play Sotre.

⁷ Sistema operativo que utilizan los dispositivos móviles como el iPhone y el iPad. En buena cuenta es el software que hace que dichos dispositivos funcionen.

V. CONCLUSIONES

- Los marketplaces digitales han transformado la forma en que interactuamos comercialmente, pero también han creado nuevos desafíos para el derecho de la competencia. La creciente centralización del poder en manos de los grandes intermediarios digitales ha generado preocupaciones sobre la posible distorsión del mercado, el trato desigual a los establecimientos y la reducción de la competencia efectiva.
- Las plataformas digitales de dos lados generan tanto externalidades positivas como negativas. Las externalidades positivas incluyen la reducción de costos de transacción, el acceso a una mayor variedad de productos, la innovación y la optimización de la oferta y demanda gracias al efecto red. Sin embargo, también pueden surgir externalidades negativas, como la congestión de la plataforma y el abuso de datos personales, lo que puede generar fallas de mercado.
- Las fallas de mercado derivadas de las externalidades negativas pueden tener efectos perjudiciales, como el abuso de posición dominante, la concertación entre proveedores y prácticas de competencia desleal. Estas prácticas distorsionan la competencia, afectando tanto a los consumidores como a los proveedores dentro del marketplace, lo que puede llevar a una mayor concentración de poder y menos opciones para los consumidores.
- El abuso de posición dominante por parte de los intermediarios en las plataformas digitales es un desafío clave para el derecho de la competencia. Casos como el de Booking y Google Shopping, ejemplifican cómo el poder de mercado de las plataformas puede ser explotado para distorsionar la competencia, perjudicando tanto a los competidores como a los consumidores al reducir la variedad y la competencia en la plataforma.
- Los marketplaces digitales enfrentan desafíos en materia de competencia debido a prácticas colusorias y de competencia desleal. Por un lado, los acuerdos colusorios restringen deliberadamente la competencia mediante acciones coordinadas, como la fijación de precios o la limitación de la oferta, perjudicando a competidores y consumidores. Por otro lado, la competencia desleal, aunque presupone la existencia de competencia, implica conductas reprochables como engaños, denigración o aprovechamiento indebido, las cuales vulneran la buena fe empresarial.
- Los casos analizados evidencian cómo las dinámicas comerciales en las plataformas digitales pueden dar lugar a prácticas anticompetitivas, como la denigración, el abuso de posición de dominio y la competencia desleal, generando impactos negativos tanto en los competidores como en los consumidores. Estas conductas, que vulneran la buena fe empresarial y el adecuado funcionamiento del proceso competitivo, subrayan la necesidad de un marco regulatorio que proteja la equidad en el mercado digital y garantice condiciones de la competencia para todos los actores involucrados.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia EFE (2020). Investigación revela que Amazon usa datos de vendedores en beneficio propio. Gestión. https://gestion.pe/economia/empresas/investigacion-revela-que-amazon-usa-datos-de-vendedores-en-beneficio-propio-noticia/#google_vignette
- Agencia AFP (2024). Epic, desarrollador de Fortnite, da por perdida batalla judicial contra Apple. Gestión. https://gestion.pe/economia/empresas/videojuegos-epic-games-desarrollador-de-fortnite-da-por-perdida-batalla-judicial-contra-apple-noticia/#google_vignette
- Chen (2014). Uber vs. Lyft: Which Ride-Hailing App Is Better?. The New York Times. <https://www.nytimes.com/2019/04/17/technology/personaltech/uber-vs-lyft.html>
- Comisión Europea. Decisión número C(2017) 4444 (27 de junio de 2017).
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2024). Resolución sancionadora del Consejo de la CNMC (29 de julio de 2024). Expediente S/0005/21 BOOKING. <https://www.cnmc.es/sites/default/files/5453760.pdf>
- Evans, D (2003). The Antitrust Economics of Multi-Sided Platform Markets. Yale Journal on Regulation, (20), 327-379. <http://hdl.handle.net/20.500.13051/8032>
- Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0084-2020/SDC (5 de agosto de 2020).
- Redel, D. (2021). Epic Games vs Apple: Una decisión que deja heridos en ambos lados. Centro de Competencia. <https://centrocompetencia.com/epic-games-v-apple-decision-deja-heridos-en-ambos-lados/>
- Rysman, M (2009). The Economics of Two-Sided Markets. Journal of Economic Perspectives, (23), 125-143. <https://pubs.aeaweb.org/doi/pdfplus/10.1257/jep.23.3.125>
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (2022). Manual de la OCDE sobre política de competencia en la era digital. https://www.oecd.org/es/publications/manual-de-la-ocde-sobre-politica-de-competencia-en-la-era-digital_92f049d7-es.html
- Tejero, M. (2017). Multa record de Europa a Google: 2.420 millones por perjudicar a sus rivales online. El Confidencial. https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-06-27/google-shopping-ue-europa-multa-comparadores-online_1405648/

LA COMPENSACIÓN BANCARIA: UN CAMBIO DE POSTURA DEL INDECOPI POR MÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Autora:

Liliana Pantigozo Villafuerte



LA COMPENSACIÓN BANCARIA: UN CAMBIO DE POSTURA DEL INDECOPI POR MÉRITO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

The bank compensation: a change of position of Indecopi due to intervention of the Constitutional Court of Peru

Liliana Pantigozo Villafuerte¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Compensación bancaria como protección al ahorrista.
- III. Las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú y el cambio de postura del Indecopi: la compensación como infracción
- IV. Sobre la Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI
- V. Sobre Resolución Final N° 1667-2024/CC1
- VI. Conclusiones

Resumen

La compensación bancaria aplicada sobre cuentas de ahorros sueldo (remuneraciones) deberá ceñirse al límite establecido legalmente. En los supuestos en los que se omita el carácter de su inembargabilidad será considerada como una infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor. De acuerdo con el nuevo pronunciamiento del Indecopi, que acoge la postura del Tribunal Constitucional del Perú, las entidades de intermediación financiera, en atención a las resoluciones emitidas durante este año, solo podrán aplicar la compensación bancaria dentro de la restricción fijado por el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

El Indecopi, a través de la Sala Especializada en Protección al Consumidor y de la Comisión de Protección al Consumidor N° 1, ha asumido la modificación del criterio que eximía de responsabilidad a las entidades de intermediación financiera en aquellos supuestos en los que el contrato del producto pasivo o activo contenía una cláusula de autorización para la procedencia de la compensación bancaria, considerando que este era el único requisito para su ejecución.

En este contexto, se analiza en este artículo los motivos que originaron el cambio de criterio y la repercusión jurídica de la decisión, ante una exigencia fijada por el Tribunal Constitucional del Perú.

Palabras clave

Compensación bancaria/ Cuentas sueldo/ Inembargable/ Infracción.

¹ Docente de los cursos de Derecho de la Banca y Derecho de Seguros de la Universidad de San Martín de Porres (Lima, Perú). Abogada, Máster Oficial en Derecho de la Globalización y de la Integración Social y Magíster en Derecho Bancario y Financiero por la PUCP. Correo electrónico: lpantigozov@usmp.pe.

Abstract

The bank compensation applied to salary savings accounts must adhere to the legally established limit. In cases in which the nature of its non-seizability is omitted, it will be considered a violation of the Consumer Protection and Defense Code. In accordance with the new pronouncement of Indecopi, which accepts the position of the Constitutional Court of Peru, financial intermediation entities, in response to the resolutions issued during this year, will only be able to apply bank compensation within the restriction established by section 6. of article 648 of the Civil Procedure Code.

Indecopi, through the Specialized Consumer Protection Court and the Consumer Protection Commission No. 1, has assumed the modification of the criterion that exempted financial intermediation entities from liability in those cases in which the contract of the passive or active product contained an authorization clause for the origin of bank compensation, considering that this was the only requirement for its execution.

In this context, this article analyzes the reasons that led to the change in criteria and the legal repercussion of the decision, in response to a requirement established by the Constitutional Court of Peru.

Keywords

Bank compensation/ Salary accounts / Unseizable / Infringement.

I. INTRODUCCIÓN

La Sala Especializada en Protección al Consumidor y la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 de la Sede Central del Indecopi se apartaron del criterio que validaba la compensación bancaria sobre cuentas de ahorros sueldo (remunerativas) por parte de las entidades de intermediación financiera, a través de la Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI y la Resolución Final N° 1667-2024/CC1, respectivamente.

Si bien durante los últimos años, dichos órganos resolutivos del Indecopi, asumieron una postura permisiva respecto de la compensación bancaria por parte de las entidades de intermediación financiera sobre cuentas de remuneraciones de los usuarios, es decir, no la sancionaban en la medida que respaldaban su posición en atención a la autorización fijada contractualmente por el consumidor; con los citados pronunciamientos, el criterio actual demanda el ejercicio de la potestad sancionadora ante el carácter ilícito asignado a la compensación bancaria -exclusivamente sobre cuentas remuneraciones- concibiéndola como una afectación al deber de idoneidad previsto en la Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor, siempre que no se adecúe al límite previsto legalmente en el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil².

El cambio de posición respecto de la naturaleza infractora de la compensación bancaria sobre cuentas de ahorros remunerativas obedece, en principio, al acogimiento de lo resuelto por el Tribunal Constitucional en las Sentencias del Pleno N° 670-2021 [expediente 01796-2020-PA/TC]³ y N° 206/2021 [expediente 01396-2017-

² Código Procesal Civil
Artículo 648.- Bienes inembargables.- Son inembargables:
6. Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal.
El exceso es embargable hasta una tercera parte. (...)

³ Mediante la Sentencia 670-2021 del 1 de julio de 2021 [Expediente 01796-2020-PA/TC], el Tribunal Constitucional estableció como exigencia para la compensación bancaria, aplicar los límites

PA/TC]⁴, siendo que la primera sentencia sustenta la afectación al derecho fundamental a la remuneración ante la ejecución de la compensación aplicada a cuentas remuneraciones cuando la entidad de intermediación financiera soslaye el carácter inembargable acorde con la norma adjetiva citada; y la segunda referida al carácter vinculante y obligatorio de sus pronunciamientos.

Ante este panorama, desarrollaremos la idea de protección al ahorrista que conlleva la compensación aplicada por las empresas del sistema de intermediación financiera indirecta, así como los fundamentos de las sentencias del Tribunal Constitucional del Perú involucradas en el cambio de la postura del Indecopi; así como la existencia de una infracción en su ejecución cuando no se respete el límite previsto en el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

II. LA COMPENSACIÓN BANCARIA COMO PROTECCIÓN AL AHORRISTA

La compensación como derecho de las empresas que operan en el sistema financiero se encuentra prevista en el numeral 11 del artículo 132⁵ de la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, atribuyéndose como una facultad orientada a atenuar los riesgos para el ahorrista, en concordancia con el artículo 87 de la Constitución Política del Perú. La compensación, además, como derecho no puede ejercerse de modo absoluto, sino que sus restricciones [carácter relativo] se encuentran en la propia ley -desde su redacción original-, al no poder instruirse sobre los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.

El artículo 87 de la Constitución, dispone que el Estado fomenta y garantiza el ahorro, y circunscribe a la ley para la fijación de las obligaciones y los límites de las empresas que reciben ahorros del público, así como el modo y los alcances de dicha garantía. El Estado tiene que ordenar el mercado financiero, creando y otorgando herramientas o normas jurídicas que protejan y garanticen el ahorro⁶. Precisamente en el marco de la intermediación financiera indirecta es la Ley N° 26702, la que a través del derecho de compensación que les asiste a las entidades permite el pago por parte de los consumidores de sus obligaciones, recuperando sus acreencias y, a la vez, se otorga

establecidos en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, al fijar que los fondos depositados en las cuentas de sueldo o cuentas de haberes no pierden la calidad remunerativa; de modo que ejercer la libertad de contratar (artículo 62 y el artículo 2.14 de la Constitución) debía interpretarse en concordancia con el derecho a la remuneración (artículo 24 de la Constitución), por lo que no resultaba factible que una entidad bancaria se apropiara del íntegro de las remuneraciones del actor [fundamento 14].

⁴ Asimismo, a través de la Sentencia 206-2021 [expediente 01396-2017-PA/TC], el Tribunal Constitucional alegó que, con independencia de la fijación de reglas muy puntuales con el carácter de precedente, todas sus interpretaciones son vinculantes; por lo que sería un error grave asumir que solamente son obligatorios sus pronunciamientos en los que expresamente se consigne que tienen la calidad de precedente, en tanto en lo concerniente a la guarda de la Constitución, el Tribunal siempre tiene la última palabra en el ámbito de sus competencias. [fundamento 10].

⁵ Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros
Artículo 132.- FORMAS DE ATENUAR LOS RIESGOS PARA EL AHORRISTA. En aplicación del artículo 87 de la Constitución Política, son formas mediante las cuales se procura, adicionalmente la atenuación de los riesgos para el ahorrista:
[...]

11. El derecho de compensación de las empresas entre sus acreencias y los activos del deudor que mantenga en su poder, hasta por el monto de aquellas, devolviendo a la masa del deudor el exceso resultante, si hubiere. No serán objeto de compensación los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho.

⁶ Daniel Puémape, *Tratado Elemental de Derecho Bancario Peruano* (Lima: Aries Ediciones, 2013), 311.

protección a los ahorristas evitando que los problemas de insolvencia pueda afectarlos⁷. No obstante, el ejercicio de este derecho, incluso cuando estemos ante la ponderación de la protección al ahorro, presenta excepciones.

En la legislación española, la compensación se encuentra contenida en los artículos 1.195 a 1.292 del Código Civil, regulando dicha institución como una forma de extinción de las obligaciones; la compensación de los créditos entre las partes siempre y cuando exista voluntad por ambos de compensarlas y ambas sean principales, de cantidad de dinero o de la misma especie y calidad, vencidas, líquidas y exigibles, y no sean objeto de contienda con terceros⁸. En el Perú, respecto de la figura de la compensación, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República (en adelante, la Sala Suprema) a través de la Casación N° 11823-2015 del 4 de mayo de 2017, se pronunció explicitando que las remuneraciones depositadas en una cuenta de ahorros sueldo no son susceptibles de compensación por parte de las entidades de intermediación financiera, en tanto no pierden tal calidad y por ello, son inembargables conforme a lo dispuesto por el numeral 6 del artículo 648° del Código Procesal Civil hasta por el monto de cinco (5) Unidades de Referencia Procesal (URP), encontrándose prohibida la compensación a tenor de lo previsto en el artículo 1290° del Código Civil⁹.

La Sala Suprema, en el fundamento 3. de la Casación N° 11823-2015 prescribe que el Código Civil fija los supuestos de prohibición para la compensación entre los cuales se ubica el crédito inembargable, en expresa interpretación del artículo 1290° del Código Civil, y en concordancia con el artículo 648° del Código Procesal Civil; concluyendo la prohibición de embargar remuneraciones cuando el monto equivalente no exceda de 5 URP, resultando permisible únicamente respecto de la tercera parte del exceso de dichas 5 URP, al gozar las normas de carácter imperativo; motivo por el cual las cláusulas contractuales contenidas en los contratos de adhesión [hasta dicho entonces], autorizando su ejecución, no surtirían efectos para determinar la validez de la compensación.

En este contexto, si bien la figura de la compensación opera como una forma de protección del derecho del que gozan los ahorristas, no es menos cierto que, la forma de interpretación de la Corte Suprema de la normativa vinculada se remite a los supuestos de excepción previstos en el propio numeral 11 del artículo 132 de la Ley N° 26702, respecto de aquellos activos legamente excluidos del derecho de compensación sobre las remuneraciones.

⁷ La protección al ahorrista abarca inclusive que el otorgamiento del crédito esté determinado por la capacidad de pago del solicitante, definida fundamentalmente por su flujo de caja y sus antecedentes crediticios, según lo estipulado en el numeral 5.1 del artículo 5 del Reglamento para la Evaluación y Clasificación del Deudor y la exigencia de provisiones, aprobado por la Resolución S.B.S. N° 11356-2008.

⁸ Héctor Buenosvinos, *Estrategias procesales y defensa del consumidor frente a las entidades financieras* (Madrid: Wolters Kluwer, 2020), 124.

⁹ Código Civil
Prohibición de la compensación
Artículo 1290.- Se prohíbe la compensación:
1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.
2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.
3.- Del crédito inembargable.
4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.

III. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ Y EL CAMBIO DE POSTURA DEL INDECOPI: LA COMPENSACIÓN COMO INFRACCIÓN

De acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, el ahorro es un bien constitucional, que debe ser fomentado y garantizado por el Estado; así, acorde con el artículo 87 de la Constitución, las empresas receptoras de ahorros del público deben actuar según las obligaciones y límites desarrollados por la ley [Cfr. Sentencia 95/2024, fundamentos 293-294]. Asimismo, el ahorro admite una doble naturaleza jurídica, puesto que, por un lado, se trata de un derecho fundamental, y por otro, de una garantía constitucional. Respecto del ahorro como derecho fundamental, establece exigencias al Estado tanto negativas como positivas; en relación con las exigencias negativas está la prohibición de apropiarse arbitrariamente del ahorro; mientras que en las exigencias positivas está la obligación estatal de fomentarlo y garantizarlo [Cfr. Sentencia 95/2024, fundamento 295]¹⁰.

El Tribunal Constitucional reconoce que el ahorro, en tanto garantía institucional exige la protección del ahorrista en el sistema financiero [Cfr. Sentencia 95/2024, fundamento 297].

En atención a lo señalado por el Tribunal Constitucional, se podría afirmar que la prohibición de la compensación respecto de los haberes en una cuenta de ahorros sin respetar el parámetro del numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, encaja en una exigencia negativa del derecho fundamental al ahorro.

Cabe tener en consideración que, la figura de la compensación bancaria se concibe como un modo de protección al ahorro, debido al [potencial] incumplimiento por parte de los deudores, afectando la posibilidad de disposición de efectivo del ahorrista. En la mecánica en el mercado de intermediación indirecta participa el intermediario, captando recursos del público y luego colocándolos en forma de préstamos; siendo que el que ofrece capital y el que lo requiere se vinculan indirectamente a través del intermediario, es decir, las personas que depositan su dinero no tienen ninguna relación con las personas que solicitarán un crédito al banco¹¹; aunque las decisiones respecto del pago de la obligación incidirán tanto en el intermediario como en el ahorrista. En estos términos, la compensación sí es un mecanismo de protección al ahorrista cuando se aplique sobre los activos contenidos en los productos pasivos, sin que existan restricciones sobre estos referidas a su expresa prohibición legal.

En línea con los fundamentos del Tribunal Constitucional, una forma de protección del derecho fundamental al ahorro halla su vínculo en las exigencias negativas al Estado, específicamente cuando se está ante la prohibición de apropiarse arbitrariamente del ahorro, y precisamente, reside en los propios límites a la compensación que sí ha previsto el numeral 11 del artículo 132 de la Ley N° 26702, y que ya la jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales [Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional] ha acoplado en sus fundamentos relativos a las cuentas sueldo.

En efecto, la figura de la compensación, desde la posición del legislador, no se ha proyectado desde su dación como una facultad irrestricta, a diferencia del criterio que vino adoptando la Comisión de Protección al Consumidor N° 1 del Indecopi -como se advertirá en líneas siguientes-. La compensación siempre se ha visto circunscrita por los

¹⁰ El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado a través de las sentencias 00004-2004- PI/TC y 00410-2002-AA/TC.

¹¹ Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones, *Plan nacional de difusión de rol y funcionamiento del sistema financiero peruano* (Lima: 2009), 16.

activos legal o contractualmente declarados intangibles y ha sido labor de los operadores jurídicos delimitar sus alcances.

El cuestionamiento -en la vía administrativa- sobre la legalidad de la compensación se remonta al año 2010, concibiéndola en aquella ocasión como una conducta infractora [Cfr. la Resolución N° 199-2010/SC2-INDECOPI del 29 de enero de 2010], criterio variado a través de la Resolución N° 3448-2011/SC2-INDECOPI del 15 de diciembre de 2011. En esta última, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 refirió que la compensación no se enmarcaba en una infracción en tanto este era un acto de disposición patrimonial de toda persona, contando con la libertad para disponer su patrimonio, por lo que cualquier limitación debía ser interpretada restrictivamente a fin de no afectar la esfera del derecho de libertad propia, pues cuando un consumidor decidía que sus remuneraciones podían servir para atender las obligaciones con una entidad de intermediación financiera, actuaba en el marco de la autonomía privada que es un derecho de rango constitucional.

En la Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, el órgano resolutorio colegiado alegó también que el derecho de compensación de las entidades bancarias era una medida que permitía atenuar el riesgo crediticio, permitiendo que los créditos sean colocados a tasas de interés menores. Por ello, la prohibición de la compensación con cargo a haberes o pensiones aumentaba el costo de crédito y, podría originar la contracción de la oferta del crédito por parte del sistema bancario.

En relación con lo señalado en su oportunidad por la Sala del Indecopi [Resolución 3448-2011/SC2-INDECOPI, fundamento 30] se analizaba sobre la posibilidad de que el usuario pudiese elegir la compensación en los términos siguientes:

30. [...] Este Colegiado estima que podría objetarse la libertad del consumidor para aceptar la compensación con cargo a su remuneración o pensión, bajo el argumento que no existe voluntad plena cuando la aceptación viene incorporada en cláusulas generales de contratación. La realidad de la contratación contemporánea no es ajena a esta Sala, por lo que consideramos oportuno recomendar a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP que evalúe la posibilidad de exigir a las empresas del sistema financiero que en el futuro estos pactos de compensación no formen parte de condiciones contractuales redactadas unilateral y previamente por el proveedor, sino que los formatos utilizados por las entidades bancarias consignen casilleros para marcar en los cuales el consumidor puede elegir una condición u otra, es decir, si acepta o no la compensación.

Es decir, aún en el año 2011, el Indecopi sugirió a la Superintendencia la inclusión de alguna cláusula contractual que permitiese a los consumidores la elección de la compensación en los productos comercializados.

Actualmente, de la revisión de los contratos publicados en las páginas web de las entidades de intermediación financiera, visualizamos que la cláusula referida a la compensación se encuentra copiada conteniendo la literalidad del numeral 11 del artículo 132 de la Ley 26702. La regulación prevista por el Reglamento de Gestión de Conducta de Mercado del Sistema Financiero, aprobado por Resolución de SBS N° 3274-2017, demanda a través del numeral 50.1 del artículo 50 que las cláusulas generales de contratación de los modelos de los productos activos [crédito hipotecario y crédito de consumo] y los pasivos [depósito de ahorro, depósito a plazos, depósito por compensación de tiempo de servicio y depósito en cuenta corriente] se sometan a aprobación administrativa previa; asimismo, el numeral 50.2 viabiliza a que la

Superintendencia pueda ampliar el listado contenido en el numeral 50.1, identificando productos y/o servicios que generen un impacto en los usuarios.

En ese sentido, en los contratos vigentes apreciamos que no opera la compensación sobre los activos legal o contractualmente declarados intangibles o excluidos de este derecho; de lo contrario se podría analizar la naturaleza de una cláusula abusiva; es oportuno recordar que un escenario propicio para la utilización de cláusulas contractuales abusivas podría acaecer cuando se utilizan formatos estandarizados de contratos, o aquellas situaciones en las que no ha existido una negociación contractual en condiciones mínimas de equilibrio e igualdad¹². En la Unión Europea, por ejemplo, podemos citar la importancia de la Directiva 93/13/CEE que tiene como objetivos (i) proteger eficazmente a los consumidores como parte generalmente más débil, contra las cláusulas abusivas contractuales utilizadas por los profesionales y que no han sido negociadas individualmente y (ii) contribuir al establecimiento del mercado interior a través de una armonización mínima de las normas nacionales destinadas a esa protección; e inclusive en España la protección al consumidor ha cobrado especial importancia, en la regulación estatal, en un sector normativo concreto relacionado con el préstamo hipotecario recientemente¹³.

En el Perú, debemos reconocer ha sido labor de los operadores jurídicos delimitar los alcances de la compensación y no del Indecopi, quien no ha contemplado la doble naturaleza del derecho fundamental al ahorro ni el derecho fundamental a la remuneración.

El Indecopi ha tomado la decisión de cambiar su posición respecto de la figura de la compensación, con motivo de la Sentencia N° 670-2021 del 1 de julio de 2021 [Expediente 01796-2020-PA/TC]. En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional estableció como exigencia para la compensación bancaria, aplicar los límites establecidos en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, al fijar que los fondos depositados en las cuentas de sueldo o cuentas de haberes no pierden la calidad remunerativa y que su aplicación representa una vulneración al derecho fundamental a la remuneración. Específicamente, el trabajador tiene derecho a una remuneración [artículo 24 de la Constitución] equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual, en virtud de un trabajo o servicio realizado para un empleador, con una naturaleza alimentaria y en estrecha relación con los derechos a la vida, igualdad, dignidad y con efectos sobre el desarrollo integral de la persona humana, estableciéndose que la remuneración debe evidenciar su suficiencia [Cfr. Sentencia 670/2021, fundamento 4], no resultando viable que las entidades de intermediación lesionen dicho derecho fundamental.

En la Sentencia N° 670-2021, también el Tribunal reitera que las cuentas de ahorros donde se depositaron las remuneraciones son embargables bajo los límites del inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, según sus pronunciamientos previos, entre los que cita a las sentencias expedidas en los expedientes 00691-2004-PA/TC, 00645-2013-PA/TC, y 02877- 2014-PA/TC [Cfr. Sentencia 670/2021, fundamento 5]; señalando que dicho órgano jurisdiccional ha sido reiterante en aplicar el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, en casos donde se intervienen los montos remunerativos depositados en las cuentas de ahorros de los trabajador.

Lo anterior demuestra que para que un consumidor pudiese evitar la conducta consistente en la compensación sobre cuentas de ahorros sueldo, la vía a través de la cual pudiese exigir cese la lesión al derecho fundamental era la del proceso

¹² José Antonio Tirado, *Protección del Consumidor* (Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2021), 75.

¹³ Javier Goldaracena, María Luisa Martínez y Raquel Saralegui, *Prácticas abusivas bancarias ¿Cómo me defiende?* (España: Thomson Reuters Aranzadi, 2021), 35.

constitucional de amparo, y no aquella propia de las instancias administrativas como el Indecopi.

No obstante, no es sino hasta el pronunciamiento de la Sala Especializada en Protección al Consumidor, a través de la Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI que esta decide reconocer la sentencia Pleno 670/2021. El criterio del cambio se sustenta en la aplicación de la Sentencia de Pleno 206/2021, exigiéndose, sobre este pronunciamiento, inclusive un informe expedido por la Oficina de Asesoría Jurídica del Indecopi [Informe N° 0129-2024-OAJ/INDECOPI], el cual concluyó que los pronunciamientos del Tribunal Constitucional debían ser obligatoriamente aplicados por los órganos resolutivos del Indecopi, en tanto eran vinculantes independientemente de que se encuentren o no en una sentencia con calidad de precedente.

IV. SOBRE LA RESOLUCIÓN N° 971-2024/SPC-INDECOPI

La Sala Especializada en Protección al Consumidor del Indecopi, mediante la Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI del 8 de abril de 2024, se pronunció en virtud de la conducta consistente en la retención indebida de la remuneración mensual percibida, respecto de la compensación bancaria sobre cuentas de ahorros remunerativas. En efecto impuso una sanción consistente en una amonestación por la operación (compensación) incorrectamente realizada, revocando la multa impuesta por la Comisión de Protección al Consumidor de Puno.

En el caso analizado, un consumidor mantenía pago pendiente ante la contratación de un crédito; sin embargo, alegó que ante las dificultades económicas no pudo continuar con su obligación. No fue sino hasta cuando la persona titular del crédito comenzó a laborar y recibir el pago de su remuneración mensual, que el Banco procedió a retener el íntegro de su remuneración [un monto de S/ 3400.00]. El consumidor indicó que este hecho materializado por el banco no contaba con su consentimiento, lo que ponía en riesgo su salud y economía familiar.

La denuncia antes mencionada fue tramitada ante la Comisión de Protección al Consumidor de Puno, la misma que declaró fundada la denuncia contra la entidad de intermediación financiera, por infracción al artículo 19 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, al considerar que se había acreditado la retención indebida de la totalidad de la remuneración mensual percibida por el denunciante durante los meses de julio y diciembre de 2022; estableciendo una sanción de 13.92 Unidades Impositivas Tributarias.

La medida correctiva reparadora, ante la primera instancia ordenada consistió en mandar a la entidad a que devuelva al denunciante los montos indebidamente retenidos de su remuneración mensual a partir del mes de julio de 2022 y que se abstenga de continuar reteniendo la totalidad de la remuneración mensual percibida.

En su recurso de apelación, el Banco sostuvo que las retenciones realizadas con cargo a las cuentas del denunciante no eran embargos, sino que provenían de la aplicación de la compensación conforme se encuentra previsto en el artículo 132 de la Ley 26702. Asimismo, dicha entidad precisó que en el contrato suscrito por el denunciante se advertía que este había conferido la facultad de compensar la obligaciones vencidas y exigibles con cargo a los fondos de cualquier cuenta o depósito que mantuviera, sin encontrarse excepción alguna a dicha facultad.

A diferencia de otras resoluciones, la Sala Especializada en Protección al Consumidor mediante la Resolución N° 0341-2024/SPC—INDECOPI del 7 de febrero de 2024, ordenó a su Secretaría Técnica que efectúe una consulta ante la Oficina de Asesoría Jurídica del Indecopi con la finalidad de que brinde alcances sobre el contenido del artículo VII del Código Procesal Constitucional, a fin de verificar si al momento de emitir una

decisión respecto del objeto controvertido, dicho órgano resolutorio debía tomar como referencia lo señalado por el Tribunal Constitucional. En atención a dicho informe, la Sala tomó la decisión de cambiar sus criterios.

Es importante reconocer que el administrado consumidor citó las sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes 691-2004-PA/TC, 645-2023-PA/TC y 2877-2014-PA/TC, así como la Casación N° 18161-2015; exigiendo que el Indecopi sancione la conducta infractora incurrida por el banco denunciado, por lo que cualquier cláusula o acuerdo pactado entre el banco y el consumidor no debían surtir efectos.

El análisis de la Sala partió de la idea de si los pronunciamientos del Tribunal Constitucional respecto de la interpretación de la compensación sobre cuentas sueldo o cuentas de haberes, resultaba vinculante o no para el caso planteado.

La Sala asumió el criterio establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 670/2021, exponiendo que el derecho de compensación de las entidades del sistema financiero procedía mediando acuerdo previo [contenido en una cláusula contractual] y si recaía sobre los activos del deudor que mantenga en su poder, prohibiéndose la compensación respecto de remuneraciones cuando estas no sean mayores a las 5 URP y respecto del exceso, solo podría embargarse hasta una tercera parte. La Sala señaló que, al no perder los fondos depositados en dichas cuentas, su calidad remunerativa, las entidades financieras no podían compensar todos los fondos que obraban en ella, independientemente de que la compensación hubiese sido pactada o no.

Dicho órgano reconoció que en sus anteriores pronunciamientos contenidos en las resoluciones 3448-2011/SC2-INDECOPI del 15 de diciembre de 2011, 4152-2016/SPC-INDECOPI, 3684-2019/SPC-INDECOPI del 27 de diciembre de 2019 y 1704-2020/SPC-INDECOPI del 30 de setiembre de 2020, adoptó una posición distinta a la propuesta en la Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI; cambiando de criterio en esta última resolución.

Asimismo, la Sala en relación con la multa determinó que el pronunciamiento modificaba la confianza generada en el mercado respecto de la línea jurisprudencial previamente establecida, en alusión a que hasta la emisión de la resolución la compensación no era una infracción; aunque consideró que la conducta debía ser sancionada pecuniariamente, se impuso una amonestación, debido a que existía confianza legítima generada en las entidades financieras.

Según Coviello, la protección al principio de legítima confianza constituye un instituto del derecho público, derivado de los postulados del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y de la equidad, que ampara a quienes de buena fe creyeron en la validez de los actos de alcance particular o general, sean administrativos o legislativos, comportamientos, promesas, declaraciones o informes de las autoridades públicas, que sean jurídicamente relevantes y eficaces para configurarla, cuya anulación, modificación, revocatoria o derogación, provoca un daño antijurídico en los afectados¹⁴.

Es importante que en virtud de la compensación realizada por el banco, la Sala modificó la medida correctiva y ordenó a la empresa que cumpliera con devolver al denunciante el monto total retenido indebidamente, más los intereses legales y gastos que correspondan; así como la abstención de continuar reteniendo la totalidad de la remuneración; sin embargo, en este mandato, esta instancia no justifica el motivo por el que ordena la devolución de intereses legales cuando el propio Código de Protección y Defensa del Consumidor a través del numeral 115.1 de artículo 115 prescribe que en

¹⁴ Pedro Coviello, *La protección de la confianza del administrado* (Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004), 462.

caso el órgano resolutorio dicte uno a varias medidas correctivas, debe considerar lo acordado por las partes durante la relación de consumo. En este extremo, resulta evidente que debería aplicarse el cálculo correspondiente a la tasa de rendimiento efectivo anual sobre el producto pasivo y no los intereses legales.

V. SOBRE LA RESOLUCIÓN FINAL N° 1667-2024/CC1

Mediante la Resolución Final N° 1667-2024/CC1 del 24 de julio de 2024, expedida por la Comisión de Protección al Consumidor N° 1, cambia el criterio que venía adoptando respecto de la compensación bancaria sobre aquellas cuentas remuneraciones; sosteniendo que dicha instancia consideró que la compensación podía efectuarse en aplicación de lo dispuesto por el artículo 132 de la Ley 26702.

La Comisión reconoce que hasta la emisión de la Resolución Final N° 1667-2024/CC1 asumió la posición de que la compensación podía efectuarse en aplicación de lo previsto en el artículo 132 de la Ley N° 26702 y de existir previo acuerdo de las partes. También, la Comisión se manifiesta exponiendo que no concebía lo resuelto por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República como un precedente de observancia obligatoria.

Así, la Comisión admitía que bastaba un acuerdo previo entre la entidad bancaria y el consumidor, para que la primera pudiese efectuar compensaciones sobre las remuneraciones, sosteniendo literalmente que *“no era de la opinión de que la compensación debía tener un límite o parámetro”* [fundamento 68]. Sin embargo, se adecúa al criterio adoptado por la Sala a través de la Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI, en atención a la Sentencia 670/2021, y al Informe N° 0129-2024-OAJ/INDECOPI [Oficina de Asesoría Jurídica del Indecopi], debido a que lo resuelto por el Tribunal Constitucional debían ser obligatoriamente aplicados por los órganos resolutorios del Indecopi.

La propia Comisión, en su nuevo pronunciamiento determina que el derecho a la remuneración es oponible frente al derecho de crédito de la entidad bancaria o financiera, asumiendo que un proveedor podrá aplicar la figura de la compensación sobre la remuneración, pero deberá respetar los límites establecidos en el inciso 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.

Asimismo, la Comisión establece que, para el análisis de casos de compensación sobre las remuneraciones del consumidor, se deberá verificar en adelante:

- (i) Si la compensación se efectuó en una cuenta bancaria en la cual se depositó la remuneración del consumidor.
- (ii) Si el proveedor estaba facultado a realizar compensaciones sobre la cuenta bancaria del consumidor.
- (iii) Si la compensación sobre la remuneración del consumidor se efectuó, únicamente, sobre la tercera parte del exceso de las cinco (5) URP.

En este pronunciamiento, la Comisión toma la determinación de confirmar la medida correctiva fijada por el órgano de primera instancia consistente en que se cumpla con devolver al denunciante el importe correspondiente al débito realizado vía compensación, más los intereses dejados de percibir, desde la fecha del débito hasta el cumplimiento de la medida correctiva, de acuerdo con la tasa de rendimiento aplicable a la referida cuenta.

VI. CONCLUSIONES

- De acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, la prohibición de la compensación respecto de las remuneraciones en una cuenta de ahorros sin respetar el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil, encaja en una exigencia negativa propia del derecho fundamental al ahorro, en una afectación al derecho fundamental a la remuneración y, en una infracción al Código de Protección y Defensa del Consumidor.
- La aplicación de la compensación bancaria para las cuentas remuneraciones solo se restringirá en el supuesto contenido en el numeral 6 del artículo 648 del Código Procesal Civil.
- El criterio que debe adoptar el Indecopi debería ser único respecto de la medida correctiva ordenada, en la medida que la Sala Especializada en Protección al Consumidor fija la devolución de los intereses legales devengados y la Comisión de Protección al Consumidor N° 1, la de los intereses propios de la tasa de rendimiento efectivo anual aplicable al producto pasivo; considerando, además, que lo regulado en el numeral 115.1 del artículo 115 del Código de Protección y Defensa del Consumidor exige que los mandatos como las medidas correctivas deben considerar lo acordado por las partes durante la relación de consumo; esto es, indiscutiblemente la tasa de rendimiento efectivo anual.

BIBLIOGRAFÍA

- Buenosvinos, Hector. *Estrategias procesales y defensa del consumidor frente a las entidades financieras*. Madrid: Wolters Kluwer, 2020, 124.
- Coviello, Pedro. *La protección de la confianza del administrado*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2004, 462.
- Goldaracena, Javier, María Luisa Martínez y Raquel Saralegui. *Prácticas abusivas bancarias ¿Cómo me defiendo?* España: Thomson Reuters Aranzadi, 2021.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 199-2010/SC2-INDECOPI, recaída en el Exp. N° 270-2008/CPC, 29 de enero de 2010.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 3448-2011/SC2-INDECOPI, recaída en el Exp. N° 067-2010/CPC-INDECOPI-ICA, 15 de diciembre de 2011.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 971-2024/SPC-INDECOPI, recaída en el Exp. N° 64-2022/CPC-INDECOPI-PUN, 8 de abril de 2024.
- Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Resolución N° Resolución Final N° 1667-2024/CC1, recaída en el Exp. N° 2385-2023/PS2, 24 de julio de 2024.
- Puémape, Daniel. *Tratado Elemental de Derecho Bancario Peruano*. Lima: Aries Ediciones, 2013.

- Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones. *Plan nacional de difusión de rol y funcionamiento del sistema financiero peruano*. Lima: 2009, 16.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 670-2021, recaída en el Exp. N° 01796-2020-PA/TC, 1 de julio de 2021.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 01.014-PI, recaída en el Exp. N° 00020-2012-PI/TC, 16 de abril de 2014.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 206/2021, recaída en el Exp. N° 01396-2017-PA/TC, 26 de enero de 2021.
- Tribunal Constitucional. Sentencia N° 95/2024, recaída en el Exp. N° 04535-2022-PHC/TC, 23 de febrero de 2024.

VENTA DE CELULARES SIN CARGADOR: PRÁCTICAS COMERCIALES QUE ATAN

Autores:

Ursula Patroni Vizquerra

Juan Sebastián Muñoz Valderrama



VENTA DE CELULARES SIN CARGADOR: PRÁCTICAS COMERCIALES QUE ATAN

Sell phones without charger: Commercial practices that ties

Ursula Patroni Vizquerra¹
Juan Sebastián Muñoz Valderrama²

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. La Economía circular y los Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos.
- III. La Responsabilidad extendida del productor.
- IV. Nuevas prácticas comerciales: ventas de celulares sin cargador.
- V. Ventas atadas: ¿práctica anticompetitiva o vulneración al derecho del consumidor?
- VI. Conclusiones.

Resumen

La dinámica de producción de bienes y servicios creada desde la primera revolución industrial, desplegada a la manera de un proceso lineal, supone la explotación de recursos naturales que son integrados a la creación de un producto que, una vez terminada su vida útil es desechado para ser reemplazado por otro, creado en un nuevo ciclo de producción con las mismas características. Aun cuando esta dinámica de producción explica la existencia de desechos desde que fue creada, la irrupción en el mercado de los aparatos electrónicos de uso masivo representa retos y peligros por los materiales que se usan y por la dimensión de su demanda. Es por eso que para hacer frente a estos riesgos, se ha establecido una responsabilidad extendida del productor de tales bienes respecto de estos desechos, impulsando una dinámica de producción distinta, que se nutre de la reutilización de aquello que puede ser extraído de los desechos. Se trata entonces de un cambio de paradigma, desde la economía lineal a la economía circular. Sin embargo, estas iniciativas pueden ser usadas por productores de bienes para construir falsas iniciativas ambientales, con propósitos lucrativos que se valen de prácticas restrictivas de la competencia o perjudiciales para los consumidores. Tal es el caso de la decisión de vender, sin cargadores o auriculares, los teléfonos inteligentes, que representan un caso de ventas atadas, en aquellos ámbitos normativos en donde la legislación permite que así sea determinado.

¹ Doctoranda en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). Magíster en Derecho y Administración Local por la Universidad de Almería (España). Magíster en Administración de Empresas por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (Perú). Magíster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria y el Colegio de Abogados de Madrid (España). Profesora investigadora, responsable del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (Perú). <https://orcid.org/0000-0002-6233-3519>. upatroni@ulima.edu.pe

² Candidato a Magíster en Derechos humanos en perspectiva nacional, supranacional y global por la Universidad de Granada (España). Abogado con reconocimiento a la Excelencia Académica por la Universidad de San Buenaventura Cali (Colombia). Investigador externo del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima (Perú). <https://orcid.org/0000-0002-5275-1047>. juanbastianmunoz@gmail.com

Palabras clave

Economía circular/ Residuos de aparatos eléctricos y electrónicos/Responsabilidad extendida del productor/ Ventas atadas/ Práctica anticompetitiva/ Vulneración al derecho del consumidor.

Abstract

The dynamics of the production of goods and the rendering of services, established since the first industrial revolution, represent a linear process. In this process, natural resources are extracted and integrated into a product that, after its lifespan, is disposed of and replaced by another product created in a new production cycle that reproduces the same characteristics. Even though this production dynamic explains the existence of waste since its inception, the mass market emergence of electronic devices represents risks and dangers due to their raw materials. In response, legal liabilities have been established for manufacturers concerning such waste, creating conditions for a new production dynamic that utilizes what can be extracted from waste. This represents a shift from a linear economy to a circular one. However, under these initiatives, antitrust practices can be disguised, with lucrative purposes that have detrimental results for consumers. This is evident in the decision to sell smartphones without chargers or headphones, which represents tied sales in contexts where it can be lawfully established.

Key words

Circular economy/E-waste/Extended producer responsibility/Tied sales/Anti-competitive practice/Violation of consumer rights.

I. INTRODUCCIÓN

Con la Revolución Industrial del siglo XVIII, surge el modelo de Economía lineal, que permitió un crecimiento significativo en la producción debido a la mecanización de los procesos y a la producción en masa, fundándose este incremento en la explotación intensiva de recursos naturales y provocando un aumento en el consumo.

Es innegable que el incremento en el consumo trajo consigo una dinamización de la economía, sin embargo este consumo creciente basado en el modelo de Economía lineal, definido por la Fundación Ellen MacArthur como un modelo en “el que los bienes se fabrican a partir de materias primas, se venden, se utilizan y luego se desechan como residuos”,³ no consideró que los recursos y las materias primas, son bienes finitos, por lo que, al cimentarse sobre un modelo de creación de productos que luego se desecha, el incremento y la dinamización no son viables en el tiempo.

La Economía lineal comenzó a apreciarse como un sistema obsoleto en el que las empresas “sólo se dedican a extraer los recursos naturales del medio ambiente para convertirlos en productos de consumo y que al final de su ciclo de vida, estos son desechados convirtiéndose en desperdicios que no vuelven a ser reutilizados”,⁴ lo que se traduce en contaminación, el deterioro y la sobreexplotación de los ecosistemas, a partir de la escasez de los recursos y la vorágine del consumo.

³ Ellen MacArthur Foundation. “Towards the circular economy: Economic and business rationale for an accelerated transition”. (2013): 6.

⁴ Gilberto González Ordaz y José Vargas-Hernández. “La economía circular como factor de la responsabilidad social”. *Economía Coyuntural* 2 no. 3 (2017):106.

Así, en palabras de Melo Delgado, en la Economía lineal “prevalece el capital representado por la explotación de los recursos y obtención de residuos, por encima del impacto ambiental”.⁵ Esta situación presenta, como dato inquietante sobre el impacto ambiental, que “desde el año 1990 estamos viviendo por encima de la capacidad de carga del planeta”,⁶ entendida como el crecimiento máximo, sea económico o poblacional, en un estado de bienestar, considerando la disponibilidad de recursos.⁷

En este contexto basado en las limitaciones, en términos de sostenibilidad y de impacto en el ambiente que la Economía lineal ha puesto de manifiesto, se han procurado alternativas de producción, que minimicen los impactos identificados, y que permitan aprovechar lo que hasta ahora habían sido considerados desechos.

Así surge el modelo de Economía circular en contraposición al modelo de Economía lineal, que pese a ser hasta ahora el modelo preponderante no contempla una solución para los productos que se convierten en desecho, sea porque el producto se ha deteriorado o ha quedado obsoleto, y que solo se ha enfocado en la transformación de la materia prima para generar un nuevo producto para adquirir, en remplazo del que ya terminó su vida útil.

Así, la Economía circular rompe con este paradigma de la obsolescencia de los productos y el desecho de los mismos, para proponer su reuso, reutilización y reaprovechamiento y “cuyo precepto está focalizado en una estrategia para la sostenibilidad del planeta”.⁸

El Foro Económico Mundial, considera a la Economía Circular como:

(...) an industrial system that is restorative or regenerative by intention and design. It replaces the end-of-life concept with restoration, shifts towards the use of renewable energy, eliminates the use of toxic chemicals, which impair reuse and return to the biosphere, and aims for the elimination of waste through the superior design of materials, products, systems and business models.⁹

Como es de verse, esta definición además de subrayar la importancia de diseñar sistemas industriales que sean regenerativos y que busquen la eficiencia en el uso de los recursos a través de estrategias como la reutilización, el reciclaje y la renovación, presenta a la Economía circular como “un modelo «holístico», «restaurador» y «regenerativo», cuyo propósito es mantener siempre los productos, componentes y los materiales en sus niveles más altos”.¹⁰

De este modo, la Economía circular en palabras de Lett citando a Braungart, contribuye a la “sustentabilidad ambiental por medio del rediseño de las organizaciones y la vida doméstica en su conjunto”,¹¹ al proponer como una solución para reducir los impactos al medio ambiente, fruto de las actividades que el ser humano realiza, la transformación

⁵ Carlos Melo Delgado, Gerardo Castillo Mutis, y Luis Juan Carlos García Noguera. “De la economía lineal a la economía circular, transformaciones en el manejo de los residuos sólidos”. *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar* 6 no. 4, (2022): 55.

⁶ Pepa Aguilar. “Decrecimiento: camino hacia la sostenibilidad”. *El ecologista* no. 55 (2007): 20.

⁷ Universidad Nacional autónoma de México. Comunidad CCH. “Capacidad de carga”. Portal Académico. 10 de julio de 2024.

⁸ Carmen Maza. “Acercamiento epistemológico de la economía circular desde la complejidad”. *II Reunión Nacional de Gestión de Investigación y Desarrollo*. (2023): 12.

⁹ World Economic Forum. “Towards the Circular Economy: Accelerating the scale-up across global supply chains”. (2014): 15.

¹⁰ Maza, Acercamiento epistemológico de la economía circular desde la complejidad, 13.

¹¹ Lina Lett. “Las amenazas globales, el reciclaje de residuos y el concepto de economía circular”. *Revista Argentina de Microbiología* 46 no. 1 (2014): 1.

inteligente y la utilización de manera diferente de lo que hasta hoy ha sido considerado solo un residuo.

II. LA ECONOMÍA CIRCULAR Y LOS RESIDUOS DE APARATOS ELÉCTRICOS Y ELECTRÓNICOS

La Economía circular como un modelo económico de producción, genera efectos positivos no solo en el ámbito del medio ambiente o en la salud de las personas al incorporar la prevención y minimización de los impactos negativos al medio ambiente, sino que permite a las empresas fidelizar a los clientes que cada vez demandan más productos sostenibles, cuya cadena de valor, optimice la producción sobre la base de la innovación y que sean amigables con el entorno.

Según Carretero, existen muchos productos con un alto potencial de minimizar "las consecuencias medioambientales a lo largo de todo su ciclo de vida" y a su vez, procurar el ahorro de recursos, sobre la base de una mejora de procesos y reprocesos que se traducen en menores costos de producción para las empresas y mejores precios para los consumidores.¹²

Así, la Economía circular, partiendo de un enfoque en la mejora en la producción, priorizando el ahorro de recursos y la minimización de los impactos al ambiente, ha puesto en marcha una gestión de residuos donde a partir de ellos, se inician nuevos ciclos productivos, ocupando así el lugar que en la Economía lineal se tiene separado para la materia prima.

La gestión de residuos desde el enfoque de la Economía circular promueve la utilización provechosa de los mismos, generando un nuevo ciclo de vida y sumando valor, en la medida que se supera el problema de los recursos limitados y de la disposición final de los desechos, propia de la Economía lineal.

Si bien la Economía circular propone la sostenibilidad de los productos que se ofrecen en el mercado, lo cierto es que no elimina la concepción de residuo al finalizar la vida útil de los productos, sino que propone alternativas de reutilización, actualización, reparación, proponiendo la re-fabricación y el reciclaje como una forma de erradicar los productos de un solo uso.

Esta situación no es ajena al caso de los aparatos eléctricos y electrónicos, conocidos por sus siglas AEE. Los AEE que han generado una demanda creciente de consumo, son aquellos aparatos que requieren, para su funcionamiento, de electricidad o de campos electromagnéticos. Sin embargo su vida útil es bastante limitada y suelen entrar en un rápido periodo de obsolescencia, sea por innovación tecnológica o por la incorporación de nuevas prestaciones en las versiones más recientes, por el rendimiento de su fuente de poder o simplemente por el cambio en las preferencias de los usuarios, lo que genera que sean desechados con mayor rapidez que otro tipo de artefactos y que por lo tanto, generen una alta cantidad de residuos.

Entonces, cuando los AEE entran en obsolescencia, sea programada o no, se convierten tanto el artefacto como sus componentes, partes y accesorios, en desperdicios, entendidos así cuando sus propietarios los han desechado sin la intención de que sean reutilizados. Estos desperdicios son los que se conocen como RAEE, Residuos de aparatos

¹² Ana Carretero. "Economía circular versus economía lineal. Propuestas normativas en España y Francia relativas al uso de envases y a la información dirigida al consumidor sobre cualidades ambientales de los productos". *Revista CESCO de Derecho de Consumo* no. 42, (2022): 22.

eléctricos y electrónicos,¹³ y que en la actualidad se han convertido en un serio problema ambiental.

Según el Global E-waste Monitor 2017,¹⁴ en ese año se produjeron cuarenta y cuatro punto siete millones de toneladas de RAEE, lo que equivale a casi cuatro mil quinientas Torres Eiffel en términos de volumen o a ciento veinticinco mil aviones jumbo si hablamos de peso o al distrito de Manhattan si lo expresamos como una medida de superficie.¹⁵

Además de las cifras alarmantes sobre la acumulación de los RAEE, existen otras consecuencias de la inadecuada disposición, como son la imposibilidad de reciclar metales como neodimio, indio o cobalto, metales valiosos cuya eficiencia energética es mayor cuando se recuperan que cuando se funden a partir de minerales vírgenes. De acuerdo con Messenger, "la extracción de productos electrónicos desechados produce un 80% menos de emisiones de dióxido de carbono por unidad de oro en comparación con su extracción subterránea".¹⁶

Sin embargo, el problema es más grave que el desaprovechamiento de materias primas escasas y valiosas. Los impactos más significativos se presentan de manera negativa sobre la salud de las personas y sobre los componentes ambientales como son el aire, el suelo, el agua, la flora y la fauna, al producirse una exposición sostenida a componentes peligrosos, debido a una manipulación inadecuada que inicia en la disposición inapropiada por parte de los propietarios de los ahora RAEE.

Así, de conformidad con los Objetivos de desarrollo sostenible,¹⁷ en particular el Objetivo 12,¹⁸ el productor debe procurar incorporar al mercado propuestas que permitan generar una producción y un consumo sostenible, ello, tomando en cuenta, que sobre él recae la responsabilidad extendida sobre el AEE.

Es importante mencionar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 009-2019-MINAM, que aprueba el Régimen Especial de Gestión y Manejo de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos, se considera productor no solo al fabricante, sino también al ensamblador o importador, bajo la lógica de que son los que ponen por primera vez en el mercado los AEE.¹⁹

III. LA RESPONSABILIDAD EXTENDIDA DEL PRODUCTOR

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, en adelante OCDE, define la Responsabilidad extendida del productor como "un enfoque político que

¹³ Ministerio del Ambiente (2019). Decreto Supremo N° 009-2019-MINAM. Aprueban el Régimen Especial de Gestión y Manejo de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos.

¹⁴ Cornelis Baldé, et al., The Global E-waste Monitor – 2017, United Nations University (UNU), International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA), Bonn/Geneva/Vienna. (2017)

¹⁵ World Economic Forum. "A New Circular Vision for Electronics Time for a Global Reboot" (2019): 9.

¹⁶ Ben Messenger. "EU's First Map of Valuable Resources from E-Waste". *Waste Management World* (16 January 2018).

¹⁷ En 2015, la ONU aprobó la Agenda 2030 sobre el Desarrollo Sostenible, una oportunidad para que los países y sus sociedades emprendieran un nuevo camino con el que mejorar la vida de todas las personas, sin dejar a nadie atrás. La Agenda cuenta con 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible, que establecen que la erradicación de la pobreza debe ir de la mano de estrategias que fomenten el crecimiento económico y aborden una serie de necesidades sociales como la educación, la sanidad, la protección social y las perspectivas de empleo, al tiempo que se combate el cambio climático y se protege el medio ambiente. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/>

¹⁸ El Objetivo 12 pretende garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles, algo fundamental para sostener los medios de subsistencia de las generaciones actuales y futuras. <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/sustainable-consumption-production/>

¹⁹ Ministerio del Ambiente (2019). Decreto Supremo N° 009-2019-MINAM. Aprueban el Régimen Especial de Gestión y Manejo de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos. Artículo 9.

responsabilice a los productores de sus productos a lo largo de todo el ciclo de vida, incluida la etapa posconsumo".²⁰

Con base en la legislación de la materia, el productor, en los términos definidos en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 009-2019-MINAM, tiene Responsabilidad extendida sobre el AEE durante todo su ciclo de vida, incluyendo la fase de post consumo, que considera la recolección, transporte, valorización y disposición final.

Así, la Responsabilidad extendida del productor se consolida como una política pública ambiental focalizada en la recuperación y reciclaje de los RAEE con el objetivo de fomentar el reúso, entendido como la reutilización directa de los equipos eléctricos o electrónicos con la misma finalidad para la que fueron fabricados originalmente, el aprovechamiento mediante la transformación material en instalaciones autorizadas o el reaprovechamiento de materiales, para uso o procesamiento.

El reúso, el reciclaje, la recuperación y la reutilización de los RAEE tienen como finalidad incorporarlos en un nuevo ciclo de producción y otorgarles un ciclo mayor de vida hasta su disposición final, en la medida que no siempre se puede lograr su total reaprovechamiento, pues contienen componentes como sustancias o materiales peligrosos que requieren ser separados a través de un proceso de desmantelamiento o desensamblaje.

Así, la Responsabilidad extendida del productor, de acuerdo con lo señalado por la Iniciativa Regional para el Reciclaje Inclusivo, presenta diferentes enfoques dependiendo de:

- “(i) la gama de materiales y productos obligados;
- (ii) el grado de responsabilidad que se le impone al productor;
- (iii) el volumen de material gestionado,
- (iv) los costos vinculados,
- (v) las repercusiones que el esquema genera en los actores existentes en el sistema de gestión de residuos: municipalidades, compañías privadas de gestión de residuos, recicladores de base, la cadena completa de abastecimiento de reciclaje de materiales”.²¹

Con base en lo señalado, queda claro que la Responsabilidad extendida del productor tiene el potencial de incentivar la gestión adecuada de los RAEE, pero además, de incidir en el diseño y producción sostenible, con la finalidad de resolver de raíz el problema que afecta el medio ambiente.

Sin embargo, ¿qué sucede cuando las prácticas comerciales e iniciativas de los productores, bajo la justificación de abordar el problema que los RAEE provocan en el medio ambiente, distorsionan el mercado o afectan a los consumidores?

IV. NUEVAS PRÁCTICAS COMERCIALES: VENTAS DE CELULARES SIN CARGADOR

Bajo un supuesto enfoque medio ambiental, basado en la reducción de los RAEE y la huella de carbono, a partir del año 2020, la práctica comercial de vender celulares sin

²⁰ OECD. “Extended Producer Responsibility: Basic facts and key principles”, *OECD Environment Policy Papers*, no. 41, (2024): 6.

²¹ Iniciativa Regional para el Reciclaje Inclusivo. Estudio comparativo de legislación y políticas públicas de Responsabilidad Extendida del Productor – REP para empaques y envases. (2018): 5.

cargador²² y sin audífonos comenzó a ganar popularidad entre los productores. La empresa Apple fue una de las primeras grandes compañías en adoptar esta práctica comercial, al anunciar que a partir del modelo de celular Iphone 12 no se incluiría ni el cargador ni los audífonos en la caja.

A esta práctica comercial de vender celulares sin cargador y sin audífonos, se sumaron de manera posterior las empresas Xiaomi y Samsung, siendo que esta última justifica su decisión comercial en "ayudar a abordar el creciente problema de los desechos electrónicos y eliminar cualquier presión que los consumidores puedan sentir hacia la compra continua de nuevos cargadores con nuevos teléfonos".²³

Esta tendencia ha continuado y se ha convertido en una práctica más común en la industria de los celulares, generando en los consumidores reacciones negativas. En muchos casos, los consumidores han expresado su frustración al no recibir un cargador con su nuevo dispositivo, generando así el descontento, debido a que han pagado el mismo precio (o incluso más) por menos componentes.

Asimismo, el costo adicional que significa comprar un cargador por separado ha sido parte de las críticas que han expresado los consumidores, sumado a la incompatibilidad que se ha presentado entre los cargadores antiguos y los nuevos dispositivos, especialmente con los nuevos celulares que requieren cargadores más potentes o con tecnologías diferentes.

Así, la implementación de estas prácticas comerciales no necesariamente ha conseguido la reducción de los RAEE, por el contrario ha significado una ganancia de los productores, sea por el aumento en la venta de cargadores de manera independiente y de accesorios relacionados, o sea por el ahorro que ha significado el no incluir la caja, en términos de costos de empaque y de envío.

Por ejemplo, el sitio web de noticias del periódico británico Daily Mail, ha señalado que la empresa Apple pudo haber generado ganancia de alrededor de seis y medio millones de dólares con la no inclusión de los cargadores y los auriculares en las cajas de los iPhone y con el ahorro en la paquetería y el envío asociados a eliminar estos componentes.²⁴

Como se puede observar, los productores siguen vendiendo los cargadores y accesorios, solo que ahora de manera separada, incluso han aumentado su oferta mediante cargadores magnéticos, como el MagSafe o el Super Fast Wireless Charger de Samsung, lo cual significa al final del día, que siguen produciendo RAEE sin generar una disminución en los mismos, como lo propusieron a la hora de eliminarlos de la caja del celular nuevo.

Ben Wood, analista de tecnología reconocido y respetado en la industria, que actualmente trabaja como Chief Analyst en CCS Insig, una empresa de análisis de mercado que se especializa en tecnología y telecomunicaciones, en la entrada del blog dedicada a este proceso de eliminación, ha señalado "que aquí hay un afán de lucro además de ecológico. Incluso podría ser un paso más hacia un iPhone «sin puerto». Apple ha aprendido y también ha enseñado a la industria móvil que los precios de los dispositivos tienen un techo, y el concepto de elasticidad precio de la demanda sigue vigente en el mundo de los smartphones".²⁵

²² Se utilizará cargador para hacer referencia indistinta al cargador como al adaptador de corriente, siendo el primero constituido por el adaptador y el cable.

²³ SAMSUNG. Página web. (13 de junio de 2024).

²⁴ Associated Newspapers Limited. "Apple makes an EXTRA £5billion by no longer providing chargers and earphones with its new iPhones". *Mail Online*. (13 de julio de 2024).

²⁵ CCS Insight. "Process of Elimination". *Blog* (13 de julio de 2024)

V. VENTAS ATADAS: ¿PRÁCTICA ANTICOMPETITIVA O VULNERACIÓN AL DERECHO DEL CONSUMIDOR?

De acuerdo con Fumagalli, Motta y Calcagno “las estrategias de ventas atadas y empaquetamiento hacen referencia a venta conjunta de varios productos o servicios diferentes”.²⁶

Por su parte, la definición dada en el Capítulo 6 del Unilateral Conduct Workbook, indica que “El atamamiento o tying, refiere a una práctica por medio de la cual, el vendedor del producto A (producto atador o atante) obliga a todos o algunos de los compradores de este, a adquirir también el producto separado B (producto atado). Así, mientras los compradores de A tendrán que adquirir obligatoriamente B, posiblemente B sea vendido por separado”.²⁷

Esta práctica comercial, de acuerdo con la Escuela de Chicago, puede resultar eficiente cuando se trata de productos que presentan complementariedad entre sí, o donde uno de ellos posee una vida útil menor y por lo tanto, debe ser comprado varias veces.

Así, Fumagalli, Motta y Calcagno destacan que las empresas imponen la vinculación sólo si le es rentable hacerlo. Por lo tanto, si el resultado de una venta atada aumenta el bienestar del consumidor, necesariamente aumenta también el bienestar económico general, lo que supondría una vinculación eficiente.

Para graficar las ventas atadas se trae a colación el caso de las impresoras y los cartuchos de tinta. Producir una impresora es más costoso que producir los cartuchos de tinta que usa. Sin embargo, debido a que los consumidores deben comprar una y otra vez cartuchos de tinta para poder utilizar la impresora, las empresas deciden poner en el mercado las impresoras a precios reducidos.

Producto de la situación antes planteada, el consumidor obtiene una impresora por un precio bastante apetecible, el que incluso puede resultar siendo menor que el costo marginal del mismo, lo que significaría un bienestar para el consumidor, y supondría con base a lo señalado por Fumagalli, Motta y Calcagno, que se trata de una vinculación eficiente.

No obstante, en la medida que el vínculo entre productos obedezca a uno de tipo tecnológico, es decir, que los productos están atados por el diseño de los mismos, significando que solo los cartuchos de esa marca son compatibles para su uso y que no existe la posibilidad de otras alternativas a la compra, como es la recarga de tinta de los cartuchos a un precio menor, lo que se crea es una demanda cautiva del producto vinculado – los cartuchos-.

En ese escenario, lo que en un inicio fue una compra del bien vinculante a un precio menor que el de mercado o incluso inferior al costo marginal, se convierte en la

“We understand that there’s a profit motive here as well as a green one. It might even be a further tentative step toward a “no port” iPhone. Apple has learned and also taught the mobile industry that device prices have a ceiling, and the concept of price elasticity of demand is still valid in the world of smartphones”.

²⁶ Chiara Fumagalli, Massimo Motta y Claudio Calcagno. Exclusionary practices: The economics of monopolisation and abuse of dominance. Londres: Cambridge University Press. (2018).

²⁷ International Competition Network. Unilateral Conduct Workbook Chapter 6: Tying and Bundling. (2015): 5.

monopolización de la venta de cartuchos – por la vinculación tecnológica- que puede generar una distorsión en la competencia, al elevar sus precios por encima del nivel de competencia, incurriendo en una práctica explotativa.

En esa línea, la OCDE ha indicado que las ventas atadas y empaquetamientos son un tipo de conducta anticompetitiva, que genera un abuso exclusorio al buscar la eliminación de las empresas rivales dentro del mercado del bien atado, siendo que también genera una afectación a los consumidores, lo cual ha categorizado como una conducta explotativa.²⁸

Para Tirole²⁹, como bien lo señala Durand y Muchotrigo, “quien tiene una perspectiva diferente respecto a lo sostenido por la Escuela de Chicago”, las ventas atadas por parte de empresas con posición dominante presentan una tendencia a dañar y eliminar a sus rivales en el mercado del bien atado, más que a mejorar en la eficiencia de su producción y beneficiar a los consumidores”.³⁰

Tanto para la Ley Sherman³¹, como para la legislación de competencia de la Unión Europea,³² para que se presente la vinculación, elemento necesario de las ventas atadas, se deben presentar tres supuestos. El primero, es que la empresa debe contar con la posición de dominio en el mercado vinculante. El segundo, es que genere una disminución de la competencia en el mercado vinculado. Y el tercero, es que la situación de venta atada no puede ser considerada como una combinación beneficiosa de bienes.³³

En el caso en concreto, la práctica comercial reciente de los productores de celulares, consistente en venderlos sin el cargador, con base en las definiciones antes presentadas, se configura como venta atada, que es una práctica comercial donde el comprador se ve condicionado a comprar un producto secundario tras la compra de un producto principal.

Si bien no materializan el típico modelo descrito, de relación entre producto vinculante y producto vinculado, sí presenta los elementos de vinculación que configuran la venta atada.

Así, cuando un comprador adquiere un celular -producto vinculante- obtiene un producto que necesariamente para su funcionamiento requiere contar con el producto vinculado, en este caso el cargador. Todos sabemos que un celular sin carga no cumple las prestaciones que el producto ofrece, lo cual hace indispensable que para que el celular se pueda considerar un producto idóneo, desde la expectativa real del consumidor, se requiera que cuente con un cargador, que permita el funcionamiento del producto.

²⁸ OCDE. “Abuse of dominance in digital markets”. *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, no. 256, (2021).

²⁹ Jean Tirole. The analysis of tying cases; A premier. *Competition Policy International*, 19, (2005): 3.

³⁰ Larisa Durand y Juan Antonio Muchotrigo. “Efectos de las estrategias de ventas atadas y empaquetamiento de las empresas en el mercado”. Trabajo de Suficiencia Profesional. *Universidad del Pacífico*. (2023): 5.

³¹ La Ley Sherman, promulgada en 1890 en los Estados Unidos, es una de las leyes antimonopolio más importantes y establece las bases para la regulación de las prácticas comerciales anticompetitivas. Con relación a las ventas atadas, la Ley Sherman no aborda explícitamente esta práctica, pero las disposiciones generales de la ley se han utilizado para analizar y, en algunos casos, prohibir las ventas atadas que se consideran anticompetitivas.

³² REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado.

³³ Toshiaki Takigawa. “A comparative analysis of U.S., EU and Japanese Microsoft cases: How to regulate exclusionary conduct by a dominant firm in a network industry”. *Antitrust Bulletin*, 20 no. 2, (2005).

Entonces, si se vende un celular sin cargador, lo que se está generando es la necesidad de compra de otro producto – necesario e indispensable- para lograr el funcionamiento del celular, producto que representa un precio a pagar adicional.

Determinada la vinculación entre las dos ventas que se deben generar, es importante verificar, si se cumple con los presupuestos para determinar este caso de ventas atadas como contrario a la competencia.

Haciendo el análisis desde la legislación nacional, debemos partir de si las empresas productoras cuentan con la posición de dominio en el mercado, primer presupuesto indispensable para determinar la afectación de la competencia.

Así, el artículo 10 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas prescribe que “se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.”³⁴

Si bien en el presente artículo no se está haciendo el análisis del mercado relevante ni las características de la oferta y la demanda de los bienes, se partirá de la premisa, que efectivamente los productores que han implementado estas prácticas comerciales gozan de posición de dominio en el mercado del bien vinculante como en el mercado vinculado, al existir en alguno de los casos, un desarrollo tecnológico que impide la adaptabilidad del uso de cargadores genéricos, sea por el tipo de puerto o por el software del celular que no reconoce aparatos que no sean de la propia marca.

Así se verifica: i) que existe una dependencia del accesorio, dado que un celular sin cargador no puede funcionar, lo que podría obligar a los consumidores a comprar un cargador compatible, ii) la falta de alternativas al no ser los cargadores de otros fabricantes compatibles o de serlo, presentan precios de venta similares, lo que obliga a los consumidores a comprar el cargador del mismo fabricante del teléfono y iii) que la estrategia de los productores está orientada a un aumento de ingresos, en la medida que se produce una segunda venta, necesaria, que aumenta los ingresos de los productores dado que los consumidores tendrían que gastar adicionalmente para adquirir el cargador que antes se incluía con el dispositivo, ello sin considerar la posible reducción de costos, en embalaje y envío, que se produce con el retiro del cargador del empaque del celular.

A partir de lo señalado, queda claro que existe una afectación al consumidor, sin embargo en términos de la regulación de competencia en el Perú, esta práctica comercial que evidencia una venta atada, no necesariamente encaja en el supuesto establecido de “subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos”³⁵, pues si bien existen contratos adicionales – como la compra del cargador- esta compra no subordina la venta del celular ni obliga a que se produzca en términos comerciales, una aceptación de prestaciones adicionales, para que el celular sea vendido al consumidor.

³⁴ Presidencia del Consejo de Ministros. (2019). Decreto Supremo N° 030-2019-PCM. Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 10, numeral 1.

³⁵ Presidencia del Consejo de Ministros. (2019). Decreto Supremo N° 030-2019-PCM. Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Artículo 10, numeral 2 inciso c.

El consumidor puede comprar el celular sin mayor condicionamiento comercial. Sin embargo, lo que va a suceder es que si no compra el cargador, el producto que ha adquirido, es decir el celular, luego que termine la carga con la que viene de fábrica, no va a seguir funcionando.

Esta situación que afecta al consumidor no podrá ser corregida a través de la legislación que promueve la libre competencia, sin embargo, los consumidores no quedan huérfanos de protección.

Al respecto, la legislación de Protección al consumidor, que tiene su sustento en el artículo 65 de la Constitución Política del Perú, establece que el Estado debe defender los intereses de los consumidores y usuarios, y garantizar su derecho a la información sobre los bienes y servicios disponibles en el mercado, y reprimir este tipo de prácticas bajo el enfoque de métodos comerciales coercitivos.

Así, el Código de Protección y Defensa del Consumidor regula el derecho que tiene todo consumidor a no ser objeto de métodos comerciales coercitivos por parte de los proveedores, indicando en su artículo 56, que la protección que tiene el consumidor contra los métodos comerciales coercitivos implica que los proveedores no pueden:

Obligar al consumidor a asumir prestaciones que no ha pactado o a efectuar pagos por productos o servicios que no han sido requeridos previamente. En ningún caso puede interpretarse el silencio del consumidor como aceptación de dichas prestaciones o pagos, salvo que lo haya autorizado previamente de manera expresa³⁶.

Es así que el valor fundamental que protegen las disposiciones que combaten las ventas atadas, es la libertad del consumidor.

Como ha sido ya señalado, en el examen para determinar la sancionabilidad de una venta atada según la regulación de competencia, se deben determinar los elementos que configuran la conducta. En el caso de la legislación de protección al consumidor, la afectación a la libertad del consumidor, al verificarse la coerción, es el elemento que determina que se trata de un método comercial coercitivo, práctica que se encuentra prohibida. Aquí se privilegia la elección libre del consumidor para adquirir productos así como la elección de a quién adquirir el producto.

En este sentido, se ha pronunciado el Magistrado Caramuru Afonso Francisco, del 18° Tribunal Civil de São Paulo en Brasil, respecto del mismo comportamiento – el de vender equipos sin cargador-, indicando que “al invocar la defensa del medio ambiente para tal medida, demuestra la evidente mala fe requerida, dando lugar a una publicidad casi engañosa, que también se revela como una práctica abusiva, ya que incluso incita y estimula al consumidor a aceptar el perjuicio que están sufriendo con el cese del suministro de cargadores y adaptadores, lo que debe prevenirse ya que, en las relaciones contractuales, especialmente en las relaciones de consumo, debe prevalecer el principio de buena fe y probidad”.³⁷ El argumento que sustentó la decisión es bastante simple, “existe una clara práctica abusiva, al condicionarse la adquisición de un producto para que otro pueda trabajar”.³⁸

³⁶ Congreso de la República del Perú. (2010). Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor. Artículo 56, numeral 1, inciso b.

³⁷ Sentencia. Proceso 1078527-71.2022.8.26.0100. Fojas 759.

³⁸ Sentencia. Proceso 1078527-71.2022.8.26.0100. Fojas 759.

Así las cosas, estas nuevas prácticas comerciales consistentes en las ventas de celulares sin cargador generan una afectación, que si bien desde el punto de vista de la competencia pueden no ser ilegales, lo cierto es que obligan al consumidor a adquirir por separado y por lo tanto, a pagar por otro producto, que resulta necesario e imprescindible para que pueda funcionar el celular, afectando la libertad del consumidor.

En ese sentido, esta nueva forma de venta atada - ventas de celulares sin cargador- no soportan una justificación en la preservación del medio ambiente, pues haciendo una ponderación de derechos, es decir la libertad del consumidor y la preservación del medio ambiente, lo que se obtiene es que se trata de una estrategia de *greenwashing*.

Se llega a esta conclusión debido a las siguientes consideraciones, que son fácilmente observables en el mercado, respecto de las políticas de los productores.

Por ejemplo, en el caso de Apple, su estrategia de preservación del medio ambiente y reducción de la huella de carbono que justifica haber retirado los cargadores de las cajas de los celulares nuevos, no resulta ser coherente. Esta estrategia aplica a los iPhone que ya no incluyen un cargador, pero no así para el iPad sea clásico, pro, air o mini, que sí mantienen el cargador en su empaque.³⁹

O el caso de otros productores como Samsung⁴⁰ y Xiaomi⁴¹, que ofrecen una variedad impresionante de cargadores – incluidos los nuevos sistemas de carga inalámbrica - sin considerar que esos accesorios que sin limitación ofrecen, son también los responsables del incremento de los RAEE.

Así, sustentar una afectación al consumidor -al vender y por lo tanto cobrarle ahora al consumidor, por un producto que venía con el celular por ser indispensable para que sea finalmente un producto idóneo- en una estrategia para reducir el impacto al medio ambiente, dado que se parte de una premisa no del todo cierta, que es que contamos con más de un cargador en casa, no resulta ser una estrategia que deba ser considerada para satisfacer la responsabilidad extendida del productor.

Como ha sido dicho, partir de la premisa de que contamos con muchos cargadores, es partir de una premisa que no es real. Los cargadores tienen una vida útil menor que la del celular, y en la mayoría de los casos, una garantía bastante reducida, lo que obliga al consumidor a tener que adquirirlos de manera frecuente. El cambio de tecnología – sistemas de cargas inalámbricos- y la obsolescencia de los mismos, prueban en contrario que la premisa sobre la que se fundan estas estrategias comerciales de ventas atadas, no son su justificante.

³⁹ APPLE. Página web. (14 de junio de 2024).

<https://www.apple.com/la/ipad-pro/specs/>
<https://www.apple.com/la/ipad-mini/specs/>
<https://www.apple.com/la/ipad-10.9/specs/>
<https://www.apple.com/la/ipad-air/specs/>

⁴⁰ SAMSUNG. Página web. (14 de junio de 2024).

<https://www.samsung.com/pe/mobile-accessories/all-mobile-accessories/?power-and-wires>

⁴¹ XIOMI. Página web. (14 de junio de 2024).

<https://xiaomiperu.com/accesorios-celulares/cargadores-cables>

No se puede pensar que la reducción de los RAEE pase por sacar los cargadores del producto principal y venderlos por separado, pues mientras se sigan produciendo y se genere la necesidad de adquirirlos, los RAEE no van a disminuir.

La Unión Europea, a través de la Directiva (UE) 2022 por la que se modifica la Directiva 2014/53/UE relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos, además de velar por la compatibilidad de los equipos estableciendo una estandarización en el tipo de cable, inserta el artículo 3 bis, el cual posibilita a los consumidores y otros usuarios finales para que adquieran determinadas categorías o clases de equipos radioeléctricos sin dispositivo de carga, según su elección.

En ese sentido señala que "cuando un operador económico ofrezca a los consumidores y otros usuarios finales la posibilidad de adquirir el equipo radioeléctrico mencionado en el artículo 3, apartado 4, junto con un dispositivo de carga, el agente económico también ofrecerá a los consumidores y otros usuarios finales la posibilidad de adquirir dicho equipo radioeléctrico sin dispositivo de carga"⁴².

Así, a través de la Directiva (UE) 2022 si bien se valida la estrategia verde – vender sin cargador- contra la acumulación de RAEE, no se impacta a los consumidores en su libertad de elección, pues se dispone que los productores ofrezcan las alternativas de dispositivos con carga y sin carga, la cual será finalmente escogida por el consumidor de acuerdo con su necesidad.

VI. CONCLUSIONES

Existe un problema real que afecta al medio ambiente y a la salud de las personas, que se genera por una disposición inadecuada de los RAEE, que año a año van aumentando en cantidad, debido a la rápida obsolescencia de los aparatos eléctricos y electrónicos.

Sin embargo, las prácticas comerciales que los productores implementan, sobre la base de la responsabilidad extendida sobre estos productos, no puede significar una afectación ni a la competencia ni al consumidor.

Las ventas de celulares sin cargador son una modalidad de ventas atadas que si bien pueden no ser susceptibles de ser sancionadas desde una afectación a la competencia, sí que producen un impacto negativo en los consumidores, directamente en su libertad de consumo, al verse obligados a comprar cargadores cuando antes eran parte esencial de lo que obtenían al comprar un celular, dado que el cargador es un accesorio imprescindible para el uso del celular.

Con la finalidad de que este tipo de prácticas comerciales no sean más que una estrategia de *greenwashing*, los productores deben implementar iniciativas que realmente tengan un impacto positivo en el medio ambiente, más aún, si se siguen comercializando de manera separada cargadores que a su vez, generan RAEE.

De otro lado, plantear políticas uniformes de responsabilidad extendida de los productores, que pasen por programas de recepción de RAEE, correctamente publicitados y que ofrezcan beneficios para los consumidores, pueden resultar

⁴² DIRECTIVA (UE) 2022/2380 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de noviembre de 2022 por la que se modifica la Directiva 2014/53/UE relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos. Artículo 3 bis.

estrategias adecuadas, no solo desde el punto de marketing y posicionamiento positivo de los productores, sino desde la solución a las inquietudes ambientales.

Finalmente, si bien es cierto que los productores cuentan con derechos reconocidos a nivel constitucional, derechos como son la libertad de empresa y la libre iniciativa privada, estos no deben colisionar con los derechos de los consumidores. Bajo este contexto, propuestas como las planteadas en la Unión Europea que permiten ofrecer celular sin dispositivo de carga como una segunda propuesta de venta, compatibilizan los derechos de los productores y sus expectativas de contribución al medio ambiente con los derechos de los consumidores y su libertad de elegir.

BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, Pepa. "Decrecimiento: camino hacia la sostenibilidad". *El ecologista* no. 55 (2007): 20-23.
https://base.socioeco.org/docs/pepa_decrecimiento.pdf
- APPLE. Página web. (14 de junio de 2024).
<https://www.apple.com/la/ipad-pro/specs/>
<https://www.apple.com/la/ipad-mini/specs/>
<https://www.apple.com/la/ipad-10.9/specs/>
<https://www.apple.com/la/ipad-air/specs/>
- Associated Newspapers Limited. "Apple makes an EXTRA £5billion by no longer providing chargers and earphones with its new iPhones". *Mail Online*. (13 de julio de 2024).
https://www.dailymail.co.uk/news/article-10607077/Apple-makes-EXTRA-5billion-no-longer-providing-chargers-earphones-new-iPhones.html?ito=email_share_article-top
- Baldé, C.P., Forti V., Gray, V., Kuehr, R., Stegmann, P. The Global E-waste Monitor – 2017, United Nations University (UNU), International Telecommunication Union (ITU) & International Solid Waste Association (ISWA), Bonn/Geneva/Vienna. (2017)
https://collections.unu.edu/eserv/UNU:6341/Global-E-waste_Monitor_2017_electronic_single_pages_.pdf
- Carretero, Ana. "Economía circular versus economía lineal. Propuestas normativas en España y Francia relativas al uso de envases y a la información dirigida al consumidor sobre cualidades ambientales de los productos". *Revista CESCO de Derecho de Consumo* no. 42, (2022):19-52.
<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8474086>
- CCS Insight. "Process of Elimination". *Blog* (13 de julio de 2024)
<https://www.ccsinsight.com/blog/process-of-elimination/>
- Congreso de la República del Perú. (2010). Ley 29571. Código de Protección y Defensa del Consumidor.
<https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/4004028-codigo-de-proteccion-y-defensa-del-consumidor-2da-edicion>
- Durand, Larisa y Juan Antonio Muchotrigo. "Efectos de las estrategias de ventas atadas y empaquetamiento de las empresas en el mercado". Trabajo de Suficiencia Profesional. *Universidad del Pacífico*. (2023):1 – 21.
<https://repositorio.up.edu.pe/bitstream/handle/11354/3895/Durand%2c%20Larisa%20y%20Juan%20Antonio%20Muchotrigo%20-%20Efectos%20de%20las%20estrategias%20de%20ventas%20atadas%20y%20empaquetamiento%20de%20las%20empresas%20en%20el%20mercado%20-%20Trabajo%20de%20Suficiencia%20Profesional%20-%202023.pdf?isAllowed=y&sequence=1>

- DIRECTIVA (UE) 2022/2380 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 23 de noviembre de 2022 por la que se modifica la Directiva 2014/53/UE relativa a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros sobre la comercialización de equipos radioeléctricos.
<https://www.boe.es/doue/2022/315/L00030-00043.pdf>
- Ellen MacArthur Foundation. "Towards the circular economy: Economic and business rationale for an accelerated transition". (2013).
https://archive.ellenmacarthurfoundation.org/assets/downloads/publications/TC_Report-2013.pdf
- Fumagalli, Chiara, Motta, Massimo y Claudio Calcagno. Exclusionary practices: The economics of monopolisation and abuse of dominance. Londres: Cambridge University Press. (2018).
<https://doi.org/10.1017/9781139084130>
- González Ordaz, Gilberto y Vargas-Hernández, José. "La economía circular como factor de la responsabilidad social". *Economía Coyuntural* 2 no. 3 (2017): 105-130.
[http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=\\$2415-06222017000300004&lng=es&tlng=es](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=$2415-06222017000300004&lng=es&tlng=es)
- Iniciativa Regional para el Reciclaje Inclusivo. Estudio comparativo de legislación y políticas públicas de Responsabilidad Extendida del Productor – REP para empaques y envases. (2018).
<https://latitudr.org/wp-content/uploads/2018/12/Estudio-REP-IRR-1.pdf>
- International Competition Network. Unilateral Conduct Workbook Chapter 6: Tying and Bundling. (2015).
https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/07/UCWG_UCW-Ch6.pdf
- Lett, Lina. "Las amenazas globales, el reciclaje de residuos y el concepto de economía circular". *Revista Argentina de Microbiología* 46 no. 1 (2014): 1-2.
<https://www.redalyc.org/pdf/2130/213030865001.pdf>
- Naciones Unidas. "Informe de los Objetivos de Desarrollo Sostenible 2023: Edición especial". (2023).
<http://surl.li/lftfuf>
- Maza, Carmen. "Acercamiento epistemológico de la economía circular desde la complejidad". *II Reunión Nacional de Gestión de Investigación y Desarrollo*. (2023): 1-16.
<http://hdl.handle.net/10872/22341>
- Melo Delgado, Carlos, Gerardo Castillo Mutis y Luis Juan Carlos García Noguera. "De la economía lineal a la economía circular, transformaciones en el manejo de los residuos sólidos". *Ciencia Latina Revista Científica Multidisciplinar* 6 no. 4, (2022) 52-82.
https://doi.org/10.37811/cl_rcm.v6i4.2516
- Messenger, Ben. "EU's First Map of Valuable Resources from E-Waste". *Waste Management World* (16 January 2018).
<https://waste-management-world.com/artikel/eu-s-first-map-of-valuable-resources-from-e-waste-elvs-mining-waste/>

- Ministerio del Ambiente (2019). Decreto Supremo N° 009-2019-MINAM. Aprueban el Régimen Especial de Gestión y Manejo de Residuos de Aparatos Eléctricos y Electrónicos.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/419587/Decreto_Supremo_N_009-2019-MINAM.pdf?v=1573230264
- OCDE. "Extended Producer Responsibility: Basic facts and key principles", *OECD Environment Policy Papers*, no. 41, (2024).
<https://doi.org/10.1787/67587b0b-en>
- OCDE. "Abuse of dominance in digital markets". *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, no. 256, (2021).
<https://doi.org/10.1787/4c36b455-en>
- Presidencia del Consejo de Ministros. (2019). Decreto Supremo N° 030-2019-PCM. Aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.
<https://www.gob.pe/institucion/pcm/normas-legales/265610-030-2019-pcm>
- REGLAMENTO (CE) No 1/2003 DEL CONSEJO de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a efectos del EEE).
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32003R0001>
- SAMSUNG. Página web. (13 de junio de 2024).
<https://www.samsung.com/pe/support/mobile-devices/why-earphones-and-charger-are-not-included-in-the-galaxy-phone-package/>
- SAMSUNG. Página web. (14 de junio de 2024).
<https://www.samsung.com/pe/mobile-accessories/all-mobile-accessories/?power-and-wires>
- SENTENCIA. Proceso 1078527-71.2022.8.26.0100. Fojas 759.
<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/abrirDocumentoEdt.do?cdProcesso=2S001LB R20000&cdForo=100&cdDoc=102828489&cdServico=800000&tpOrigem=2&fOrigem=P&nmAlias=PG5JM&ticket=WOfu%2FwUDzrSfxLiKk2jIHlgZ6x4bTrl6zIEcdfvzqgyCA98Hrz1qsCijPkRFett84ym7uZdqI2KnTOQx4WHzHSvYZyB2%2BPASJuRZjyEBu%2FnMD9HnBDUvgoNA3phsY423%2FJsUgazzp9OZEbu6SLzaZVBkhSTEDi7g9YZA%2BoI ZWFM3Uqhvs36ZqPtKhHGuztOf0n%2B3IP47iJXdBel2kkgRg%3D%3D>
- Takigawa, Toshiaki. "A comparative analysis of U.S., EU and Japanese Microsoft cases: How to regulate exclusionary conduct by a dominant firm in a network industry". *Antitrust Bulletin*, 20 no. 2, (2005):237-266.
<https://doi.org/10.1177/0003603X0505000201>
- Tirole, Jean. The analysis of tying cases; A premier. *Competition Policy International*, 19, (2005):1- 26.
https://idei.fr/sites/default/files/medias/doc/by/tirole/tying_cases.pdf
- Universidad Nacional autónoma de México. Comunidad CCH. "Capacidad de carga". Portal Académico.10 de julio de 2024.
<https://e1.portalacademico.cch.unam.mx/alumno/biologia2/unidad2/desarrolloSustentable/capacidadCarga>

- World Economic Forum. "Towards the Circular Economy: Accelerating the scale-up across global supply chains". (2014).
https://www3.weforum.org/docs/WEF_ENV_TowardsCircularEconomy_Report_2014.pdf
- World Economic Forum. "A New Circular Vision for Electronics Time for a Global Reboot". (2019).
https://www3.weforum.org/docs/WEF_A_New_Circular_Vision_for_Electronics.pdf
- XIOMI. Página web. (14 de junio de 2024).
<https://xiaomiperu.com/accesorios-celulares/cargadores-cables>

EL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y EL IMPACTO EN LA COMPETENCIA

Autora:

Jhosselyn Jheydi Quiroz Palacios



EL SISTEMA DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS Y EL IMPACTO EN LA COMPETENCIA

The system for eliminating bureaucratic barriers and the impact on competition

Jhosselyn Jheydi Quiroz Palacios¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Antecedentes.
- III. Modificación efectuada por la Ley N° 31755.
- IV. Medición de impacto en la competencia del mercado peruano.
- V. La regulación responsiva y la nueva metodología aplicada por la SRB-Indecopi.
- VI. Conclusiones y recomendaciones.

Resumen

El presente artículo inicia con los antecedentes de la regulación de las barreras burocráticas en el Perú, las modificaciones efectuadas en mayo del 2023 mediante la Ley N° 31755, Ley que modifica el Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas; y, la medición del impacto que tiene en la competencia en el mercado peruano, según los reportes efectuados por el Indecopi. Asimismo, se plantean recomendaciones para fortalecer el sistema de eliminación voluntaria de barreras burocráticas, la capacitación de funcionarios a nivel nacional y la nueva metodología aplicada por la Secretaría Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi reconocida por el Observatory of Public Sector Innovation.

Palabras clave

Barreras burocráticas/ regulación/ competencia/ mercado.

Abstract

This article begins with the background of the regulation of bureaucratic barriers in Peru, the modifications made in May 2023 through Law No. 31755, Law that modifies Legislative Decree 1256, Legislative Decree that approves the Prevention and Elimination Law of Bureaucratic Barriers; and, the measurement of the impact it has on competition in the Peruvian market, according to reports made by Indecopi. Likewise, recommendations are made to strengthen the system of voluntary elimination of bureaucratic barriers, the training of officials at the national level and the new methodology applied by the Regional

¹ Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP), con Segunda Especialidad en Derecho Público y Buen Gobierno (PUCP), Máster en Gerencia Pública por EUCIM y la Universidad de Valencia. Especialista en eliminación de barreras burocráticas, protección del consumidor y derecho público. Ex Teniente Alcaldesa de la Municipalidad Metropolitana de Lima, Ex Asesora de Presidencia del Consejo Directivo del Indecopi. Jefa de Políticas Públicas de la Cámara de Comercio de Lima. Docente a tiempo parcial de la Universidad San Martín de Porres (USMP) en la especialidad de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho. Lima-Perú. Correo de contacto: jjquiroz@pucp.edu.pe

Secretariat for the Elimination of Bureaucratic Barriers of Indecopi recognized by the Observatory of Public Sector Innovation.

Keywords

Bureaucratic Barriers/ regulation/ competition/ market.

I. INTRODUCCIÓN

El sistema de eliminación de barreras burocráticas en el Perú permite en virtud a una análisis ex post la eliminación de exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que imponga cualquier entidad, dirigido a condicionar, restringir u obstaculizar el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos sujetos a las normas y/o principios que garantizan la simplificación administrativa, según lo establecido en el artículo 3° del Decreto Legislativo N°1256 (en adelante, Ley Anti Barreras). Bajo la modificación efectuada en virtud a la Ley N° 31755, publicada el 30 mayo 2023, los efectos de las barreras burocráticas sobre el administrado pueden ser directos o indirectos; siempre que sean declaradas ilegales o carentes de razonabilidad.

En cuanto a los impactos económicos *directos*² cabe indicar que estos difieren según el tipo de barrera burocrática. Así, i) en las barreras de requerimiento: incrementarían el costo de inversión de los agentes económicos (para su ingreso o permanencia en el mercado); y, ii) en las barreras de impedimento: reducen las ganancias netas o generación de utilidades (debido al tiempo para iniciar o desarrollar su actividad económica).

De otro lado, respecto al impacto económico indirecto³, están relacionados a la reacción de los agentes económicos frente a la imposición de las trabas burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad. En atención a ello, los empresarios pueden: i) cancelar inversiones (reduciendo la competencia en el mercado, generando menos recaudación tributaria y limitando la creación de nuevos puestos de trabajo); ii) incumplir regulaciones o pasar a la informalidad (generando nula recaudación tributaria, incremento de riesgos sociales, y baja productividad); o, iii) aceptar los costos de la sobre-regulación (generando un desincentivo de nuevas inversiones y menor recaudación tributaria).

En este punto, resulta fundamental recordar que el objetivo del derecho de competencia es lograr principalmente el bienestar del consumidor y la eficiencia económica del mercado⁴. En esa línea, la eliminación de barreras burocráticas contribuye a generar un mercado más abierto y competitivo beneficiando a los consumidores y promoviendo un crecimiento económico más dinámico; frente a los impactos directos o indirectos que generaría que se impongan barreras burocráticas en el mercado, según lo esbozado anteriormente.

² Indecopi. Observatorio de Mercados Año 18, N° 49 (mayo, 2024). "Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2023". Enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6494232/5667808-impacto-economico-de-la-imposicion-de-barreras-burocraticas-en-el-peru-2023.pdf?v=1718731170>. Consulta: 10/09/2024. Pg. 10.

³ Ib. idem. Pg. 11.

⁴ Ochoa Mendoza, Francisco. "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos". Derecho PUCP, N°76 (2016). Vease en: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>. Consulta 10/09/2024. Pg.154.

II. ANTECEDENTES

El modelo de control regulatorio en el Perú a través de la eliminación de barreras burocráticas a cargo de los órganos resolutorios del Indecopi es poco convencional, en tanto implica un control del Estado sobre las exigencias, requisitos, limitaciones, prohibiciones y/o cobros que imponga cualquier organismo que ejecute función administrativa, y condicione, restrinja u obstaculice el acceso y/o permanencia de los agentes económicos en el mercado y/o que puedan afectar a administrados en la tramitación de procedimientos administrativos. Esta definición establecida actualmente en la Ley Anti Barreras (Decreto Legislativo N° 1256 y sus modificatorias), es producto de una evolución normativa que data del año 1992, desde la cual las atribuciones del Indecopi para supervisar las regulaciones existentes se han ido fortaleciendo.

Dicha evaluación a las regulaciones que contienen barreras burocráticas, la efectúa hoy en día el Indecopi a través de las Comisiones de Eliminación de Barreras Burocráticas a nivel nacional (CEB-Sede Central y las demás Comisiones de las Oficinas Regionales del Indecopi a cargo de la SRB⁵), y se realiza de manera *ex post*; es decir, posterior a la emisión de las normas. Y si bien, el Estado peruano viene fortaleciendo el Análisis de Impacto Regulatorio (RIA, por sus siglas en inglés: Regulatory Impact Assessment), a fin de que antes de la emisión de las normas, éstas se justifiquen; lo cierto es que la supervisión o control se efectúa a nivel posterior, y se constituye como la vía alterna más rápida y menos costosa frente a procesos judiciales o constitucionales.

Los antecedentes del sistema de eliminación de barreras burocráticas en el Perú datan desde lo estipulado en el artículo 26BIS del Decreto Ley N° 25868 del año 1992⁶, que fue incorporado por el artículo 50° por el Decreto Legislativo 807 en el año 1996⁷. Con la Ley N° 28032 (2003) y posteriormente con la Ley N° 28996 (2007), se incorporó la figura al artículo 48° de la Ley de Procedimiento Administrativo General (Ley N° 27444); y en el 2008 mediante el Decreto Legislativo 1033 (artículo 23°) se mantuvo su vigencia. Durante ese periodo, se cuestionó la validez de la norma que otorgaba esa facultad al Indecopi (CEB), el cual fue resuelto el 2010 mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 0014-2009-AI/TC, que le otorgó validez constitucional, a pesar de la controversia desatada desde sus inicios.

Posteriormente, las precisiones a la norma se efectuaron mediante la Ley N° 30056 (2013); Ley N° 30230 (2014); y, Decreto Legislativo N° 1212 (2015), mediante el cual se amplía el concepto a cualquier otra modalidad de actuación de las entidades públicas. No obstante, el manejo del sistema de eliminación de barreras burocráticas requería una norma integral que consolide la figura, desde su definición, ámbito de aplicación, hasta su metodología de análisis, y efectos; por lo que, el 8 de diciembre del 2016, se publicó el **Decreto Legislativo N°1256**, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y

⁵ La Secretaría Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas (SRB) del Indecopi brinda apoyo técnico a las Comisiones adscritas a las Oficinas Regionales del Indecopi (ORI) especializadas en eliminación de barreras burocráticas.

⁶ Desde el año 1996 hasta el 2015, el artículo 26BIS del Decreto Ley N°25868 establecía que "la competencia de la CEB se aplicaba a **<actos y/o disposiciones de la administración pública>**; y, es desde la vigencia del **DL N° 1212** (del año 2015), que se amplía a **<cualquier otra modalidad de actuación>** de los organismos públicos". Véase: Ochoa Mendoza, Francisco. "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos". Derecho PUCP, N°76 (2016). Véase en: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>. Consulta 10/09/2024. Pg.154.

⁷ Mediante la Resolución N° 182-97-TDC Expediente N° 036-96-CAM, se aprobó el precedente de observancia obligatoria para evaluar la metodología de análisis de las barreras burocráticas (análisis de legalidad y análisis de razonabilidad), para evaluar si la imposición de las medidas aplicadas mediante la Ordenanza Municipal N°07-97-MPT a los taxis debían aplicarse o no en el caso concreto. Más allá de detallar que el Tribunal del Indecopi declaró fundada la denuncia interpuesta por Inversiones La Merced S.A contra la Municipalidad Provincial de Trujillo; el precedente contribuyó a determinar la predictibilidad respecto a la forma de análisis de los casos evaluados por el Indecopi sobre dicha materia.

Eliminación de Barreras Burocráticas, cuya última modificación se efectuó mediante el Artículo Único de la Ley N° 31755, publicado el 30 mayo 2023, las cuales precisamos más adelante.

Como se puede apreciar, las atribuciones del Indecopi se restringen a efectuar un control de legalidad (no de constitucionalidad), sin perjuicio de que las normas valoradas se condicen con las libertades de iniciativa privada y de empresa⁸ que se cautela mediante la aplicación del sistema. Esto último coincide con el objetivo planteado mediante el Derecho de Competencia, cuya evolución del concepto también se ha consolidado.

En esa línea, cabe indicar que si bien tradicionalmente⁹ la legislación sobre la defensa de la competencia se encontraba enfocada en la evaluación del comportamiento de los agentes económicos (abuso de posición de dominio, concertación, control de concentraciones); en la actualidad, esta también se evalúa a través del impacto de las regulaciones en la competencia, los cuales son reportados periódicamente por el Indecopi.

III. MODIFICACIÓN EFECTUADA POR LA LEY N° 31755 (2023)

Mediante el Artículo Único de la Ley N° 31755 (30 mayo 2023), se modificó los artículos 3, 4, 7, 8, 9, 15, 16, 18, 23, 24, 27, 46 y 49 del Decreto Legislativo 1256, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Dentro de las principales modificaciones a destacar por dicho cuerpo normativo se encuentran las siguientes:

- **Definición:** Se agregó que los efectos de la barrera burocrática sobre el administrado pueden ser directos o indirectos.
- **No son barreras burocráticas:** Las omisiones o inacciones salvo que su actuación sea indispensable para el ejercicio de las actividades económicas o para la ejecución de un procedimiento administrativo y no exista una solución alternativa por medio del régimen de silencios administrativos u otros.
- **Plazo máximo para atender denuncias informativas:** La denuncia informativa debe ser atendida por la Secretaría Técnica de la Comisión en un plazo máximo de 20 días hábiles. Asimismo, tendrá un plazo máximo de 45 días hábiles para iniciar un procedimiento de oficio o archivar la denuncia informativa, comunicando la decisión al administrado, la cual debe estar debidamente motivada.
- **Plazo para otorgar o rechazar medidas cautelares:** Se dispone el plazo máximo de 30 días hábiles desde la fecha de presentación de la solicitud.
- **Capacitación a funcionarios y servidores públicos:** La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la Secretaría Técnica Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas, en coordinación con la Escuela Nacional del Indecopi realizan capacitaciones dirigidas a los funcionarios y servidores de la administración pública.

⁸ Ochoa Mendoza, Francisco J. (2015). Fundamentos del procedimiento de eliminación de barreras burocráticas. Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 19 (10). Pg. 13.

⁹ Ochoa Mendoza, Francisco. "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos". Derecho PUCP, N°76 (2016). Vease en: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>. Consulta 10/09/2024. Pg.154.

Estas modificaciones se sustentan en la necesidad de impactar positivamente en el mercado peruano, a fin de que se eliminen las trabas impuestas por la administración pública sin un adecuado análisis de legalidad o razonabilidad. En esa línea, se reforzó la capacidad de plantear denuncias anónimas, las cuales deben ser atendidas por el Indecopi en un plazo máximo de 20 días hábiles y sobre las cuales debe emitirse una resolución de inicio de procedimiento o archivamiento del mismo, según corresponda; a fin de lograr la eliminación efectiva de la barrera cuestionada.

Sin embargo, de la revisión del Observatorio de Mercados N°49¹⁰ (2024), se advierte que a pesar de que en el año 2023, el número de eliminación de barreras burocráticas se redujó en un 22.5% (4,720) respecto al año 2022 (6,093); lo cual, según consta en el citado documento, obedeció principalmente a la Ley N° 31755, que determinó que el Indecopi atienda en el plazo de 20 días hábiles, evalúe e inicie o archive en un plazo de 45 días hábiles, los procedimientos administrativos de oficio en virtud a la evaluación de denuncias informativas, cuando antes ello no era obligatorio. El problema de fondo indicado en dicho documento radicó en la falta de recursos para continuar con las labores de investigaciones de oficio para lograr en muchos casos la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas identificadas. Como se puede apreciar, el sistema funciona, pero requiere de recursos y nuevos mecanismos para optimizarlo.

En relación a ello, otro dato importante es que a pesar de que el número de barreras burocráticas eliminadas fue menor, el valor del impacto económico del 2023 mostró un crecimiento de 42,8% respecto del año 2022¹¹, principalmente debido a los costos indirectos asociados a las barreras de impedimento que se eliminaron o aplicaron durante el año pasado.

IV. MEDICIÓN DE IMPACTO EN LA COMPETENCIA DEL MERCADO PERUANO

Según Ochoa¹², el comportamiento de los agentes públicos, mediante la emisión de normas, tiene un impacto importante en la competencia¹³; esto debido a: i) costos de acceso o permanencia en el mercado; ii) baja probabilidad de cumplimiento normativo por razones extraeconómicas; iii) prohibición absoluta; o, iv) asignación de exclusividades para desarrollar la actividad económica. Un ejemplo destacado en este último caso, fue el servicio de revisiones técnicas en la provincia de Lima¹⁴, cuya exclusividad fue declarada ilegal.

¹⁰ Indecopi. Observatorio de Mercados Año 18, N° 49 (mayo, 2024). "Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2023". Enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6494232/5667808-impacto-economico-de-la-imposicion-de-barreras-burocraticas-en-el-peru-2023.pdf?v=1718731170>. Consulta: 10/09/2024. Pg. 14.

¹¹ Indecopi. Observatorio de Mercados Año 18, N° 49 (mayo, 2024). "Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2023". Enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6494232/5667808-impacto-economico-de-la-imposicion-de-barreras-burocraticas-en-el-peru-2023.pdf?v=1718731170>. Consulta: 10/09/2024. Pg. 19.

¹² Ochoa Mendoza, Francisco. "¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos". Derecho PUCP, N°76 (2016). Vease en: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>. Consulta 10/09/2024. Pg.154.

¹³ En el Perú, mediante el TUO de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores.

¹⁴ En este caso, mediante Ordenanza 694, modificada por la ordenanza 1064, de la Municipalidad Metropolitana de Lima se dispuso que el servicio de revisiones técnicas en Lima sea prestado exclusivamente por la empresa Lidercon Perú S.A.C. Sobre el punto, mediante Resolución 1692-2008/TDC-Indecopi se confirmó la Resolución 0013-2008/CAM-Indecopi de CEB.

En esa línea, las barreras burocráticas declaradas como ilegales y/o carentes de razonabilidad generan impactos económicos negativos directos o indirectos.

Para la medición del impacto económico directo de las barreras burocráticas eliminadas, el Indecopi¹⁵ las ha clasificado en: i) **Barreras de requerimiento** (que imponen costos directos como pago de tasas, requerimiento administrativo o requisito de inversión); y, ii) **Barreras de impedimento** (que imponen costos indirectos o costos de oportunidad relacionados a demoras injustificadas, prohibiciones parciales o totales para el desarrollo de inversiones). En las primeras tenemos casos referidos a la tramitación de licencias de funcionamiento o de edificación; mientras que en las segundas, se encuentran casos como las asociadas a las medidas contra la tercerización laboral.

De otro lado, respecto a los efectos indirectos¹⁶, éstos se evalúan de acuerdo a la reacción de los agentes económicos frente a la imposición de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad; frente a lo cual puede generarse lo siguiente:

- **Reducción de competencia en el mercado:** Al generar retrasos o cancelación de proyectos de inversión, se disminuye el ingreso de nuevos agentes económicos en el mercado y se genera menos recaudación tributaria, limitando la creación de nuevos puestos de trabajo.
- **Fomento de la informalidad:** Para evitar los sobrecostos de las regulaciones, se fomenta que empresarios formales pasen a la informalidad, generando con ello, la casi nula recaudación tributaria, el incremento de riesgos sociales, y baja productividad empresarial.
- **Desincentivo a nuevas inversiones:** Si bien en algunos casos se aceptan los altos costos de la sobreregulación, ello puede generar un desincentivo para futuras inversiones.

Según la Oficina de Estudios Económicos del Indecopi¹⁷, dentro de las barreras burocráticas inaplicadas con efectos generales con mayor impacto en el mercado peruano en el 2023, se tiene a las impuestas por las siguientes entidades:

- **Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo:** Emanó una disposición en la que prohibía la tercerización de actividades que forman parte del núcleo del negocio de una empresa. Dicha prohibición, habría generado un costo de por lo menos S/31,6 millones a las empresas formales.

¹⁵ Indecopi. Observatorio de Mercados Año 18, N° 49 (mayo, 2024). "Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2023". Enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6494232/5667808-impacto-economico-de-la-imposicion-de-barreras-burocraticas-en-el-peru-2023.pdf?v=1718731170>. Consulta: 10/09/2024. Pg. 19.

¹⁶ Ib. idem. Pg. 11.

¹⁷ La Oficina de Estudios Económicos del Indecopi aplica el Modelo de Costos Estándar (MCE) para calcular los costos asociados a las barreras de requerimiento. Y para las barreras de impedimento, se evalúan los costos indirectos o de oportunidad.

- **Municipalidad Distrital de La Victoria:** Emitió una prohibición de estacionar vehículos pesados y de carga en vías colindantes al perímetro del damero de Gamarra. Bajo los cálculos realizados, se estimó que dicha barrera burocrática añadió un costo total de S/2,5 millones a varias empresas mayoristas del emporio de Gamarra quienes se veían limitadas en ejercicio sobre sus mercaderías.
- **Municipalidad Provincial de Trujillo:** Planteó una exigencia de presentación de un estudio técnico de ruta para obtener la autorización y/o renovación del permiso de operación para la prestación del servicio de transporte público en la provincia de Trujillo. Se calculó que esta exigencia tendría un impacto en aproximadamente 50 compañías de transporte público, lo que resultaría en un sobrecosto estimado de alrededor de S/1 millón de nuevos soles.
- **Gobierno Regional de Arequipa:** Esta entidad había realizado la imposición del pago de S/20,26 por la aprobación de un tipo de contrato de trabajo para un régimen de exportación no tradicional; sin haber utilizado la metodología de determinación de costos de los procedimientos administrativos y servicios prestados en exclusividad establecidos en su TUPA. Según los datos proporcionados por la Gerencia Regional de Trabajo y Promoción del Empleo del Gobierno Regional de Arequipa, se estima que esta barrera habría tenido un impacto en 2655 contratos y habría causado un costo total de S/47,9 mil.

Por otro lado, en cuanto al impacto económico por la eliminación de barreras burocráticas con efectos particulares, y las eliminadas voluntariamente; es decir, bajo los mecanismos de persuasión y prevención de la secretaría técnica de las Comisiones de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi, se muestra el siguiente detalle:

COSTO IMPUESTO POR LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS, SEGÚN TIPO DE CONCLUSIÓN Y TIPO DE COSTO, 2023

Tipo de conclusión	Costo directo		Costo indirecto		Total		
	Número de barreras	Miles de S/	Número de barreras	Miles de S/	Número de barreras	Miles de S/	Part. %
Eliminada voluntariamente ^{1/}	3 048	14 625,75	1 263	29 254,88	4 311	43 880,63	37,42%
Inaplicación general ^{2/}	166	39 902,93	23	4 341,17	189	44 244,11	37,73%
Inaplicación particular ^{3/}	132	7 950,58	88	21 192,64	220	29 143,23	24,85%
Total	3 346	62 479,27	1 374	54 788,69	4 720	117 267,96	100,00%

Elaboración: Oficina de Estudios Económicos del Indecopi.

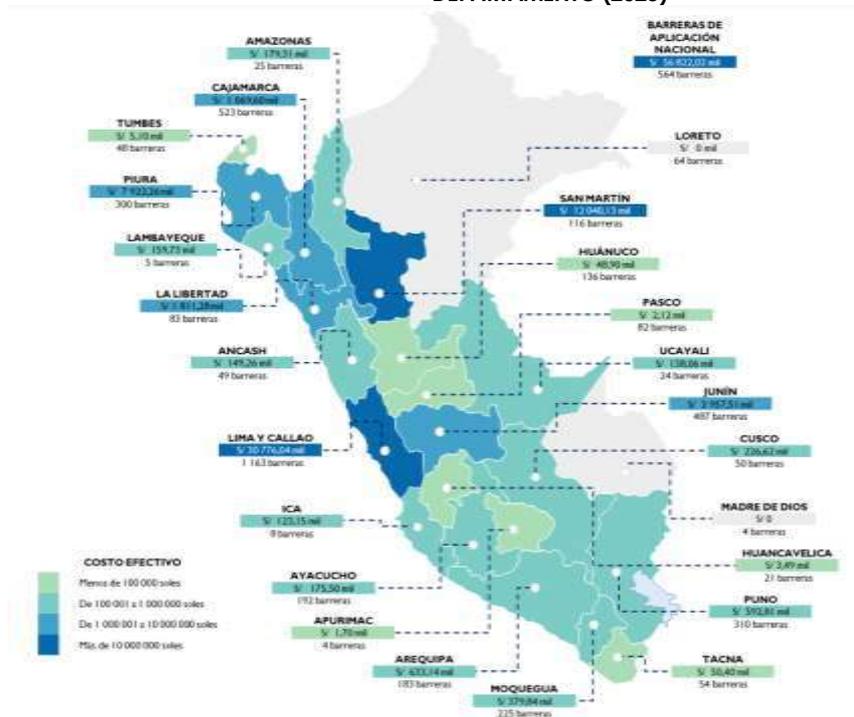
En resumen, en el año 2023, si bien el número de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad inaplicadas por el Indecopi disminuyó un 22,5%¹⁸ respecto al 2022 (pasando de 6,093 a 4,720), en total el impacto económico de la eliminación de las mismas durante el 2023 ascendió a **S/117,3 millones** de nuevos soles, lo que representa un incremento del 42.8% respecto al año anterior.

En cuanto al análisis en gobierno subnacional peruano, de la revisión del Reporte del Observatorio N°49 (2024) del Indecopi se advierte que el mayor impacto económico generado radica en Lima y Callao (S/30,8 millones de nuevos soles que representa el 26.2% del costo total), seguida de San Martín (S/12 millones) y otros departamentos como

¹⁸ Según lo expuesto en el Observatorio de Mercados 2024, la razón por la que se habría producido ello obedeció a la aplicación de la Ley N° 31755, en virtud de la cual se dispuso a las Secretarías Técnicas (como la SRB) inicien procedimientos de oficio por denuncias informativas; lo que generó que se disminuyan los recursos destinados a las investigaciones de oficio, que históricamente ha tenido los mejores resultados en la eliminación de barreras burocráticas.

Tacna, Huánuco, Tumbes, Huancavelica, Pasco, Apurímac, Loreto y Madre de Dios), cuyo detalle se muestra a continuación:

COSTO ECONÓMICO IMPUESTO POR LAS BARRERAS BUROCRÁTICAS INAPLICADAS Y ELIMINADAS, SEGÚN DEPARTAMENTO (2023)



Elaboración: Oficina de Estudios Económicos del Indecopi.

Según los datos obtenidos, se gastó alrededor de S/30,8 millones en Lima y la provincia constitucional del Callao, lo que representa el 26,2 % del gasto total. Esto indicaría que, a nivel departamental, la sobrerregulación se concentró principalmente en la jurisdicción de la capital del país, misma que concentraría el 41,9 % de la actividad económica, mientras que a la provincia del Callao le correspondería el 33,1 % de la población del país. En cuanto al análisis regional, el departamento de **San Martín** sufrió el mayor impacto económico, con un valor de S/12,0 millones, principalmente debido a las barreras burocráticas relacionadas con plazos superiores a los legales para obtener licencias de funcionamiento.

Respecto a la afectación de la competencia en el mercado peruano, según los indicadores señalados en el Observatorio N°49 (2024¹⁹), los **sectores económicos** más afectados por la imposición de barreras burocráticas fueron: i) Comercio relacionado al mantenimiento y reparación de vehículos automotores con S/53,4 millones (que representó el 45,5 % del total); ii) Alojamiento y restaurantes con S/15,9 millones (que representó el 13,53% del total); y, iii) otros servicios, con S/15,4 millones (que representó el 13,14% del total).

¹⁹ Indecopi. Observatorio de Mercados Año 18, N° 49 (mayo, 2024). "Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú 2023". Enlace: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6494232/5667808-impacto-economico-de-la-imposicion-de-barreras-burocraticas-en-el-peru-2023.pdf?v=1718731170>. Consulta: 10/09/2024. Pg. 14.

V. LA REGULACIÓN RESPONSIVA Y LA NUEVA METODOLOGÍA APLICADA POR LA SRB-INDECOPI

La regulación responsiva²⁰ “permite que el regulador escale gradualmente una “pirámide de cumplimiento (**enforcement pyramid**)” al momento de buscar el cumplimiento de la ley, comenzando —desde la base— con acciones de persuasión, hasta llegar a la cumbre con medidas más punitivas o sancionadoras, según el tipo de respuesta y compromiso que pueda obtener del sujeto regulado”. Esta doctrina fue desarrollada por John Braithwaite y promueve que los sujetos regulados adopten diferentes comportamientos según sus motivaciones, de la cultura del entorno y del nivel de información, entre otros, para lograr el mismo objetivo (la eliminación voluntaria de barreras burocráticas sin necesidad de sancionar), ahorrando dinero y tiempo; lo cual se constituye como una medida distinta a la tradicional (estrategia sancionadora o disuasiva).

Bajo esa premisa, nuestra legislación ha contemplado los **Ranking de Barreras Burocráticas**, que se elaboran y difunden en virtud de la aplicación del Principio de acción preventiva estipulado en el Decreto Legislativo N°1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Dentro de las actividades de persuasión reguladas en el artículo 48° de la citada norma, se establece el deber del Indecopi de difundir los siguientes documentos:

- **Ranking de Barreras de Funcionarios:** Contempla a aquellos funcionarios que coadyuvaron a la eliminación voluntaria de barreras burocráticas.
- **Ranking de barreras medidas preventivas:** Contempla las entidades que han implementado medidas de prevención de eliminación de barreras burocráticas.
- **Ranking de barreras negativo:** Contempla las entidades que cuentan con mayor cantidad de barreras burocráticas ilegales y/o carentes de razonabilidad identificadas a través de procedimientos iniciados de parte y de oficio por la Comisión durante el año, que hayan agotado la vía administrativa.
- **Ranking de barreras positivo:** Contempla las entidades que cuentan con mayor cantidad de barreras burocráticas que han sido eliminadas voluntariamente, antes del inicio de un procedimiento administrativo o antes de la emisión de una resolución final.

Estas medidas tienen como objeto identificar con claridad las buenas prácticas realizadas sobre la materia, como las capacitaciones internas que efectúan las entidades, y a su vez, permite identificar a aquellas entidades que aún contemplan barreras burocráticas para fomentar la eliminación voluntaria de las mismas; es decir, sin necesidad de aplicar sanciones. Asimismo, destaca la labor de los funcionarios que contribuyen a las actividades de prevención descritas. Esto, según el Ranking positivo, ha logrado **eliminar 1210 barreras burocráticas** utilizando regulación responsiva. Se encuentra pendiente que se evalúen nuevas estrategias para que las 46 entidades pendientes de eliminar las 225 barreras burocráticas identificadas puedan hacerlo en plazos céleres²¹.

²⁰ Ochoa Mendoza, Francisco. “¿Es posible hacer cumplir la ley sin sancionar? Aplicando de manera «responsiva» la regulación en el Perú, a propósito del caso de abogacía de la competencia sobre las barreras burocráticas en el mercado de servicios públicos”. Derecho PUCP, N°76 (2016). Vease en: <http://dx.doi.org/10.18800/derechopucp.201601.006>. Consulta 10/09/2024. Pg.154.

²¹ Dentro de las cuales, se mantienen actuaciones referidas a la falta de observancia de la metodología establecida por la Presidencia del Consejo de Ministros (PCM), lo cual infringe la Ley del Procedimiento Administrativo General; o, relacionado a la limitación del uso de horarios de presentación de documentos en mesa de partes virtual.

A) Nueva Metodología práctica utilizada por la SRB-Indecopi para eliminación de barreras burocráticas

i) Programa de Eliminación voluntaria de barreras regulatorias a la competencia

Un mecanismo innovador aplicado por la Secretaría Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas (SRB) del Indecopi y reconocido por el Observatory of Public Sector Innovation (OPSI)²² es el denominado “Programa de Eliminación voluntaria de barreras regulatorias a la competencia” que permite impulsar a los organismos públicos a nivel nacional avanzar hacia una regulación de calidad.

Bajo esta metodología, el Indecopi incorporó herramientas de economía del comportamiento (por ejemplo, mediante el uso de “nudges”) en los documentos oficiales enviados a los organismos públicos investigados para evaluar la aplicación de la eliminación voluntaria, enfatizando en los incentivos para promover la regulaciones óptimas.

Asimismo, se demostró que la metodología aplicada logró reducir el tiempo promedio para la eliminación de la barrera burocrática en favor de la competencia en el mercado peruano. Las estadísticas señalaron que los organismos a los cuales se aplicó dicha metodología lograron eliminar las barreras en **28 días hábiles frente a los más de 80 días hábiles** que demoraron las entidades a las que no se aplicó el referido programa²³. Entre las principales razones de la demora se señaló que corresponde a la percepción errónea sobre el cumplimiento de la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas identificadas por el Indecopi; pesar de que la data demuestra que más del 86% de entidades logran dicha eliminación voluntaria.

La aplicación de dicha metodología, según OPSI²⁴, requirió de un proceso de monitoreo constante de los organismos públicos a través de tableros de mando y tablas dinámicas para el seguimiento efectivo, control de resultados, y priorización de entidades de acuerdo a nuevas evidencias. Además, se requirió la utilización de la antigua metodología de persuasión aplicada por el Indecopi en aplicación de lo establecido en la Ley Anti Barreras, como son los Rankings positivos de entidades y servidores públicos, precisados en los documentos enviados a la entidades para fomentar la eliminación voluntaria de las barreras burocráticas identificadas en sus regulaciones.

El método utilizado en este programa es el Propensity Score Matching (PSM)²⁵, y ha demostrado que el nuevo Programa aplicado por la SRB-Indecopi permitió reducir

²² Observatory of Public Sector Innovation (OPSI). “Voluntary Removal of Regulatory Barriers to Competition: Using Social Norms to Nudge Government Institutions Towards a High Quality Regulation”. Lima, Peru, February 2023. Enlace: <https://oecd-opsi.org/innovations/voluntary-removal-of-regulatory-barriers-to-competition-using-social-norms-to-nudge-government-institutions-towards-a-high-quality-regulation/>. Consulta: 09/09/2024.

²³ Durante la implementación del programa se logró la eliminación de un total de 1084 barreras burocráticas en 34 instituciones. Véase en Observatory of Public Sector Innovation (OPSI). “Voluntary Removal of Regulatory Barriers to Competition: Using Social Norms to Nudge Government Institutions Towards a High Quality Regulation”. Lima, Peru, February 2023. Enlace: <https://oecd-opsi.org/innovations/voluntary-removal-of-regulatory-barriers-to-competition-using-social-norms-to-nudge-government-institutions-towards-a-high-quality-regulation/>. Consulta: 09/09/2024.

²⁴ Durante la implementación del programa se logró la eliminación de un total de 1084 barreras burocráticas en 34 instituciones. Véase en Observatory of Public Sector Innovation (OPSI). “Voluntary Removal of Regulatory Barriers to Competition: Using Social Norms to Nudge Government Institutions Towards a High Quality Regulation”. Lima, Peru, February 2023. Enlace: <https://oecd-opsi.org/innovations/voluntary-removal-of-regulatory-barriers-to-competition-using-social-norms-to-nudge-government-institutions-towards-a-high-quality-regulation/>. Consulta: 09/09/2024.

²⁵ Según el Banco Mundial, el PSM, “es un método cuasiexperimental en el que el investigador utiliza técnicas estadísticas para construir un grupo de control artificial al emparejar cada unidad tratada con una unidad no tratada de características similares. Mediante estos emparejamientos, el investigador puede estimar el impacto de una intervención. El emparejamiento es un método útil en el análisis de datos para estimar el impacto de un programa para el cual no es ética o lógicamente factible aleatorizar”. Véase en: Banco

significativamente el tiempo de remoción de barreras burocráticas (de 80 días hábiles a 28 días hábiles), a pesar de las diversas fallas con las que se enfrenta el sistema como son la constante remoción de servidores públicos líderes de los organismos públicos investigados, falta de conocimiento del sistema de eliminación de barreras burocráticas, dificultad de lograr comunicación con servidores públicos a cargo de la eliminación voluntaria de barreras burocráticas, entre otros.

Sin duda, este plazo promedio identificado en el presente proyecto (28 días hábiles) aún resulta desalentador, sin embargo, el uso de nuevos mecanismos para lograr la eliminación efectiva de las miles de barreras burocráticas que tiene el ordenamiento jurídico peruano nos abre una luz para mejorar el sistema.

ii) Programa de cumplimiento eficaz aplicado a las Resoluciones Finales

Otro método utilizado por la Secretaría Regional de Eliminación de Barreras Burocráticas (SRB) del Indecopi y reconocida por el Observatory of Public Sector Innovation (OPSI), es el aplicado por el Programa de Cumplimiento Eficaz a través del uso de insights de la economía del comportamiento para asegurar la eliminación definitiva de una norma que afecta a la competencia; así como, la evaluación del impacto en la economía a través del método Propensity Score Matching (PSM), mediante el cual la SRB evidenció que la aplicación de dicha metodología que permitió eliminar las barreras burocráticas en 52 días hábiles frente a los 200 días hábiles que duraba dicha eliminación sin la aplicación de la nueva metodología; esto representa una reducción significativa del plazo para el cumplimiento de la inaplicación de la regulación declarada como barrera burocrática.

De la revisión del proyecto, se evidencia cómo el equipo resolutivo de la SRB (Indecopi) elaboró nuevos formatos de resoluciones de consentimiento; nuevos mecanismos de comunicación efectiva; así como, el uso de ciencia de datos para el seguimiento de la eliminación de barreras burocráticas que afectan a la competencia, a través del uso de recolección de evidencias en matrices y la aplicación de tableros de control para la medición del impacto de la estrategia.

Como se puede apreciar si bien esta nueva metodología, resulta altamente innovadora y con posibilidad de ser replicada a nivel nacional e incluso por otros órganos resolutivos que requieren un cumplimiento eficaz; recursos logísticos y humanos que permitan ampliar su aplicación. Otro aspecto fundamental es concentrar las actividades de persuasión y prevención en un solo organismo independiente de las labores resolutivas, como ocurre con otras competencias a cargo del Indecopi²⁶.

En ese sentido, proponemos que se cree una unidad encargada de manera exclusiva a las actividades de prevención y persuasión para la eliminación voluntaria de barreras burocráticas, es decir, sin que se requiera el inicio de procedimientos administrativos a cargo de los órganos resolutivos. Por lo que, también resulta importante evaluar la necesidad de la creación de la Dirección Nacional de Eliminación de Barreras Burocráticas, lo cual requiere de un capítulo aparte para delimitar su importancia, competencias, funcionamiento a nivel nacional, entre otros.

Mundial. "Propensity Score Matching". Enlace: [https://dimewiki.worldbank.org/Propensity_Score_Matching#:~:text=Propensity%20score%20matching%20\(PSM\)%20is,the%20impact%20of%20an%20intervention](https://dimewiki.worldbank.org/Propensity_Score_Matching#:~:text=Propensity%20score%20matching%20(PSM)%20is,the%20impact%20of%20an%20intervention). Consulta: 10/09/2024.

²⁶ Por ejemplo, la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, la Dirección de la Autoridad Nacional de Protección del Consumidor o la Dirección de Signos Distintivos.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

Por lo expuesto, dentro de los aspectos claves orientados a mejorar el sistema de eliminación de barreras burocráticas en nuestro país y mejorar su impacto en la competencia, contemplamos las siguientes conclusiones y recomendaciones:

1. El fortalecimiento del Sistema de eliminación de barreras burocráticas a través de mecanismos innovadores que promueven su eliminación voluntaria ha generado impactos positivos en la competencia del mercado peruano. Los sectores de comercio y mantenimiento de vehículos, alojamiento y restaurantes, y otros servicios, se han visto beneficiados por la adopción de dichos métodos innovadores, según lo reportado por el Indecopi.
2. De la revisión del Observatorio N° 49 (2024) se contempló que los procedimientos asociados a las barreras eliminadas o aplicadas durante el 2023, fueron las Licencias de Funcionamiento, Tercerización Laboral, Autorizaciones para prestar el servicio de delivery y licencias de edificación. Esto debe permitir que la administración pública contemple mecanismos *ex ante* para mejorar la regulación relacionada a dichos procedimientos.
3. La regulación responsiva es una estrategia efectiva para lograr la eliminación voluntaria de barreras burocráticas en ciertos casos, y se aplica en virtud de lo dispuesto en el artículo 48° de la Ley Anti Barreras. Por lo que, medidas innovadoras como las implementadas por la SRB mediante el “Programa de Eliminación voluntaria de barreras regulatorias a la competencia” y el “Programa de cumplimiento eficaz aplicado a las Resoluciones Finales” son altamente eficientes para el objetivo de la norma.
4. El fortalecimiento del sistema de eliminación de barreras burocráticas requiere contar con mayores recursos logísticos y humanos para promover las investigaciones de oficio orientadas a la eliminación voluntaria de múltiples trabas que pone la administración y restringe la competencia en el mercado. Bajo ese contexto, resulta oportuno abrir el debate para la incorporación de mecanismos innovadores para reducir tiempos para la eliminación voluntaria de barreras burocráticas; así como, generar mecanismos prácticos y eficaces que contribuya a la competitividad empresarial. Además, resulta oportuno abrir el debate sobre la necesidad de crear la Dirección de Eliminación de Barreras Burocráticas encargada de aplicar los mecanismos de prevención y persuasión a nivel nacional, y que a la fecha son realizadas por la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas (CEB-Sede Central) y la SRB del Indecopi, en coordinación con sus órganos resolutivos.

BIBLIOGRAFÍA

- Banco Mundial (s.f). “Propensity Score Matching”. Enlace:[https://dimewiki.worldbank.org/Propensity_Score_Matching#:~:text=Propensity%20score%20matching%20\(PSM\)%20is,the%20impact%20of%20an%20intervention](https://dimewiki.worldbank.org/Propensity_Score_Matching#:~:text=Propensity%20score%20matching%20(PSM)%20is,the%20impact%20of%20an%20intervention).
- Decreto legislativo 1256 de 2017 [con fuerza de ley]. Por medio se aprueba la Ley de prevención y eliminación de barreras burocráticas. 8 de junio de 2017. D.L. No. 1256.

- Decreto Supremo 004 de 2019. Por medio del cual se aprueba el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 - Ley del Procedimiento Administrativo General. 25 de enero de 2019. D.S. No. 004-2019-JUS.
- Guimaraes, A. S. (2017, Febrero 10). Manual sobre la prevención y eliminación de Barreras Burocráticas (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, Ed.). Indecopi, 1. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1814840/Manual%20sobre%20prevenci%C3%B3n%20y%20eliminaci%C3%B3n%20de%20barreras%20burocr%C3%A1ticas%20%28Tomo%20I%29.pdf>
- Indecopi, Observatorio de Mercados. (2022). Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú, 2022 (Nro.44). Gobierno del Perú.
- Indecopi, Observatorio de Mercados. (2023). Impacto económico de la imposición de barreras burocráticas en el Perú, 2023 (Nro.49). Gobierno del Perú.
- Indecopi. (2016). El ABC de eliminación de barreras burocráticas. Secretaria técnica de la comisión de eliminación de Barreras Burocráticas. Enlace: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/items/5443de5c-a12c-4e9d-a828-5e0aec52243d>
- Indecopi. (2017). Manual sobre la prevención y eliminación de Barreras Burocráticas (Vol.1). Secretaria técnica de la comisión de eliminación de Barreras Burocráticas. Enlace: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/items/16eeb0b6-9bae-4188-9209-578c9cf77232>
- Indecopi. (2017). Manual sobre la prevención y eliminación de Barreras Burocráticas (Vol.2). Secretaria técnica de la comisión de eliminación de Barreras Burocráticas. Enlace: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/items/ced5a409-d4c5-46a4-a0d3-e1c824742f77>
- Indecopi. Comisión de acceso al Mercado. Expediente N° 036-96.CAM. Inversiones La Merced S.A; 16 de julio de 1997.
- Kresalja R., Baldo. (2015). ¿Estado o mercado? : el principio de subsidiaridad en la Constitución peruana. <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/173066>
- Observatory of Public Sector Innovation (OPSI). "Voluntary Removal of Regulatory Barriers to Competition: Using Social Norms to Nudge Government Institutions Towards a High Quality Regulation". Lima, Peru, Febrero 2023. Enlace: <https://oecd-opsi.org/innovations/voluntary-removal-of-regulatory-barriers-to-competition-using-social-norms-to-nudge-government-institutions-towards-a-high-quality-regulation/>.

COMPROMISOS DE CESE: HERRAMIENTAS EFECTIVAS EN LA RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Autor:

Diego Rafael Reyna García



COMPROMISOS DE CESE: HERRAMIENTAS EFECTIVAS EN LA RESOLUCIÓN DE PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA EN EL PERÚ

Cease commitments: effective tools for the resolution of antitrust proceedings in Peru

Diego Rafael Reyna García¹

SUMARIO:

- I. Introducción.
- II. Desarrollo legislativo de la figura del compromiso de cese.
- III. Aplicación actual del compromiso de cese en procedimientos en materia de Libre Competencia.
- IV. Conclusiones y reflexiones finales.

Resumen

El compromiso de cese es una mecanismo de terminación anticipada de procedimientos en materia de libre competencia que han adquirido una particular relevancia en los últimos 6 años en Perú y, específicamente, en casos vinculados con cárteles. Debido a este súbito desarrollo, resulta necesario indagar acerca de las características más importantes de esta herramienta, sus aplicaciones por parte de la autoridad y los retos que le aguardan en el futuro.

Palabras Claves

Procedimiento administrativo sancionador/ Compromiso de Cese/ Derecho de la Competencia/ INDECOPI/ Transacción / Cárteles.

Abstract

Cease commitments are a mechanism that permit the early termination of administrative proceedings, which have acquired a particular relevance in the last 6 years in Peru's competition activities against cartels. Due to this swift development, it becomes necessary to take a close look at this tool's most important characteristics, the ways in which the authority have applied it in practice and the challenges ahead.

Keywords

Administrative proceedings/ Cease commitments/ Competition Law/ INDECOPI/ Settlements/ Hard Core cartels.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. *Master of Laws (LL.M)* en Derecho Internacional Económico por la LSE (*London School of Economics and Political Sciences*) del Reino Unido. Es asesor legal principal de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi y se ha especializado en Derecho de la Competencia, Regulación y Compliance. Los puntos de vista del autor expresados en el presente artículo no comprometen ni a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ni a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI. Correo de contacto: diego.reynag@gmail.com.

I. INTRODUCCIÓN²

Ocupa usted la Gerencia General de una importante empresa. Es un lunes en la mañana, ajetreado como suelen ser los lunes, cuando de pronto, la Gerenta Comercial ingresa raudamente a su oficina, indicándole que un equipo del Indecopi, y más precisamente, de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia (la DLC), se encuentra en las puertas de la empresa con una orden para poder registrar sus oficinas.

Su sorpresa ante esta visita aumenta cuando se le informa a usted que, según el documento que sustenta esta diligencia, la DLC estaría investigando a su empresa por haber participado, presuntamente, en conductas anticompetitivas. Sin perjuicio de este hecho, y actuando en la confianza de que los trabajadores de su empresa conocen muy bien qué está permitido y qué no en temas de libre competencia (no en vano, piensa usted, se realizan hasta tres capacitaciones al año sobre este asunto), usted permite la entrada de los funcionarios de la DLC, como corresponde, quienes acceden a las computadoras de los trabajadores sin perder un segundo.

Durante el desarrollo de la diligencia, usted conversa con los funcionarios, quienes le explican algunos detalles adicionales acerca de su presencia en la empresa. No obstante, no puede dejar de reparar en los rostros de consternación de ciertos empleados al momento en que los oficiales de la DLC acceden a sus computadores y, específicamente, a sus correos electrónicos corporativos.

Ante ello, llama al Oficial de Cumplimiento de la empresa, quién, con una sonrisa nerviosa, le comunica que acaba de recibir la visita de dichos empleados y que estos han confesado que, durante los últimos meses, han tenido contactos con los empleados de empresas competidoras para poder repartirse los clientes del sector en el que participan. "Lo hicimos pensando en la empresa y en que las ventas subieran" -responden los empleados cuando usted les increpa acerca de esta actitud- "no sabíamos que esto era algo ilegal" -continúan disculpándose, casi con lágrimas en los ojos.

La situación acaba de complicarse seriamente para su empresa. Durante la noche, luego de una búsqueda rápida en algunas computadoras revisadas por la DLC, el personal de informática le confirma que se han encontrado correos electrónicos que muestran los contactos indebidos entre sus empleados y aquellos de sus competidores.

La solución, a sus ojos, es simple: la empresa debe acogerse al Programa de Clemencia y confesar todo acerca de esta ilícita conducta. Lamentablemente, las malas noticias parecieran no tener fin, pues al contactarse al día siguiente con la DLC, le confirman sus peores temores. Luego de la diligencia, la autoridad ya cuenta con toda la información suficiente como para iniciar un procedimiento contra su empresa y el resto de empresas involucradas, por lo que no aceptará solicitudes de clemencia.

Luego de la llamada, se recuesta usted en el sillón más cómodo de su sala de reuniones. La reputación de la empresa (y la suya, de paso) está acabada. Imagina ya los titulares en las principales diarias económicas del país y la vergüenza que deberá pasar ante su Directorio, al tratar de explicar cómo una conducta tan seria pudo haber ocurrido sin que usted pudiera darse cuenta y prevenirla. En su opinión, solo queda aceptar el golpe y esperar por lo mejor.

² El autor desea agradecer a la señorita Fiorella Yulizza Alvarado Gutierrez, Especialista 1 de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia del Indecopi, por su valiosa colaboración en la recolección de información necesaria para la redacción del presente artículo.

Mientras se sumerge en estos pensamientos, ingresa a la sala de reuniones el practicante estrella de su área de asesoría jurídica, quien le entrega algunos papeles para su firma. Mientras usted se acomete a esta labor, el practicante, nervioso pero decidido, le comenta: "Me he enterado de la situación difícil en la que la empresa se encuentra y pareciera que no tenemos salida alguna. Sin embargo, ¿no ha considerado usted la posibilidad de que, si se iniciara un procedimiento contra la empresa, presentemos una solicitud de compromiso de cese?"

Este pequeño relato (bastante cercano a la realidad, cabe indicar) pretende graficar, por un lado, las disyuntivas reales a las que se ve expuesto un agente económico que se ve involucrado en una investigación desarrollada por la DLC, y por otro, la creciente importancia que ha tomado el mecanismo de compromiso de cese en el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia en el Perú en los últimos 6 años. Por ello, es relevante preguntarnos: ¿qué es un compromiso de cese?

Como es definido por el propio INDECOPI en diversos pronunciamientos, el compromiso de cese es una figura jurídica que supone la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador en materia de libre competencia a cambio del cumplimiento de una serie de medidas ofrecidas por el o los investigados, que a criterio de la DLC y la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (la CLC) permitan atender las preocupaciones de competencia que dieron lugar al inicio del procedimiento. La importancia de esta figura radica en la posibilidad de restablecer el proceso competitivo o revertir los efectos lesivos que una conducta anticompetitiva podría haber causado a un bajo costo, permitiendo a la agencia de competencia ahorrar recursos que serían utilizados en costosos procesos administrativos y judiciales.

Un criterio similar es compartido por el profesor Juan Carlos Morón Urbina, quien, al desarrollar ciertos aspectos comunes a las figuras de compromiso de cese presentes en el derecho administrativo sancionador peruano, comenta lo siguiente acerca de la utilidad de este tipo de herramientas:

"(...) se buscan mayores posibilidades de satisfacción de intereses y de presteza para resolver sumariamente asuntos asumidos por el Estado regulador imprimiendo mayor celeridad a los procedimientos administrativos incorporando técnicas consensuales, dado que mediante ella podemos sustituir innumerables acciones administrativas, notificaciones, procesos y actuaciones, mediante la participación de los afectados, (...)." ³

Atendiendo a su relevancia, en las siguientes líneas se presentará un marco general acerca de los principales aspectos de esta herramienta, haciendo énfasis en la manera en la que la legislación peruana ha caracterizado esta herramienta, sus características más importantes, sus posibles usos y la aplicación que esta ha tenido por parte de la autoridad de competencia peruana.

II. DESARROLLO LEGISLATIVO DE LA FIGURA DEL COMPROMISO DE CESE

A continuación, se describirá los principales aspectos de esta herramienta, a la luz de la forma en la que ha sido recogida en la legislación peruana.

³ Juan Carlos Morón Urbina, "La terminación convencional del procedimiento sancionador: la administración concertada en materia sancionadora", *Revista de Derecho Administrativo 16 – Derecho Administrativo e Inversión Privada* (2016), 370.

2.1 Compromisos de cese en los Decretos Legislativos 701 y 1034

El artículo 20 del Decreto Legislativo 701⁴, primera norma de competencia en el Perú⁵, estableció un régimen de compromiso de cese sucinto y dirigido únicamente al “cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos”. Específicamente, dicho artículo dispuso lo siguiente:

Artículo 20.- Dentro del plazo fijado para la contestación de la denuncia el presunto responsable podrá ofrecer un compromiso referido al cese de los hechos investigados o a la modificación de aspectos relacionados con ellos.

La Secretaría evaluará la propuesta y en caso de estimarla satisfactoria propondrá a la Comisión la suspensión del proceso administrativo, sugiriendo las medidas pertinentes con el objeto de verificar el cumplimiento del compromiso. La Comisión decide la aprobación o la denegatoria de la propuesta.

En caso de incumplimiento del compromiso, se reiniciará el procedimiento, de oficio o a petición de parte. Asimismo, la Comisión impondrá al denunciado una multa por incumplimiento.

Aunque suponemos que el legislador buscó, a través de este artículo, garantizar la posibilidad de que la CLC pudiera tener una herramienta eficaz y capaz de dar solución a procedimientos de todo tipo, consideramos que erró al considerar en ella los siguientes tres aspectos:

- El primero que es necesario notar es que, bajo el articulado del Decreto Legislativo 701, solo era posible su aplicación a conductas que se encontraban en ejecución al momento de solicitar el compromiso. Ello se deriva de la literalidad del primer párrafo del artículo 20, al mencionar que esta figura era de aplicación al cese de los hechos que eran materia de investigación o a su modificación. No obstante, se mantenía la duda -legítima- de si un compromiso de cese podía ser aplicado a una conducta que ya había cesado. Al respecto, no es inusual que la autoridad de competencia investigue una conducta y, al momento de iniciar el procedimiento, esta ya no se

⁴ Decreto Legislativo 701. Eliminan las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, el cual fue emitido el 5 de noviembre de 1991.

⁵ Se considera al Decreto Legislativo 701 como la primera norma de competencia en el Perú pues fue la primera con rango de Ley que tuvo aplicación en nuestro país. Sin embargo, cabe anotar que en los años 1985 y 1990 se dictaron normas reglamentarias (los Decretos Supremos 467-85-EF y 296-90-EF) que hacían referencia a la necesidad, por un lado, de proteger al consumidor frente al abuso derivado de la posición dominante en el mercado; y, por otro, de propiciar la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y servicios, garantizando la prevención y sanción de los actos que la limitan. Resulta importante destacar que, en este último caso (Decreto Supremo 296-90-EF), por primera vez se tipifican algunas conductas que serían contrarias a la libre competencia, como el condicionar la venta de un bien o prestación de un servicio a la compra o uso de otros (literal c) del artículo 3) o los pactos o acuerdos entre personas naturales y/o jurídicas sobre precios, producción, comercialización y prestación de servicios (literal a) del artículo 4). Ambos decretos fueron derogados por el artículo 27 del Decreto Legislativo 701.

encuentre en ejecución⁶. En consecuencia, la imposibilidad de presentar un compromiso de cese por hechos ya culminados generaba una incertidumbre que restaba efectividad a la aplicación del mecanismo.

- Un segundo aspecto es la determinación de la suspensión del procedimiento, en vez de su terminación. Esta característica resultaba a todas luces contradictoria con la naturaleza jurídica de esta herramienta que, como hemos explicado previamente, busca la terminación anticipada de un procedimiento. Así, la autoridad estaba obligada a reiniciar el procedimiento en caso de incumplimiento del compromiso, lo cual imponía la necesidad, por un lado, de analizar la responsabilidad del solicitante de compromiso de cese no solo por la conducta anticompetitiva originalmente imputada, sino también por el incumplimiento del compromiso, lo cual representaba una doble carga laboral y de agotamiento de recursos para el INDECOPI. Por lo demás, no existía claridad acerca de cuánto duraría la suspensión del procedimiento, o si esta daría paso, en algún momento, a una verdadera terminación.
- El punto anterior también trae a colación el tercer aspecto que dificultaba la aplicación del compromiso de cese: la obligación de imponer una multa al solicitante que incumplía el compromiso. A diferencia de la determinación de otras multas descritas en la norma (como la misma multa por comisión de conductas anticompetitivas⁷) o en otras conexas (por ejemplo, por incumplimiento injustificado de los requerimientos realizados por la CLC⁸), la multa por incumplimiento de un compromiso de cese no solo no tenía un valor asignado en UIT, sino que carecía de parámetros para ser calculada. Todo ello suponía una facultad abiertamente discrecional, que podría haber disuadido a otros solicitantes de aplicar a este mecanismo.

Aunque sí es cierto que esta herramienta tuvo algún uso durante los años de vigencia del Decreto Legislativo 701, difícilmente podría afirmarse que esta fue de provecho para la autoridad o que le permitió enfocar sus esfuerzos en la investigación y sanción de conductas mucho más nocivas para la economía y la sociedad⁹.

⁶ Sobre la posibilidad de aceptar un compromiso de cese con posterioridad a la culminación de los hechos investigados bajo el Decreto Legislativo 701, ver numerales 54 y 55 de la Resolución 1042-2013/SDC-INDECOPI, emitida por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI el 24 de junio de 2013. En este pronunciamiento, referido al compromiso de cese denegado en primera instancia y presentado por la Asociación Peruana de Empresas de Seguros – APESEG y otros (en relación con el procedimiento iniciado en junio de 2004 por la presunta realización de una práctica colusoria consistente en la fijación de primas mínimas y deducibles mínimos, correspondientes a los segmentos de seguros básico y completo de vehículos particulares, durante el período comprendido entre julio de 1999 y diciembre de 2003), la Sala también decidió denegarlo, argumentando que “[...] el Compromiso de Cese presentado por los Denunciados no puede ser aprobado, pues al momento de su presentación, la conducta infractora ya se había producido y desplegado sus efectos. Por tanto, este colegiado es de la opinión que aprobarlo implicaría desnaturalizar la finalidad de la figura y abstenerse injustificadamente de ejercer la competencia que tiene atribuida”.

⁷ Fijada originalmente en cincuenta (50) UIT y luego modificada por el artículo 11 del Decreto Legislativo 807.

⁸ Multa incorporada por el artículo 5 del Decreto Legislativo 807.

⁹ Algunos ejemplos de compromisos de cese aprobados bajo el Decreto Legislativo 701 fueron: el compromiso presentado por el señor Gilberto Hinojosa Teves y la Asociación de Industriales en Panadería, por recomendaciones anticompetitivas (Resolución 033-95-INDECOPI/CLC), el compromiso presentado por diversas empresas de mototaxi y la Asociación de Choferes de Mototaxis de Huanta, por una presunta concertación de precios (Resolución 003-2000-INDECOPI/CLC) y el compromiso presentado por Hansaperú Consulting S.A.C., que motivó la expedición de lineamientos para la aprobación de compromisos de cese (Resolución 039-2005-INDECOPI/CLC). Cabe indicar que muchas de las reglas contenidas en dichos lineamientos fueron luego trasladadas al Decreto Legislativo 1034.

Esta impresión fue expresamente reconocida por el INDECOPI en la Exposición de Motivos mediante la cual se justificó la promulgación del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Ciertamente, al momento de dar una explicación detallada acerca de los cambios introducidos por la nueva norma, se señaló que la motivación principal para su modificación fue que "(...) la ausencia de disposiciones claras e incentivos adecuados a nivel legal no han permitido que la institución logre los objetivos para los que fue adoptada."¹⁰

Así, el Decreto Legislativo 701 fue derogado por el Decreto Legislativo 1034, el cual entró en vigor el 25 de julio de 2008, según lo indicado en su Cuarta Disposición Complementaria Final. Lamentablemente, aunque por un lado la nueva norma corrigió algunos de los errores del Decreto Legislativo 701 (como otorgar un plazo mucho más amplio para la presentación de la solicitud de compromiso de cese o determinar claramente la multa aplicable por incumplimiento)¹¹, por otro reiteró las principales deficiencias contenidas en la anterior (aplicación a hechos en ejecución al momento de la imputación y suspensión del procedimiento en vez de su terminación) e, incluso, modificó este mecanismo para hacerlo aplicable únicamente a conductas que no hubieran causado una grave afectación al bienestar de los consumidores.

En la práctica, esto implicaba circunscribir el ámbito de aplicación de esta figura a conductas de poca trascendencia. Prueba de ello es que, entre la entrada en vigencia del Decreto Legislativo 1034 (julio de 2008) hasta las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1205 (setiembre de 2015), se aprobaron solo 4 solicitudes de compromiso de cese, correspondientes a: (i) presuntas prácticas colusorias horizontales en las modalidades de decisiones y recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar el precio de la leche evaporada, (ii) presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de acuerdo para la fijación concertada de los precios de los servicios turísticos ofrecidos en Chachapoyas durante el 2010 y el 2011, (iii) presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendaciones anticompetitivas, destinadas a incrementar el precio del pan en la provincia de Piura a partir del 30 de marzo de 2011 y (iv) presuntas prácticas colusorias horizontales en la modalidad de recomendación anticompetitiva, destinada a modificar el precio de los textos escolares¹².

2.2 Compromisos de cese luego de las modificaciones introducidas por los Decretos Legislativos 1205 y 1396

Luego de 7 años de aplicación del Decreto Legislativo 1034, quedaba claro que esta norma, aunque había significado un avance respecto del Decreto Legislativo 701, requería ciertos ajustes para mejorar su ejecución. En el caso específico de los compromisos de cese, se determinó que esta debía ser modificada "con el objeto de que se convierta en una verdadera herramienta de terminación anticipada del

¹⁰ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, página 7. Disponible en: https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf (última consulta: 7 de setiembre de 2024). Cabe indicar que una versión preliminar de este texto fue emitida por la Secretaría Técnica de la CLC (ahora, la DLC) mediante Informe 035-2008-INDECOPI/ST-CLC.

¹¹ Resulta importante destacar que el Decreto Legislativo 1034 introdujo al compromiso de cese dos características que permanecen hasta la actualidad:

- Estableció la reserva de la tramitación de la solicitud de compromiso de cese, al realizarla en un expediente separado y accesorio al expediente principal.
- Dispuso de manera expresa que la aprobación de un compromiso de cese no elimina ni limita la responsabilidad civil de los denunciados por los daños y perjuicios ocasionados, de ser el caso.

¹² Ver Resoluciones 027-2009/CLC-INDECOPI, 025-2013/CLC-INDECOPI, 021-2014/CLC-INDECOPI y 017-2015/CLC-INDECOPI, respectivamente.

procedimiento administrativo sancionador que permita la pronta remediación de los efectos negativos de una conducta infractora”¹³.

La propuesta, entonces, planteaba un cambio radical respecto de la configuración que había tenido esta herramienta hasta el momento, haciendo énfasis en la necesidad de que el compromiso de cese sea un mecanismo “de efectiva terminación anticipada” de un procedimiento administrativo sancionador, a semejanza de lo que sucede en sede penal con los procesos de terminación anticipada, tal como se aprecia a continuación:

(...) con la intención de favorecer el uso de este mecanismo, la propuesta plantea determinadas modificaciones al artículo 25 del Decreto Legislativo 1034. Esencialmente, la propuesta busca reemplazar las reglas actualmente contempladas en la Ley, que establecen un trámite únicamente dirigido a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador por conductas de menor gravedad, por un sistema de efectiva «terminación anticipada» del procedimiento en aquellos casos donde los agentes imputados, de manera voluntaria, ofrezcan medidas para corregir las distorsiones generadas sobre la competencia y el bienestar de los consumidores. En ese sentido, la reformulación del mecanismo del compromiso de cese tiene por objetivo que éste alcance la importancia en eficacia y eficiencia que, por ejemplo, en materia penal, pueden alcanzar los procesos de terminación anticipada. (...) ¹⁴

De esta forma, el INDECOPI inició un proceso de modificación de la norma de competencia, el cual derivó en la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1205, en setiembre del 2015. Entre otros, el decreto legislativo mencionado introdujo cambios al artículo 25, que regula el compromiso de cese. Así, por primera vez se contó en la legislación peruana de libre competencia con un mecanismo efectivo de terminación anticipada que posee, hasta el día de hoy, las siguientes características:

- El objetivo del compromiso de cese ya no es únicamente el del cese de los hechos investigados o imputados, sino -acorde con la naturaleza jurídica de este mecanismo- la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador, mediante la implementación de medidas correctivas eficaces para contrarrestar los efectos de la conducta infractora (artículo 25.1).
- En línea con lo anterior, el fin de un procedimiento luego de la aprobación de un compromiso de cese se convierte en un incentivo para los administrativos frente a la incertidumbre que conllevaba la suspensión del procedimiento, según la regulación antes analizada (artículo 25.5).
- La modificación introduce de manera clara y expresa las medidas correctivas que el solicitante de un compromiso de cese debe presentar para que este sea considerado como satisfactorio por la autoridad, reduciendo así, por un lado, la discrecionalidad de la CLC al momento de evaluar estas solicitudes, y por otro, la

¹³ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, página 7. Disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Setiembre/23/EXP-DL-1205.PDF> (última consulta: 7 de setiembre de 2024). El diagnóstico contenido en esta Exposición de Motivos fue publicado por el INDECOPI en su página web en julio de 2015, tal como se indicó en la siguiente nota de prensa: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/c6c869a8-caca-4d88-9445-b3db72e49825/content> (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

¹⁴ Ibid, página 15.

incertidumbre de los administrados al no conocer de antemano qué tipo de medidas podían ser adecuadas para arribar satisfactoriamente a un compromiso de cese, como sucedía con las legislaciones anteriores (artículo 25.3).

- Se establece un plazo de negociación de 60 días hábiles entre la DLC¹⁵ y el solicitante de compromiso de cese, con la finalidad evaluar los compromisos ofrecidos hasta que puedan ser considerados satisfactorios. Esto permite una participación mucho más activa del solicitante, el cual puede modificar sus compromisos a medida que las negociaciones se desarrollen (artículo 25.4).
- Finalmente, se precisó que, si bien la información que el solicitante brinde durante la tramitación del compromiso no puede ser usada en su contra, sí puede ser utilizada para probar la responsabilidad de otros investigados, convirtiéndose así en un mecanismo de colaboración (artículo 25.8).

Estos cambios fueron reforzados con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1396¹⁶, el cual modificó el artículo 25.3 para precisar que las medidas complementarias que un solicitante debe ofrecer pueden estar dirigidas a contribuir con las actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia, incluyendo el soporte o financiamiento de tales actividades¹⁷. El artículo 25 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recoge actualmente todos los cambios descritos¹⁸.

III. APLICACIÓN ACTUAL DEL COMPROMISO DE CESE EN PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE LIBRE COMPETENCIA

3.1 Aspectos generales

La revisión realizada hasta el momento permite apreciar el derrotero legislativo que ha tenido la figura del compromiso de cese en la normativa de libre competencia. Cabe preguntarnos entonces si estos cambios han permitido un desarrollo apropiado e intensivo de este mecanismo. Si nos atenemos únicamente a las cifras, podríamos afirmar que las modificaciones introducidas entre los años 2015 y 2018 efectivamente han probado ser positivas, pues en el período 2019 – 2023 la CLC aprobó 24 solicitudes

¹⁵ Si bien la norma señala que es la Secretaría Técnica de la CLC la encargada de esta negociación, debe tenerse presente que, de conformidad con los artículos 96 y 97 del Texto Integrado del Nuevo Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi, aprobado por la Resolución 063-2021-PRE/INDECOPI del 4 de junio del 2021, la DLC ejerce las funciones de la Secretaría Técnica de la CLC.

¹⁶ Los Decretos Legislativos 1205 y 1396 fueron publicados en el Diario Oficial El Peruano el 23 de setiembre de 2015 y el 7 de setiembre de 2018, respectivamente.

¹⁷ Durante el período setiembre 2015 a diciembre 2018, fueron aprobadas 4 solicitudes de compromiso de cese. Aunque esta resulta una cifra baja y similar a la del período julio 2008 a setiembre 2015, como se verá a continuación, en la aprobación de estos compromisos de cese se introdujeron algunas características que han sido reiteradas en la evaluación de los compromisos de cese en el período siguiente. Al respecto, ver Resoluciones 061-2016/CLC-INDECOPI, 035 y 036-2017/CLC-INDECOPI y 012-2018/CLC-INDECOPI.

¹⁸ Aprobado mediante Decreto Supremo 030-2019-PCM y publicado en el Diario Oficial El Peruano el 19 de febrero de 2019.

de compromiso de cese¹⁹, todas vinculadas con procedimientos sobre prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta²⁰. A continuación, revisaremos las características más importantes de cada una de las medidas ofrecidas en estos compromisos.

3.2 El reconocimiento de los hechos imputados

El reconocimiento es un requisito que, aunque no se encuentra contemplado en la legislación actual, ha sido utilizado por la DLC y la CLC al momento de evaluar los compromisos de cese a su cargo. La aplicación de este requisito, junto con la entrega de un monto económico como medida complementaria, al cual se le puede realizar una deducción (como se explicará en el apartado III.5), ha hecho que, en la práctica, el compromiso de cese que INDECOPI administra -en materia de cárteles- se asemeje a la figura de transacciones o "settlements" de la Comisión Europea.

Este mecanismo emana de los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) No. 1/2003 (norma comunitaria europea de competencia) y ha sido regulado en la "Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) No. 1/2003 del Consejo en casos de cártel" (modificada el 5 de agosto de 2015)²¹. Como se explica en dicho documento, son dos las características esenciales de estas transacciones: (i) el reconocimiento en términos claros e inequívocos de la responsabilidad de la parte en la infracción (literal a) del numeral 20) y (ii) la reducción en 10% de la multa que le hubiera sido impuesta a la parte (numeral 32)²².

Este requisito es también exigido por otras autoridades de competencia, como puede verse en los lineamientos que sobre mecanismos iguales o similares se han elaborado en Alemania, Brasil, Francia, Países Bajos y Reino Unido, por citar algunos ejemplos²³.

¹⁹ Estos compromisos fueron presentados en los Expedientes 009-2018/CLC (Resoluciones 010 y 011-2019/CLC-INDECOPI), 012-2018/CLC (Resolución 032-2019/CLC-INDECOPI), 002-2019/CLC (Resolución 005-2020/CLC-INDECOPI), 001-2020/CLC (Resoluciones 026 y 027-2020/CLC-INDECOPI), 004-2020/CLC (Resoluciones 039 y 040-2022/CLC-INDECOPI), 007-2021/CLC (Resoluciones 049, 050, 051, 054, 055 y 056-2022/CLC-INDECOPI), 008-2022/CLC (Resoluciones 027 a 034-2023/CLC-INDECOPI), 009-2022/CLC (Resolución 066-2023/CLC-INDECOPI) y 003-2023/CLC (Resolución 120-2023/CLC-INDECOPI).

Debe tenerse presente que el desarrollo sobre la evaluación que se hace de cada una de estas solicitudes de compromiso de cese se encuentra en los Informes Técnicos aprobados mediante las citadas resoluciones.

²⁰ Conductas tipificadas en el artículo 11.2 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

²¹ Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0702\[01\]](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0702[01]) (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

²² Estos elementos también son reconocidos por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE en el documento "Commitment decisions in antitrust cases" (DAF/COMP(2016)7), en el que, al comparar a la figura del *settlement* con otra denominada *commitments*, destaca la aplicación de ambos requisitos. Al respecto, ver página 7 del documento aludido (*Background paper by the Secretariat*), disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf) (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

²³ Al respecto, ver (última consulta de los documentos citados: 7 de setiembre de 2024):

- Alemania (*Bundeskartellamt*): *Information Leaflet - Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings* (febrero de 2016), numeral 2 (*Subject of a settlement agreement*), página 2. Disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Merkblaetter/Leaflet_Settlement_procedure.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- Brasil (*Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE*): *Guidelines: Cease and Desist Agreement for cartel cases ("TCC")* (diciembre de 2016), Parte III (*Acknowledgement of participation in the*

En ese sentido, puede afirmarse que, en consideración de su calidad de buena práctica en el Derecho Comparado, el INDECOPI ha adoptado este requisito como parte de las negociaciones que se mantienen con los solicitantes de compromiso de cese. Ello ha conllevado a que en casi todos los compromisos de cese aprobados desde el 2016 se requiera al solicitante algún tipo de reconocimiento de las prácticas bajo las cuales se le investiga, siendo las fórmulas más comunes las del reconocimiento “de las imputaciones contenidas en la resolución de inicio”, “en la participación de los hechos imputados” o “en la participación de la conducta imputada”.

El reconocimiento posee también una ventaja procedimental, pues permite a la autoridad utilizarlo para fundamentar sus conclusiones contra otros imputados, ya sea en el Informe Técnico o en la Resolución Final. En caso todos los imputados o la gran mayoría obtengan compromisos de cese, su reconocimiento permite un cierre del caso mucho más expeditivo, pues la autoridad se ahorra la necesidad de volver a analizar las evidencias que fueron descritas en la Resolución de Inicio.

3.3 Medidas de restablecimiento de la competencia

El segundo tipo de medidas que han sido ofrecidas por los solicitantes de compromiso de cese corresponden a medidas correctivas que permitan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25.3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Estas medidas usualmente han sido equiparadas a la necesidad de implementar un Programa de Cumplimiento en normas de libre competencia, es decir, un conjunto de medidas internas (políticas, procedimientos, directrices y mecanismos) que el agente económico investigado debe adoptar con el objetivo de prevenir y minimizar el riesgo de infringir la Ley de Competencia, de tal manera que se pueda prevenir, detectar y tomar acción oportuna ante la ocurrencia de cualquier práctica anticompetitiva²⁴.

En el diseño de estos Programas de Cumplimiento, se ha tomado como parámetro las recomendaciones establecidas en la Guía de Programa de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia de la CLC. Así, usualmente se exige que el solicitante de

investigated conduct, the commitment not to practice the conduct again and other measures), páginas 38 y 39. Disponible en: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guias-do-cade/guidelines_tcc-1.pdf.

- Francia (*Autorité de la Concurrence*): *Procedural notice of 21 December 2018 on the settlement procedure*, numeral 13 (*IV- Conditions of eligibility for the settlement procedure*). Disponible en: https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/communique_procedure_transaction_en_fina.pdf.
- Países Bajos (*Autoriteit Consument & Markt - ACM*): *ACM's guidelines for simplified resolution of cases involving a fine* (diciembre de 2018), numeral 9. Disponible en: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-01/acms-guidelines-for-simplified-resolution-of-cases-involving-a-fine.pdf>.
- Reino Unido (*Competition and Markets Authority - CMA*): *Competition Act 1998: Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases* (enero de 2022), sección 14.7 y 14.8 (*Requirements for settlement*). Disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases#settlement>.

²⁴ En línea con lo dispuesto en la Guía de Programa de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia, aprobada por la CLC en marzo de 2020. Disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf?v=1629901602> (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

compromiso de cese cumpla con estructurar su Programa de Cumplimiento en base a los siguientes componentes mínimos:

(i) compromiso de la Alta Dirección de la empresa para el cumplimiento del programa, (ii) identificación y gestión de riegos actuales y potenciales, (iii) elaboración de procedimientos y protocolos internos, (iv) capacitaciones anuales para los trabajadores sobre temas de libre competencia, (v) elaboración de procedimientos para consultas y denuncias y (vi) la designación de un(a) Oficial de Cumplimiento.

La CLC también ha mostrado flexibilidad para adecuar estos programas a agentes económicos de pequeña o mediana dimensión. Como ejemplo, en los compromisos de cese aprobados en los Expedientes 008-2022/CLC, 009-2022/CLC y 003-2023/CLC, referidos a cárteles en los mercados de comercialización de agua embotellada en Madre de Dios e inmobiliario, la autoridad permitió que el Programa de Cumplimiento de los agentes económicos involucrados conste de capacitaciones a su personal o a sus asociados de 4 horas²⁵, atendiendo a que se trataba de mypes y asociaciones.

Por último, aunque no tan frecuentes, se han considerado otros tipos de medidas que puedan asegurar el restablecimiento del proceso competitivo, como la publicación de avisos en los que los agentes declaran su respeto a las normas de libre competencia²⁶ o la modificación de documentos internos para evitar que estos puedan promover conductas anticompetitivas²⁷.

3.4 Medidas para revertir los efectos lesivos de la conducta

El tercer tipo de medidas correctivas que pueden ser parte de los ofrecimientos de un compromiso de cese corresponden a aquellas que reviertan los efectos lesivos de la conducta, según lo señalado en el artículo 25.3 antes citado. Respecto de este tipo de medidas, se ha entendido que estas corresponden a compensaciones o resarcimientos que los investigados pudieran entregar directamente a aquellos afectados por una conducta anticompetitiva.

La determinación de compensaciones no es una labor que usualmente ejerzan las autoridades administrativas. En el Perú, inclusive, el artículo 52 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas ha encomendado esta labor al Poder Judicial, luego de que la decisión que declare la existencia de una conducta anticompetitiva quede firme. Aunque esta exigencia puede fundamentarse en principios como los de predictibilidad y seguridad jurídica, la dilatada duración de los procesos judiciales, que incluso ha llevado a que algunos procesos sobre libre competencia duren 20 años²⁸, constituye en opinión de este autor, un incentivo suficiente para que el INDECOPI, a través de un compromiso de cese y solo en

²⁵ La duración regular de las capacitaciones en un Programa de Cumplimiento en libre competencia es de 24 horas, según lo establecido por la Sala Especializada en Defensa de la Competencia en la Resolución 0225-2019/SDC-INDECOPI.

²⁶ Ver Expedientes 006-2012/CLC (Resolución 025-2013/CLC-INDECOPI) y 008-2022/CLC (Resoluciones 031, 033 y 034-2023/CLC-INDECOPI).

²⁷ Ver Expedientes 009-2022/CLC y 003-2023/CLC.

²⁸ En 1997, la CLC sancionó un cártel de avícolas que concertaba el precio de los pollos, decisión que fue confirmada por el Tribunal del INDECOPI ese mismo año. Recién en el año 2011, la Corte Suprema de Justicia confirmó la decisión de Indecopi; sin embargo, en enero de 2019 el Sexto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Lima declaró infundada la acción de amparo interpuesta por una de las empresas sancionadas, respecto de la reapertura del procedimiento culminado en 1997. Es decir, luego de más de 20 años desde que se emitió la resolución final de la Comisión, dicho caso continuaba siendo materia de impugnaciones. Aunque en los últimos años los plazos en los que el Poder Judicial se ha pronunciado respecto de casos de libre competencia ha mejorado notablemente, no han dejado de ser extensos.

determinados casos, logre que los consumidores reciban algún tipo de resarcimiento de manera más pronta por los daños que hubieran sufrido por la ejecución de una conducta anticompetitiva.

En el Derecho Comparado, se aprecian algunas experiencias que avalan esta posibilidad. En sus "Enforcement Response Guidelines", la Comisión de Comercio de Nueva Zelanda señala que, como parte de una decisión concertada entre la autoridad y un investigado para la terminación anticipada de un procedimiento, pueden ofrecerse compensaciones a los consumidores que pudieran haber sido afectados por la conducta²⁹.

Por otro lado, en el caso "Independent schools", resuelto por la Oficina de Comercio Justo (Office of Fair Trading – OFT, antecesora de la CMA, agencia de competencia del Reino Unido) en el año 2006³⁰, se había iniciado un procedimiento en contra de 50 colegios privados de dicho país al considerar que habían incurrido en una práctica restrictiva de la competencia, consistente en el intercambio de información sistemática sobre precios futuros (matrículas) entre marzo de 2001 y junio de 2003. En vez de proseguir con el procedimiento, la autoridad decidió negociar con los investigados un "settlement", mediante el cual, entre otros compromisos, se aprobó la entrega de una donación de tres millones de libras para financiar un fideicomiso educativo para el beneficio de los alumnos que hubieran sido afectados por la conducta anticompetitiva develada³¹.

El INDECOPI no ha sido ajeno a esta disyuntiva y ya ha aplicado esta posibilidad en un caso reciente. En efecto, en el Expediente 008-2022/CLC, referido al procedimiento sancionador iniciado de oficio contra 15 agentes económicos por su participación en la presunta realización de una práctica colusoria horizontal, en la modalidad de fijación de precios en el mercado de venta del agua embotellada o envasada, en la presentación de bidones de 20 litros, en Madre de Dios, entre el 1 de febrero y el 13 de octubre de 2021, la autoridad aprobó 8 compromisos de cese, en 2 de los cuales las partes se comprometieron a entregar, de manera conjunta, 1583 bidones de agua de 20 litros, valorizados en S/ 10 soles cada uno, a consumidores directamente afectados e instituciones con finalidades sociales en el departamento de Madre de Dios. Al momento de evaluar estos ofrecimientos, la DLC expresamente indicó que "al considerar que la compensación directa a los consumidores es un mecanismo utilizado en otras jurisdicciones y que permite revertir los efectos de la conducta anticompetitiva, se considera que el ofrecimiento referido a la entrega de bidones de 20 litros de agua a los consumidores afectados, entidades públicas y/o privadas con fines sociales, resulta adecuado"³².

En consecuencia, es razonable esperar que en siguientes oportunidades que involucren a población vulnerable o productos sensibles para la ciudadanía, la autoridad pueda

²⁹ *Enforcement Response Guidelines* (julio de 2024), numeral 38.4 (*Agreed Outcomes, including negotiated settlements and enforceable undertakings*), disponible en: https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0016/356002/Enforcement-Response-Guidelines-July-2024.pdf (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

³⁰ CA98/05/2006, para más información, ver la siguiente nota de prensa publicada por la OFT: <https://www.gov.uk/cma-cases/independent-schools-exchange-of-information-on-future-fees> (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

³¹ Los detalles del "settlement" a los que llegó la OFT con las partes investigadas son contados aquí: <https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/publication/ecompmgiles.pdf> (última consulta: 7 de setiembre de 2024).

³² Ver numeral 48 de los Informes Técnicos 003 y 004-2023-DLC/INDECOPI, aprobados mediante las Resoluciones 027 y 028-2023/CLC-INDECOPI, ambas del 24 de febrero de 2023.

requerir el ofrecimiento de compensaciones como parte de los ofrecimientos que se brinden en solicitudes de compromiso de cese.

3.5 Medidas complementarias

Por último, los compromisos de cese requieren, para su aprobación, que el solicitante ofrezca medidas complementarias “que evidencien su propósito de enmienda” (según la terminología utilizada por el artículo 25.3) y que puedan contribuir con las actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia, lo que incluye el soporte o financiamiento de tales actividades (esto último, en línea con la modificación introducida por el Decreto Legislativo 1396).

Desde los compromisos de cese aprobados a partir del año 2016, estas medidas han sido equiparadas a la entrega de un monto dinerario, lo cual, como se explicó previamente, constituye la segunda característica que asemeja al compromiso de cese en materia de cárteles a un “settlement” europeo³³. De esta manera, y como es explicado en diversos Informes Técnicos que evalúan las propuestas de compromisos de cese³⁴, el monto se calcula en base a lo que podría haber sido la multa que se le habría impuesto al solicitante, y a la cual se le deduce un porcentaje que varía entre el 27% al 35%. Este descuento busca hacer compatible el compromiso de cese con otros mecanismos de colaboración, como el reconocimiento (regulado en el artículo 27 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas), el Programa de Clemencia (regulado en el artículo 26 de la misma norma) y el pronto pago (artículo 46.4 de la Ley).

Cabe resaltar que estas prácticas (la entrega de un monto económico y la aplicación de un descuento) encuentran sustento en los lineamientos desarrollados por otras autoridades de competencia, como el Bundeskartellamt de Alemania (descuento de hasta 10%)³⁵, el CADE de Brasil (descuentos de 15% a 50%, dependiendo del momento de la presentación del “settlement”)³⁶, la Comisión Europea (descuentos de hasta 10%)³⁷, la ACM de Países Bajos (descuento de hasta 10%)³⁸ y la CMA del Reino Unido (descuentos de hasta 20%, si el “settlement” es presentado antes de emitida la resolución de inicio, o hasta 10%, si es presentado luego)³⁹.

Resulta pertinente añadir los siguientes comentarios acerca de la naturaleza de estos pagos y la forma en la que estos han sido realizados ante el INDECOPI:

- Como ha explicado la autoridad en los documentos en los que se analizan las solicitudes de compromiso de cese, la entrega de dinero que se efectúa como medida complementaria **no tiene la naturaleza de multa**. La diferencia radica en que una multa es una sanción que se impone luego de que se demuestre la existencia de una infracción a la libre competencia, mediante la actuación de medios probatorios

³³ Ver nota a pie de página 22.

³⁴ Ver, a manera de referencia, los Informes Técnicos que evaluaron los compromisos de cese presentados en los Expedientes 004-2020/CLC y 007-2021/CLC.

³⁵ *Information Leaflet - Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings* (febrero de 2016), numeral 2 (*Subject of a settlement agreement*).

³⁶ *Guidelines: Cease and Desist Agreement for cartel cases (“TCC”)* (diciembre de 2016), sección II.2.1.4 (*Discount*), páginas 31 y 32.

³⁷ *Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción*, numeral 32.

³⁸ *ACM's guidelines for simplified resolution of cases involving a fine* (diciembre de 2018), numerales 1 y 5.

³⁹ *Competition Act 1998: Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases* (enero de 2022), secciones 14.28 a 14.30 (*Settlement discount*).

y el cumplimiento de las etapas procedimentales detalladas en Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. En cambio, el monto económico que un solicitante de compromiso de cese ofrece entregar se determina como resultado de las negociaciones entre la DLC y dicho agente⁴⁰.

- En la mayoría de casos, los pagos han sido realizados mediante depósitos bancarios a una cuenta especial creada para dichos fines. No obstante, en dos casos, los solicitantes de compromiso de cese crearon fideicomisos con la finalidad de aportar en ellos los montos dinerarios ofrecidos, con la finalidad de que estos sean utilizados en el financiamiento de actividades de investigación, promoción y defensa de la competencia.

Así, mediante la Resolución 035-2017/CLC-INDECOPI del 8 de mayo del 2017, la CLC aprobó el compromiso de cese presentado por un conjunto de empresas navieras, las cuales, entre otros compromisos ofrecieron la entrega de US\$ 2 400 000.00 para que sean utilizados en el financiamiento de 2 estudios especializados referidos al mercado de transporte marítimo de carga en contenedores y una campaña de difusión para la promoción de las normas y políticas de competencia en el Perú, incluyendo el Programa de Clemencia⁴¹.

De la misma forma, mediante la Resolución 049-2022/CLC-INDECOPI del 4 de agosto de 2022, se aprobó el compromiso de cese de una empresa vinculada al mercado de servicios de construcción, la cual ofreció la entrega de aproximadamente S/ 700 000 para la modernización del Laboratorio Forense de la DLC, con el fin de potenciar las capacidades de investigación y fiscalización de la autoridad⁴².

- La entrega de los montos dinerarios ofrecidos puede ser realizada en cuotas mensuales, semestrales o anuales, en plazos que han fluctuado entre 3 a 6 años.

3.6 Otras consideraciones

Los compromisos de cese desarrollados por el INDECOPI en materia de libre competencia también cuentan con las siguientes características:

- Como se ha mencionado, los compromisos de cese que han sido aprobados en los últimos años (e incluso, desde la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1034) han estado referidos a prácticas colusorias horizontales sujetas a una prohibición absoluta, lo que en la práctica ha convertido a esta figura en una muy similar a un settlement del Derecho Europeo. No obstante, debe tenerse presente que este mecanismo no está circunscrito únicamente a este tipo de conductas, a diferencia de la regulación sobre el Programa de Clemencia y el Programa de Recompensas. Por el contrario, el compromiso de cese podría ser aplicado sin obstáculos a conductas sujetas a una prohibición relativa, como el abuso de posición de dominio o las prácticas colusorias verticales.

⁴⁰ Ver, como referencia, las notas a pie de página 19 y 16 de los Informes Técnicos 027 y 028-2022-DLC/INDECOPI, aprobados mediante las Resoluciones 039 y 040-2022/CLC-INDECOPI, ambas del 19 de julio de 2022.

⁴¹ Ver Anexo 5 del Informe 027-2017/ST-CLC-INDECOPI, aprobado mediante la Resolución 035-2017/CLC-INDECOPI.

⁴² Ver numeral 72 del Informe Técnico 022-2022-DLC/INDECOPI, aprobado mediante la Resolución 049-2022/CLC-INDECOPI.

- Tal como la Ley establece, un compromiso de cese puede ser presentado de manera individual o conjunta. En ese sentido, y al igual que sucede con las solicitudes de clemencia de acuerdo con lo establecido en la Guía del Programa de Clemencia, los compromisos de cese podrían clasificarse en compromisos de cese "individuales" y "corporativos". Ciertamente, la CLC ha aceptado compromisos de cese presentados por personas naturales⁴³, como también por personas jurídicas y sus funcionarios o ex funcionarios investigados⁴⁴.

IV. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Durante mucho tiempo, se consideró al Programa de Clemencia como "la joya de la corona" de las herramientas de colaboración en procedimientos de libre competencia. Sin embargo, en los últimos años las autoridades de competencia (incluido el INDECOPI) han sido testigos de una marcada reducción en este tipo de solicitudes, lo que podría poner en peligro una de las herramientas más útiles de obtención de pruebas y sanción a agentes económicos involucrados en conductas anticompetitivas. Ante este escenario, en opinión de este autor, el compromiso de cese se presenta como un mecanismo versátil, que permite la conclusión anticipada de un procedimiento mediante la colaboración entre la autoridad y el agente investigado en pos de una solución consensuada que atienda el bien público que se pretende proteger en estos procedimientos. En ese sentido, los compromisos de cese son mecanismos que deberían ser fomentados, mediante la determinación de reglas claras y sopesando los beneficios y perjuicios de aceptar este tipo de ofrecimientos dependiendo de la gravedad de las conductas imputadas.

Queda por ver cómo el compromiso de cese podrá sortear los retos que le deparan ante situaciones que aún no han sido abordadas por el INDECOPI. Por un lado, se encuentra pendiente la aplicación de este mecanismo en conductas sujetas a una prohibición relativa, por lo que la autoridad deberá determinar con prudencia qué tipo de medidas correctivas serían convenientes en estos casos. En la experiencia internacional, por ejemplo, no se exige ningún tipo de reconocimiento para conductas de este tipo, ni la entrega de montos dinerarios.

Por otro lado, queda pendiente también cuál será la relación entre los compromisos de cese y el mecanismo de terminación anticipada de investigaciones que fue introducido como artículo 18.4 por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 31112, Ley que establece el control previo de operaciones de concentración empresarial. A través de esta herramienta, la autoridad podrá decidir no iniciar ni instruir un procedimiento administrativo sancionador cuando determine que una conducta sujeta a la prohibición relativa no esté en capacidad de tener un efecto significativo sobre la competencia. Por ende, deberá dilucidarse si esta figura será complementaria a la del compromiso de cese o si mediante ella se requerirán medidas completamente distintas.

Por último, el INDECOPI debería transparentar las reglas que podrían ser aplicables en la relación entre el Programa de Clemencia y los compromisos de cese. Una revisión literal de las disposiciones contenidas en el Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas permite afirmar que no existiría incompatibilidad entre ambos mecanismos de colaboración. Siendo así, la autoridad debería explicar los supuestos en los que ambos podrían funcionar de manera complementaria.

⁴³ Ver Expedientes 017-2015/CLC (Resolución 061-2016/CLC-INDECOPI), 002-2019/CLC y 001-2020/CLC (Resolución 026-2020/CLC-INDECOPI).

⁴⁴ A manera de ejemplo, ver Expedientes 009-2018/CLC y 004-2020/CLC.

En el universo alternativo en el que se produce el relato que inició este artículo, usted, como Gerente General, recibe de buen talante el consejo del proactivo practicante. Luego de dirigirse a la autoridad, decide acogerse a la figura de compromiso de cese, reconociendo la participación de su empresa en los hechos investigados y ofreciendo medidas correctivas apropiadas para que una conducta de este tipo no vuelva a repetirse y sus efectos puedan ser revertidos. Recuérdelo: es mejor un "mal acuerdo", en el cual deberá aceptar determinados ofrecimientos que corregirán los efectos que una conducta anticompetitiva podría haber causado, que una muy segura buena pelea con la autoridad de competencia.

BIBLIOGRAFÍA

Artículos:

- Juan Carlos Morón Urbina, "La terminación convencional del procedimiento sancionador: la administración concertada en materia sancionadora", Revista de Derecho Administrativo 16 – Derecho Administrativo e Inversión Privada (2016), 367 - 387.
- Matthew Giles, "The OFT finds that an exchange of information on independent school fees violates national competition provisions but accepts a "structured settlement" (Independent Schools)", e-Competitions, EU Competition Laws e-bulletin (Enero 2007-II), disponible en: https://www.hoganlovells.com/~media/hogan-lovells/pdf/publication/ecompmgiles_pdf.pdf
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos – OCDE, "Commitment decisions in antitrust cases" (DAF/COMP(2016)7), disponible en: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP\(2016\)7/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP(2016)7/en/pdf)

Documentos legislativos:

- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1034, disponible en: https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Exposicion_de_Motivos/DL-2008/DL-1034.pdf
- Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1205, disponible en: <https://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Peru/2015/Setiembre/23/EXP-DL-1205.PDF>

Lineamientos nacionales e internacionales:

- Alemania (Bundeskartellamt): Information Leaflet - Settlement procedure used by the Bundeskartellamt in fine proceedings (febrero de 2016), disponible en: https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Publikation/EN/Merkblaetter/Leaflet_Settlement_procedure.pdf?__blob=publicationFile&v=3.
- Brasil (Conselho Administrativo de Defesa Econômica - CADE): Guidelines: Cease and Desist Agreement for cartel cases ("TCC") (diciembre de 2016), disponible en: https://cdn.cade.gov.br/Portal/centrais-de-conteudo/publicacoes/guidas-do-cade/guidelines_tcc-1.pdf.
- Francia (Autorité de la Concurrence): Procedural notice of 21 December 2018 on the settlement procedure (diciembre de 2018), disponible en:

https://www.autoritedelaconcurrence.fr/sites/default/files/communique_procedure_transaction_en_final.pdf.

- Nueva Zelanda (Comisión de Comercio): Enforcement Response Guidelines (julio de 2024), disponible en: https://comcom.govt.nz/_data/assets/pdf_file/0016/356002/Enforcement-Response-Guidelines-July-2024.pdf
- Países Bajos (Autoriteit Consument & Markt - ACM): ACM's guidelines for simplified resolution of cases involving a fine (diciembre de 2018), disponible en: <https://www.acm.nl/sites/default/files/documents/2019-01/acms-guidelines-for-simplified-resolution-of-cases-involving-a-fine.pdf>.
- Perú (INDECOPI), Guía de Programa de Cumplimiento de las normas de Libre Competencia, aprobada en marzo de 2020, disponible en: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2131129/Gu%C3%ADa%20de%20Programas%20de%20Cumplimiento%20de%20las%20Normas%20de%20Libre%20Competencia.pdf?v=1629901602>
- Reino Unido (Competition and Markets Authority – CMA): Competition Act 1998: Guidance on the CMA's investigation procedures in Competition Act 1998 cases (enero de 2022), disponible en: <https://www.gov.uk/government/publications/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases/guidance-on-the-cmas-investigation-procedures-in-competition-act-1998-cases#settlement>.
- Unión Europea (Comisión Europea): Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel, disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0702\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008XC0702(01))

Otros:

- INDECOPI, nota de prensa emitida el 20 de julio de 2015, acerca de la publicación del anteproyecto de modificación del Decreto Legislativo 1034, disponible en: <https://repositorio.indecopi.gob.pe/backend/api/core/bitstreams/c6c869a8-caca-4d88-9445-b3db72e49825/content>
- Office of Fair Trading, nota de prensa publicada el 20 de noviembre de 2006, disponible en: <https://www.gov.uk/cma-cases/independent-schools-exchange-of-information-on-future-fees>

RPDE

Revista Peruana de Derecho de la Empresa

Publicación declarada de interés nacional con opinión favorable de Ilustre Colegio de Abogados de Lima.
Resolución Ministerial No. 1147-ED.

FUNDADOR

Dr. Carlos Torres y Torres Lara †

DIRECTORA

Sylvia A. Torres Morales

EDITORES

Sylvia Torres Morales (Editora General)

Christian Guzmán Arias (Sub- Editor)

CONSEJO EDITORIAL

Alonso Morales Acosta

Indira Navarro Palacios

Juan Carlos Benavente Teixeira

Carlos Torres Morales

Rafael Torres Morales

CONSEJO CONSULTIVO

Prof. Alberto Stewart Balbuena

Prof. Fernando Vidal Ramírez

Prof. Hernando Montoya Alberti

Prof. Mila Guillen Rispa

Prof. Lourdes Flores Nano

Prof. Oswaldo Hundskopf Exebio

Prof. Ricardo Beaumont Callirgos

Prof. Ronald Cárdenas Krenz

EQUIPO EDITORIAL

Maria del Pilar Torres Morales

Mery Gavilán Baños

Jackeline Vásquez Dávila

Alejandra Torres Olsen

Los artículos contenidos son de responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente la opinión de la **REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA** o de sus patrocinadores.

LA REVISTA PERUANA DE DERECHO DE LA EMPRESA dedica cada volumen a un tema jurídico vinculado a la empresa. Está prohibida la reproducción total o parcial del contenido de esta revista sin autorización escrita de la dirección de la revista y de los autores.

© **Copyright. ASESORANDINA SRL**
Derechos Reservados. 1983.

Editorial: Asesorandina S.R.L. - **RUC:** 20101283071 - **Domicilio Legal:** Calle Cañón del Pato 103
(Cdra. 5 Av. Caminos del Inca) -Surco – Lima Código Postal 15038 - Perú

Año: 2024

Edición Digital.

Carátula y Diseño: Mery Gavilán Baños

Compilador: Sylvia Torres Morales

ISSN No. 2788-4864

Código de Barras No.: 7758272000015

Año de la primera publicación: 1985

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú **No. 95-0110**

PEDIDOS: Edificio Lima Central Tower, Av. El Derby 254, Piso 14, Oficina 1404 – Surco.
Central Teléf.: (+511) 618 1515 Fax: (+511) 618 1520 Web: <https://rpde.tytl.com.pe/>



**Se terminó de realizar la digitación y composición
en ASESORANDINA SRL**

**Edificio Lima Central Tower,
Av. El Derby N° 254, Oficina 1404 – Surco –
Lima – Perú**

**Central Telefónica: 618-1515 Fax: 618-1520
Email: publicaciones@asesor.com.pe**

**Revista de periodicidad anual
Febrero – Noviembre 2024**