

# LIBRE COMPETENCIA VERSUS REGULACIÓN: SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE SUPLETORIEDAD EN LA NUEVA LEY DE REPRESIÓN DE LAS CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS – LRCA\*

---

JOSELYN OLAECHEA FLORES†

## Resumen

*Las normas de competencia y la regulación económica o sectorial suelen diferir en su naturaleza así como en su ámbito de aplicación. No obstante, en la práctica existen áreas grises en las que éstas coexisten, y en las que tanto la agencia de competencia como el regulador deben evaluar cuidadosamente la pertinencia de su actuación. El presente artículo analiza dicha problemática a partir de la aplicación del principio de especialidad y supletoriedad de las normas de competencia consagrados en la legislación peruana e internacional, revisa algunos casos emblemáticos correspondientes a la experiencia peruana y propone algunas líneas de interpretación a la luz de la aprobación del artículo 3° de la nueva LRCA.*

## I. Introducción

La jurisprudencia de los casos *antitrust* en nuestro país ha demostrado que existen situaciones en las cuales las normas de competencia resultan inaplicables frente a escenarios donde la regulación sectorial ocupa ya un espacio normativo. Esto implica que cuando exista norma sectorial que establezca la ordenación de un mercado particular, la norma de competencia no tiene cabida.

---

\* Para Alejandro Mariano, gracias por existir.

† Abogada de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Máster en Administración Pública por el Instituto Universitario de Investigación Ortega y Gasset adscrito a la Universidad Complutense de Madrid. Actualmente es Asesora de PROINVERSIÓN; desde febrero del año 2007, es miembro de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI y desde enero del 2011 ejerce la Vice Presidencia de la Comisión. Docente de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Derecho de la Competencia en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC) y de la Universidad ESAN.

La razón de dicho criterio obedece a que ciertos mercados poseen características diferentes a otros. Un ejemplo de ello son las industrias de redes en sectores como telecomunicaciones, cuyos operadores ostentan una posición privilegiada por ser titulares de infraestructura esencial, contexto que resulta poco favorable para la creación de condiciones de competencia o para la contestabilidad del mercado. En este sentido, resulta comprensible por qué en los casos de industrias con características de monopolio natural, se convenga en aplicar “regulación” para controlar las conductas de aquellas empresas y, por consiguiente, se simulen condiciones de competencia.

Cabe mencionar que la casuística peruana no ha reparado, desde sus inicios, en explicar detenidamente la primacía de la norma regulatoria en supuestos de hecho que, en principio, podrían conllevar a un pronunciamiento necesario y vinculante por parte de la agencia de competencia. Esto ha derivado en una definición genérica del principio de supletoriedad, reduciéndolo a una regla por la cual en situaciones que exista doble tipificación –en un cuerpo normativo sectorial y uno *antitrust*– prevalecerá el instrumento regulatorio.

La tendencia interpretativa del mencionado principio dio, sin embargo, un giro radical cuando la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI resolvió el caso Alfagas-Repsol. Según el enfoque expuesto en dicho pronunciamiento, las normas de competencia eran válidamente aplicables en segmentos de mercado que hayan sido asignados a supervisión sectorial. La consecuencia de esta decisión fue –además de la ola de críticas a nivel doctrinario– la impredecibilidad que se generaba en el derecho de la libre competencia al abrir paso a una intervención distorsionada en mercados en los que la competencia no es técnicamente posible.

Posteriormente, con la vigencia de la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, Decreto Legislativo N° 1034 (en adelante, LRCA), se ha tratado de corregir, mediante su artículo 3°, la actuación procedimental que la agencia de competencia debe observar en aras de mantener un sistema regulatorio congruente. Pese a ello, y como se explicará en las siguientes líneas, la redacción de dicho dispositivo es insuficiente para establecer con precisión cuándo el INDECOPI debe abstenerse de conocer un caso en el que existe un marco regulatorio específico.

De este modo, en el presente artículo se busca delinear ciertos criterios que permitan identificar las circunstancias que harían viable o no la aplicación del principio de supletoriedad, a través del estudio de los casos más importantes en nuestro país, así como el uso referencial de la doctrina anglosajona. Asimismo,

se incorporan en el análisis los potenciales problemas que podrían surgir entre diferentes Tribunales Administrativos, producto de un conflicto de competencia entre autoridades de competencia y de regulación.

## II. Los avatares en torno al principio de supletoriedad

Durante los últimos años, las autoridades de competencia –el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) y el Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTel)<sup>1</sup>–, en el desarrollo de sus funciones, han venido emitiendo una serie de resoluciones y pronunciamientos que tienen por objeto controlar situaciones derivadas de un elevado poder de mercado en los sectores en los que tienen competencia, en aras de mantener el equilibrio entre los agentes económicos en el mercado.

Sin embargo, un problema importante surge cuando los agentes económicos incurren en prácticas anticompetitivas, ejerciendo sus actividades dentro de industrias cuyo control corresponde a entidades sectoriales. Frente a esta situación, la interrogante que se plantea es cuándo la agencia de competencia debe o puede intervenir y sancionar por conductas infractoras a la normativa *antitrust*, si existe un organismo estatal determinado por ley que, de acuerdo a su propio marco normativo, puede castigar o no castigar los actos aludidos.

Ante ello, el INDECOPI y el OSIPTel han otorgado un tratamiento preferente a las normas regulatorias, desplazando así a la legislación de competencia. Aunque, como se verá más adelante, la pauta de interpretación no fue absoluta puesto que, a inicios del año 2008, el INDECOPI categorizó las intervenciones estatales en la

---

<sup>1</sup> El OSIPTel tiene una doble naturaleza: es Organismo Regulador, encargado de regular y supervisar el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones, garantizando la calidad y eficiencia del servicio brindado al usuario; y, al mismo tiempo, es agencia de competencia que tiene por función mantener y promover una competencia efectiva y justa entre los operadores de telecomunicaciones. Esto último fue dispuesto por el Decreto Legislativo N° 702, norma que dio origen a OSIPTel, y que ha sido recogido por el Decreto Supremo N° 013-93-TCC, que aprobó la actual Ley de Telecomunicaciones, en su artículo 69°, cuyo texto indica: “*Se encuentran prohibidas las prácticas empresariales restrictivas de la leal competencia, entendiéndose por tales los acuerdos, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia. Estas prácticas dan lugar a la adopción de medidas correctivas por parte del Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones, de cumplimiento obligatorio por las empresas infractoras*”. (resaltado añadido).

economía, introduciendo una teoría según la cual tanto la normativa de competencia como la regulación económica sectorial serían aplicables a un mismo caso.

A continuación, aludiremos los procedimientos administrativos más significativos que abordan el tema de la supletoriedad del *antitrust* frente a las normas regulatorias en el Perú.

## 2.1. Caso Paneles Napsa contra Edelnor

En el año 2002, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI (en adelante, CLC) fijó una posición sobre la concurrencia de normas *antitrust* y sectoriales, explicando por primera vez la prevalencia de la regulación sobre la competencia, mediante el Principio de Supletoriedad. Esto, a través de una denuncia interpuesta por Paneles Napsa S.A. contra Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte S.A.A. (Edelnor)<sup>2</sup>.

En aquella ocasión, Paneles Napsa denunció a Edelnor por negarle injustificadamente el suministro eléctrico de 0,30 Kw para el funcionamiento de dos paneles publicitarios ubicados en la avenida La Marina, distrito que pertenece a la zona de concesión de dicho distribuidor de electricidad. El comportamiento anticompetitivo que exponía la denunciante era el suministro de energía que Edelnor sí proporcionaba a su competidora, Punto Visual.

De acuerdo a la CLC, toda vez que la Ley de Concesiones Eléctricas establecía que las distribuidoras tenían la obligación de proveer energía a los usuarios que emplearan menos de 1 Mw de potencia, ubicados en su área de concesión, correspondía al OSINERG<sup>3</sup> el conocimiento de la denuncia. Y ello porque el Estado, creando un regulador para el sector en cuestión, había decidido anticipar la solución a cualquier controversia a través de la regulación. De esta forma, la Comisión concluye que:

*“(…) una vez en conflicto la regulación y la competencia, es la regulación la que debe primar, (la situación en la que el Estado toma una decisión sobre la existencia de competencia), de allí que sean las normas de OSINERG las que primen sobre el Decreto Legislativo 701<sup>4</sup>”.*

<sup>2</sup> Resolución N° 006-2002-CLC/INDECOPI de fecha 13 de marzo de 2002.

<sup>3</sup> Actualmente, OSINERGMIN (Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería).

<sup>4</sup> El Decreto Legislativo N° 701 fue la anterior ley de libre competencia que estuvo vigente

La lógica de esta decisión reside en el carácter secundario de las normas de competencia, considerando que las disposiciones regulatorias sustituyen a las reglas del mercado al ser las primeras de carácter específico, mientras que las segundas de carácter general. En consecuencia, de no existir reglas predeterminadas para un mercado en particular, la legislación de competencia sería plenamente aplicable. Con este fundamento, la CLC declaró improcedente la denuncia por carecer de competencia en el mercado de electricidad<sup>5</sup>.

## 2.2. Caso Practimar contra ENAPU

De forma bastante similar, el INDECOPI se ocupó de resolver una denuncia presentada por Practimar Ilo E.I.R.L. en contra de la Empresa Nacional de Puertos S.A. (ENAPU). Practimar se dedicaba a la administración de prácticos que prestan sus servicios en el Terminal Portuario de Ilo, utilizando como elementos de apoyo remolcadores, lanchas y gavieros<sup>6</sup>.

En vista de que el servicio de gavieros lo ofrecía ENAPU (con tarifas máximas reguladas por OSITRAN), Practimar decidió contratar con Operaciones Marítimas y Portuarias E.I.R.L. (Opemarpo) para la adquisición de tales servicios. Pero ENAPU se negó a permitir la entrada del personal de Opemarpo bajo el argumento de que OSITRAN<sup>7</sup> no había aprobado los Lineamientos y el Reglamento de Acceso. Según Practimar, considerando que había un exceso en el plazo para la aprobación de las normas, la denunciada, sacando ventaja de esa maniobra dilatoria, le impedía el acceso para la prestación de los servicios de amarre y desamarre de naves en dicho Terminal.

---

hasta el 25 de junio de 2008, fecha en la que entró en vigor el Decreto Legislativo N° 1034.

<sup>5</sup> Cabe mencionar que la intervención del Estado a través de la regulación económica de monopolios naturales, es considerada por la literatura como una de carácter excepcional, que se introduce a fin de resolver una falla de mercado. En tal sentido, la existencia de mercados potencialmente competitivos es considerada una regla general y más bien la necesidad de regulación económica una excepción de dicha regla, sustentada en características específicas de determinadas industrias (subaditividad de costos y elevados costos hundidos).

<sup>6</sup> El servicio de gavieros es un servicio brindado por personal de muelle que consiste en amarrar y desamarra la nave en la maniobra de atraque y desatraque de naves, recogiendo o recibiendo las “líneas” o cabos de los barcos y colocándolas en las bitas de amarre de acuerdo a las instrucciones del práctico o personal a bordo. Léase: Resolución 015-2002-CLC/NDECOPI de fecha 28 de agosto de 2002.

<sup>7</sup> OSITRAN es el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público, cuya función reguladora corresponde al acceso y tarifas de las entidades prestadoras que brindan servicios relacionados con la explotación de la infraestructura.

La CLC declaró improcedente la denuncia porque el artículo 31° del Reglamento Marco de Acceso a la Infraestructura de Transporte de Uso Público señalaba que la decisión de denegar el acceso por parte de la entidad prestadora podía ser apelada por el solicitante en un plazo de cinco días ante el Tribunal de Solución de Controversias del OSITRAN. Atendiendo a ello, la CLC precisó que:

*“(...) existiendo un procedimiento regulado, contenido en el Reglamento Marco de Acceso, para el otorgamiento de acceso y una autoridad competente para la resolución de conflictos respecto al acceso en otro ente administrativo del Estado, la Comisión de Libre Competencia sería incompetente para conocer la presente denuncia. (...)”<sup>8</sup>.*

Entonces, al haber un procedimiento a seguir para el otorgamiento de acceso a la infraestructura esencial, teniendo una autoridad competente determinada, la CLC no calificaba como instancia ante la cual se formalice tal queja. Para esto, no hace referencia expresa al principio de supletoriedad, aunque el criterio subyacente apunta en la misma dirección, debido a la preeminencia de la regulación sectorial sobre la política de competencia. Lo más interesante de esta controversia, es que el INDECOPI se declaró incompetente a pesar de que el Decreto Legislativo N° 701 (en adelante, D.L. 701) sí recogía el supuesto de hecho genérico: abuso de posición de dominio en la modalidad de negativas de trato.

El presente caso pareciera ser semejante al del acápite anterior; sin embargo, la principal diferencia con la decisión en Paneles Napsa contra Edelnor recae en la relación de competencia existente entre denunciante y denunciado. En el caso discutido previamente, Edelnor no competía con Paneles Napsa, por lo que no se cumplía con el requisito del artículo 5° del D.L. 701: el beneficio recibido derivado de la infracción<sup>9</sup>. En cambio, en el caso bajo comentario, ENAPU sí podía tener intereses para bloquear el acceso de Opemarpo, puesto que éste brindaba los mismos servicios que la Entidad Prestadora. Por ello, a pesar de que el tipo de obligación regulatoria era el de atender a los usuarios del servicio público, pueden –en algunos mercados regulados con relación directa de competencia entre las partes– darse incentivos que alteren el incipiente proceso competitivo. La CLC optó por el traslado al ente supervisor de la inversión en dicho mercado.

---

<sup>8</sup> Considerando 26 de la Resolución 015-2002-CLC/NDECOPI.

<sup>9</sup> Artículo 5°.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior, actúan de manera indebida, **con el fin de obtener beneficios** y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles, de no existir la posición de dominio. (Resaltado añadido)

### 2.3. Caso Red Privada Virtual contra Telefónica del Perú

Como se ha indicado, el OSIPTEL también posee facultades para manifestarse sobre temas de libre competencia, únicamente en el mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones. Por ello, el artículo 53° de su Reglamento<sup>10</sup> le permite resolver controversias relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones de libre y leal competencia a través de sus Cuerpos Colegiados (CCO) y, en apelación, conocerlas por el Tribunal de Solución de Controversias (TSC)<sup>11</sup>.

De modo similar al INDECOPI, el regulador tuvo ocasión de tratar una denuncia interpuesta por la empresa Red Privada Virtual S.A. en contra de Telefónica del Perú S.A.A. por abuso de posición de dominio en la comercialización del plan tarifario denominado “Línea Premium<sup>12</sup>”. Dicha conducta configuraba una práctica discriminatoria a los proveedores de Internet no conectados a la red de telefonía fija local de TdP, toda vez que ésta les negaba la tarifa plana promocional por haberse conectado a través de sus competidores. Esta situación fue expuesta por la denunciante, que interconectaba a sus usuarios a través de la red de Americatel Perú.

El CCO entendió que el requerimiento implicaba revisar el acto administrativo de aprobación del citado plan tarifario efectuado por la Gerencia General, y aquello no era susceptible de ser analizado vía procedimiento de solución de controversias. Por lo tanto, se declaró no competente dado que la evaluación de tal plan y de sus

---

<sup>10</sup> Aprobado por Decreto Supremo N° 008-2001-PCM, publicado el 2 de febrero de 2001.

<sup>11</sup> El artículo 17° del Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, reconoce dicha atribución de OSIPTEL en el siguiente tenor: “La aplicación de la presente Ley (D.L. 1034) al mercado de los servicios públicos de telecomunicaciones estará a cargo del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones – OSIPTEL de conformidad con lo dispuesto en la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL. En tal sentido, las instancias competentes, las facultades de éstas y los procedimientos que rigen su actuación serán los establecidos en su marco normativo”.

<sup>12</sup> En cumplimiento de lo establecido en el artículo 21° del Reglamento de Tarifas, TdP solicitó a la Gerencia General de OSIPTEL, la aprobación de su plan tarifario “Línea Premium”, el cual establece un pago fijo mensual de S/. 120,92 sin IGV, incluye 60 minutos libres y además tiempo ilimitado de comunicación (para tráfico de voz y/o de datos) en horario reducido dentro de la red de TdP. Así, en horario reducido la tarifa por servicio local medido es cero en el caso de llamadas dentro de su propia red (*on net*) y S/. 0,043, en el caso de llamadas fuera de su red (*off net*). Léase la Resolución 002-2004-CCO/OSIPTEL de fecha 13 de agosto de 2004.

condiciones, así como la autorización para que el mismo pueda ser comercializado, estaba a cargo del órgano de regulación.

Sin embargo, conviene destacar lo que señaló el CCO referente a la afectación sobre la competencia:

*“(…) cabe señalar que los eventuales efectos anticompetitivos que pudiera traer como consecuencia la existencia y comercialización de la Línea Premium son susceptibles de ser analizados por la Gerencia General de OSIPTEL. Dicho órgano, luego de efectuar las evaluaciones pertinentes, podría eventualmente ordenar la modificación del referido plan. Es ante dicha instancia –la autoridad competente para pronunciarse sobre planes tarifarios– que quienes se considerasen afectados por los supuestos efectos anticompetitivos de un plan tarifario, deberían hacer valer sus derechos”.*

De estas líneas, podría inferirse que los potenciales efectos anticompetitivos que ocasionen conductas de empresas sujetas a regulación económica, deben ser vistas por el regulador sectorial y no por la autoridad de competencia. En consecuencia, dichos efectos pueden haber sido producto de un examen poco minucioso o riguroso a la hora de proyectar un modelo de mercado, y, en tal sentido, correspondería una modificación de la normativa que las contiene, esto es, la disposición sectorial. El razonamiento de OSIPTEL supone que los órganos de regulación tienen que haber considerado ciertos factores que involucran necesariamente el impacto sobre la competencia cuando ejercen su función normativa (la emisión de un reglamento de tarifas) o reguladora (la expedición de un mandato de interconexión).

En ese sentido, se confirmaría la reflexión que hizo el INDECOPI en torno al principio de supletoriedad; puesto que la regulación, al referirse a conductas con potenciales efectos anticompetitivos, reemplazaría las normas generales de mercado por considerar que su aplicación se muestra menos beneficiosa.

#### **2.4. Caso Nextel contra Telefónica Móviles**

Posteriormente, OSIPTEL pudo confirmar el mismo criterio cuando analizó la controversia entre Nextel del Perú S.A. y Telefónica Móviles S.A.A.<sup>13</sup>. La demanda planteada por Nextel obedece al hecho de que Telefónica Móviles cobraba un cargo

---

<sup>13</sup> Resolución N° 008-2005-CCO/OSIPTEL de fecha 11 de marzo de 2005.

de terminación por llamadas originadas en redes externas hacia su red (llamadas *off net*) mayor al cargo de terminación por llamadas originadas y acabadas en su propia red (llamadas *on net*), lo cual evidenciaba –según Nextel– una clara intención anticompetitiva por elevar los costos de los rivales para expulsarlos del mercado.

El CCO notó que su decisión versaría sobre el valor del cargo de terminación, el mismo que había sido objeto de aprobación por la Gerencia General de OSIPTEL como parte del Contrato de Interconexión y su Adenda. Por ese motivo, declaró fundada la excepción de incompetencia que planteó Telefónica Móviles dentro del procedimiento por considerar que el CCO no tenía facultades para revisar un tema que es propio de la vía regulatoria.

A diferencia del caso comentado en el numeral 2.2., el CCO resaltó esta vez lo siguiente:

*“(...) el inicio de una investigación por prácticas anticompetitivas está supeditado a que se cumpla el supuesto del principio de supletoriedad, es decir que la práctica no se encuentre tipificada o cubierta de forma expresa por la regulación del sector. El efecto práctico es que no se tramite una controversia por infracción a las normas de libre competencia cuando la materia se encuentre cubierta por la regulación (...)”.*

Se puede afirmar que, en tanto exista norma regulatoria que tipifique una conducta anticompetitiva, no se aplicará el cuerpo normativo *antitrust* porque su finalidad –evitar una distorsión en la competencia– se encuentra recogida por la regulación. De ahí que, acorde a lo establecido por su Reglamento<sup>14</sup> y los Lineamientos Generales para la Aplicación de las Normas de Libre Competencia en el Mercado de las Telecomunicaciones<sup>15</sup>, al existir tipificación expresa en una

<sup>14</sup> Artículo 12° del Reglamento de OSIPTEL.- Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el OSIPTEL en el ámbito de su competencia. ***En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el OSIPTEL.*** (Resaltado añadido)

<sup>15</sup> OSIPTEL entiende que para la promoción y la preservación de la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, se aplicará la normatividad específica del sector y de manera supletoria la normatividad general de libre competencia... Así, si bien el punto de partida es la aplicación de la normativa específica del sector –entendiéndose dentro de ésta al marco regulatorio específico–, también ***se admite la aplicación del marco general del marco de libre competencia para corregir problemas no cubiertos expresamente por la normativa específica del sector o para encontrar principios de interpretación que permitan una más***

norma sectorial, la disposición *antitrust* solamente sería aplicable si algún supuesto de hecho no se encontrara dentro de la primera o para extraer principios que complementen la interpretación de ésta.

En ese orden de ideas, nuevamente, apreciamos que la presencia de regulación en ciertas industrias obliga a emplear las normas especiales; y si éstas no prevén una solución o su sentido es ambiguo, las leyes de competencia, como normas generales, pueden atender el problema.

## 2.5. Caso Termoselva contra COES

Ante el INDECOPI se llevó a cabo otro procedimiento que se inició por una denuncia de Termoselva S.R.L. contra el Comité de Operación Económica del Sistema Eléctrico Interconectado Nacional (COES)<sup>16</sup>. Termoselva<sup>17</sup> opera en el mercado de generación eléctrica y, por tanto, tiene la obligación de reportar sus costos de aprovisionamiento de combustible al COES para que esta entidad, en cumplimiento de sus funciones, emplee dicha información como uno de los factores que le permita determinar el orden de prelación en el despacho de energía eléctrica<sup>18</sup>.

Así, comunicó al COES sobre una reducción en los costos aludidos, y éste rechazó dicha declaración por considerar que se trataba de una manipulación artificial de sus costos reales para ser designado primero en el orden de despacho de energía. El COES agregó, como fundamento, el hecho de que el proveedor de

---

*adecuada aplicación de la referida normativa.* (Resaltado añadido).

<sup>16</sup> Resolución N° 030-2004-INDECOPI/CLC de fecha 19 de mayo de 2004.

<sup>17</sup> Termoselva desarrolla actividades de generación eléctrica en la Central termoeléctrica a gas natural de ciclo simple en Aguaytía. Esto quiere decir que para generar electricidad, la empresa utiliza como insumo de producción el gas natural. Otras generadoras térmicas pueden emplear diesel o carbón.

<sup>18</sup> Entre las diversas funciones que tiene el COES, se encuentran la programación y coordinación de la operación, por medio de las cuales se busca optimizar los recursos energéticos disponibles para atender la demanda de electricidad a bajo costo, cumpliendo con los requerimientos de calidad y seguridad. Para ello, considera costos variables y restricciones operativas de generadores termoeléctricos, así como las características y restricciones propias de los sistemas hidroeléctricos y de la red eléctrica. Con la aplicación de modelos matemáticos, proyectan la demanda y establecen un orden para el despacho de electricidad, en función a los costos que tenga cada unidad de generación. De este modo, ocupan el primer lugar en la inyección de energía al SEIN (sistema eléctrico interconectado nacional), las generadoras de menores costos como las hidroeléctricas y las que utilizan recursos energéticos renovables (eólicas) y luego ingresan al despacho las unidades térmicas como la TV –Turbo Vapor– carbón, TG gas natural, TV residual y finalmente las que operan con diesel.

su gas natural era Aguaytía, empresa del mismo grupo económico; por eso, los costos anunciados calificaban como precios de transferencia y no como precios de mercado. Esa negativa, a juicio de Termoselva, era propia de una concertación de precios y un boicot, además de reflejar un exceso en las facultades del COES por desconocer el contrato entre la denunciante y su vinculada.

La CLC resolvió la improcedencia de la denuncia por entender que la decisión del COES se fundamentaba en facultades conferidas por la Ley de Concesiones Eléctricas; por tal razón, su actuar se tenía por acto administrativo y como tal no era susceptible de ser visto. No obstante, la Sala de Defensa de la Competencia (en adelante, SDC) anuló la resolución y dispuso que la CLC sí era competente porque al estar el COES integrado por agentes privados (generadores, transmisores, distribuidores y clientes libres), podrían concurrir en infracciones a la ley de libre competencia.

Observamos que, para el caso en cuestión, las dos instancias administrativas se avocaron al análisis del acto ejecutado por el COES para definir si éste se encontraba o no dentro del ámbito objetivo del D.L. 701, mas no incidieron en tratar directamente el principio de supletoriedad.

Cabe notar que si analizamos con más detalle la controversia, podremos observar que en buena cuenta la CLC asume como absoluto el principio de supletoriedad siguiendo el modelo de respuesta expuesto en el caso Paneles Napsa contra Edelnor. Pero lo relevante de ello es que se abstiene de intervenir cuando la infracción proviene de un mandato público con efectos anticompetitivos que pueden ser consecuencia de un exceso de facultades. Quiere decir, entonces, que aun cuando la norma regulatoria (entiéndase, mandato derivado de una norma pública) atente contra lo que protege la legislación *antitrust*, ésta deviene en inválida<sup>19</sup>. Por el contrario, la SDC no comparte esa línea y concibe la posibilidad de interferir con las potestades delegadas por ley cuando son contrarias a otros cuerpos normativos. Aquí, ya no aparece un concepto unívoco sobre la supletoriedad, en vista de que no existe tipificación expresa –por norma sectorial– de la conducta infractora, lo cual daría cierto margen de acción a la agencia de competencia.

---

<sup>19</sup> Al respecto, es conveniente precisar que no se afirma que las facultades conferidas al COES tienen *per se* un carácter anticompetitivo, sino que sus decisiones podrían revestir o encubrir un acuerdo anticompetitivo. Por ese motivo, Termoselva adujo que su actuar reflejaba un exceso de facultades. En todo caso, más allá de si dicho acto administrativo tenía o no efectos anticompetitivos, el INDECOPI declaró improcedente la denuncia pues la decisión del COES se realizó en cumplimiento de sus funciones.

## 2.6. Caso Alfagas contra Repsol, Zeta Gas y Pecsca

Precisamente lo acotado en el párrafo anterior toma forma con lo que resuelve la SDC sobre la denuncia presentada por Envasadora Alfa Gas S.A. (Alfagas) contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A., Zeta Gas Andino S.A. y Peruana de Combustible S.A. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato.

Alfagas y las denunciadas son empresas dedicadas al envasado y comercialización de Gas Licuado de Petróleo (GLP) en balones, actividades reguladas por el Decreto Supremo N° 01-94-EM –Reglamento de Comercialización de GLP–, cuyo artículo 53° obliga a las envasadoras a intercambiar entre ellas los cilindros rotulados que no les correspondan<sup>20</sup>, siendo sancionable el uso de cilindros que no sean de su propiedad<sup>21</sup>.

Dado el contexto, Alfagas indicó que Repsol y las otras empresas se negaban a efectuar el canje de balones a pesar de haberles sido requerido en múltiples comunicaciones que no tuvieron respuesta. Ello, según Alfagas, ponía en evidencia que el fin buscado era desabastecerla de cilindros y expulsarla del mercado.

Al respecto, la CLC declaró improcedente la denuncia porque se percató de que las condiciones de intercambio y comercialización de cilindros se encontraban reguladas por el D.S. N° 01-94-EM, y dicho reglamento contenía los derechos y deberes de las empresas que concurren al mercado de distribución minorista de GLP.

---

<sup>20</sup> Artículo 53°.- Las Empresas Envasadoras están obligadas a intercambiar entre ellas, directamente o a través de un Centro de Canje Autorizado, los Cilindros Rotulados en Libras que no les corresponda, independientemente de cuántos Cilindros Rotulados en Libras reciba cada empresa.

(...)

Dentro de los primeros quince (15) días calendarios de cada mes, las Empresas Envasadoras estarán obligadas a:

(...)

b. De no mediar Acuerdo entre las Partes, pagar a la Empresa Envasadora, por cada Cilindro Rotulado en Kilogramos, una cantidad igual al valor comercial promedio que cobró dicha Empresa Envasadora por las garantías del mismo tipo de Cilindro, el mes anterior al que ella hace exigible la devolución de dichos Cilindros.

<sup>21</sup> Artículo 49°.- Las Empresas Envasadoras no podrán envasar GLP en Cilindros Rotulados en Kilogramos que no sean de su propiedad, o en Cilindros Rotulados en Libras que tengan la marca o signo distintivo y color identificatorio de otra Empresa Envasadora, a menos que exista un Acuerdo Contractual de Co-responsabilidad entre las envasadoras y sea puesto previamente en conocimiento de la DGH.

Por lo que, al existir regulación específica, correspondía que quienes se consideren afectados por el incumplimiento de las obligaciones legales, denuncien tales hechos ante el OSINERGMIN, en su calidad de encargado de velar por el cumplimiento de dicha norma<sup>22</sup>.

Por el contrario, la SDC revocó dicha decisión por entender que no cualquier regulación puede desplazar la aplicación de las políticas de competencia en su objetivo por proteger el proceso competitivo. Para explicar mejor la idea, distingue tres diferentes formas de intervención del Estado en la economía para corregir las fallas del mercado: la regulación social, la regulación económica y las políticas de competencia<sup>23</sup>. Acto seguido, aclara que:

*“(...) el principio de supletoriedad no se aplica frente a la regulación social sino frente a la regulación económica, por la sencilla razón de que si en un mercado la competencia no es posible, de nada sirve la aplicación de la política de competencia. En un mercado donde la competencia no es posible por existir un monopolio natural, no tiene sentido estar sancionando conductas anticompetitivas para garantizar una competencia inexistente. Cuando hay un monopolio natural lo que corresponde es la aplicación de la regulación económica”.*

Desde su punto de vista, el principio de supletoriedad desplaza las políticas de competencia sólo frente a la regulación económica, pero la regulación social convive con las políticas mencionadas y se aplica en mercados donde la competencia es o no posible. Bajo este criterio, la denuncia era procedente porque la regulación sectorial de hidrocarburos no es una regulación económica al no existir un monopolio natural en el mercado minorista de GLP.

Más allá de las críticas que eventualmente formularemos a este fallo, es posible advertir que la SDC segmentó la regulación para que la norma *antitrust* tenga un lugar en mercados organizados bajo dispositivos sectoriales. Lo trascendental

<sup>22</sup> Resolución N° 022-2007/CLC de fecha 26 de marzo de 2007.

<sup>23</sup> Así, la Sala anota que a diferencia de las políticas de competencia que actúan *ex post* y consisten en sancionar conductas anticompetitivas y actos desleales del comercio, la regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera *ex ante*, tiene por fin minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Ejemplo de ello son las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales. Añade que, en cambio, la regulación económica apunta a corregir la distorsión propia de los monopolios naturales. Léase: Resolución N° 0005-2008/TDC-INDECOPI de fecha 3 de enero de 2008.

de ello, a juicio nuestro, es que a pesar de que la negativa de canje se encuentra prevista y sancionada por la norma regulatoria, se pretende sancionar también por la legislación de competencia. En otros términos, la nueva interpretación del principio de supletoriedad nos lleva a colegir que aun cuando exista tipificación expresa de una conducta por norma especial, la norma general le será válidamente aplicable.

### III. **Ámbito de aplicación: el artículo 3° de la LRCA**

En las secciones previas se ha podido apreciar que, a la luz del D.L. 701, fue relativamente difícil para la autoridad de competencia delimitar sus competencias frente a las de otras entidades, en los casos en que existieran normas sectoriales específicas relacionadas con la implementación de conductas anticompetitivas. Ello ocurre porque la citada ley no dice nada, expresamente, sobre la relación entre las normas sectoriales y la norma *antitrust*. En realidad, el principio de supletoriedad ha sido desarrollado jurisprudencialmente y en concordancia con lo descrito en los reglamentos de los organismos reguladores, los cuales rescatan la primacía de las normas sectoriales.

A partir de la aprobación del artículo 3° del D.L. 1034, nueva ley de libre competencia, dicha situación ha cambiado:

***“Artículo 3°.- Ámbito de aplicación objetivo.-***

*Se encuentra fuera de aplicación de la presente Ley aquella conducta que es consecuencia de lo dispuesto en una norma legal. El cuestionamiento a dicha norma se realizará mediante las vías correspondientes y no ante la autoridad de competencia prevista en la presente Ley. El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores (...)*. (subrayado añadido)

En consecuencia, a partir de la aprobación de esta norma se puede afirmar, sin duda alguna, que siempre que una norma legal regule una conducta investigada, independientemente de la configuración del mercado (trátese de un monopolio natural, un mercado contestable o concentrado), las normas de libre competencia quedan descartadas. Cualquier cuestionamiento hacia la ley sectorial o a la conducta derivada de su ejercicio, tendrá que ser canalizado por la vía pertinente.

A tenor del artículo referido, notamos que surgen dos escenarios: el primero, que contempla propiamente la exención legal de las conductas que proceden de leyes

sectoriales; y el segundo, que sugiere el desplazamiento de la legislación *antitrust* ante las normas sectoriales infralegales, configurando el principio de supletoriedad. Ambos conceptos son desarrollados a continuación.

### 3.1. La exención de conductas por amparo legal

De la lectura del artículo 3° del D.L. 1034, se infiere que la conducta anticompetitiva no es sancionable cuando su origen parte del poder público. Es decir, la ausencia de responsabilidad se apoya en el mandato de la entidad estatal, que ha convenido en permitir tal acto para alcanzar determinados fines. Por ese motivo, se puede sostener que la conducta infractora se justifica por objetivos ajenos a la competencia (y probablemente prioritarios en el corto plazo) que harían legítimo el hecho de exonerar de sanción a quienes los pongan en práctica.

Anteriormente, durante el régimen del D.L. 701, el INDECOPI había reconocido que cuando el Estado, o cualesquiera de sus entidades, infringieran la legislación *antitrust*, en ejercicio de sus potestades administrativas, no calificaban como sujetos pasivos. Pero tratándose de personas privadas, que en cumplimiento de normas o actos administrativos atentaran contra la competencia, sus dictámenes han discutido la validez del mandato público que fomentó la conducta. El ejemplo más oportuno es el comentado en el apartado anterior: el caso Termoselva contra el COES, donde la SDC concluye que si un ente compuesto por agentes particulares emitiera un acto por atribución de funciones públicas, no gozaría de la prerrogativa para quedar exento de sanción.

Con la aprobación de la nueva ley de libre competencia, si la conducta infractora proviniera de una entidad del Estado, de una persona privada que ejerce función administrativa o de un particular, todos ellos obedeciendo el mandato público, cualquiera que sea el actor, serían inmunes a la sanción *antitrust*. Pero hay un aspecto radical que señala el D.L. 1034: la norma que ampare la conducta debe tener “rango de ley”.

A nuestro criterio, la voluntad del legislador estaría encaminada a no dejar pasar cualquier tipo de conducta transgresora a la libre competencia. Este tipo de control es prudente toda vez que admite que el bien jurídico que se persigue con la legislación de la materia tiene que ser, en la generalidad de casos, tutelado.

Sin embargo, somos de la opinión que el sentido que subyace a lo previsto en el marco normativo *antitrust* vigente, se fundamenta en la doctrina de los actos

soberanos. De acuerdo con ella, los organismos estatales y los particulares que actúan dando cumplimiento a un mandato soberano legítimamente emanado, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la normativa general de libre competencia, salvo que realicen actividad comercial concurriendo en los mercados. Por lo tanto, coincidimos con Patrón (2008) cuando distingue que:

*“(...) para determinar si la conducta de un particular frente a un mandato soberano debe ser o no juzgada conforme a la Ley de Libre Competencia no es si el mandato es, de manera abstracta, una “regulación social” o “una regulación económica”, sino si tal actuación ha respondido verdaderamente a un mandato soberano, dictado regularmente en virtud de potestades legalmente conferidas (...)”<sup>24</sup>.*

En esa línea, si una norma sectorial de rango infralegal sustenta un acto que puede tener un efecto anticompetitivo, no sería susceptible de ser sancionado por la norma de competencia. Nuestro soporte jurídico se encuentra en el aludido artículo 3° de la LRCA cuando indica: “...El Estado podrá asumir las acciones que considere necesarias para contribuir a mejorar las condiciones de oferta de los productos en beneficio de los consumidores”. Normalmente, las leyes tienden a presentar un carácter genérico o abstracto; mientras que, para regular conductas o emitir instrucciones específicas, se requiere de reglamentos, resoluciones ministeriales o normas afines que establezcan pautas para un sector determinado.

Dicho de otro modo, no basta con normas legales para ordenar los mercados; es necesario que se decreten normas de inferior jerarquía que desarrollen, complementen o sirvan de instrumentos para el ejercicio de funciones administrativas delegadas. Será importante, en este contexto, saber si su emisión o aprobación ha respetado las atribuciones que la ley confiere a una entidad del Estado.

Así, el examen que se realice para aplicar la legislación de competencia, que encuentre contradicción en normas infralegales, recaerá sobre la validez del acto soberano; y no habrá exigencia a la autoridad de competencia de conocer el tipo de regulación (sea social o económica).

---

<sup>24</sup> Patrón (2008) p. 407.

### 3.2. El principio de supletoriedad

Después de estudiar lo que reza el artículo 3º, comprendimos que las normas de competencia no se aplican a aquellas actuaciones que deriven de la aplicación de normas legales; y en caso emanen de normas con rango reglamentario, convendrá analizar la legitimidad de su emisión. Debe tomarse en cuenta que la inaplicación de la ley de libre competencia sucede cuando existe “conflicto” entre ésta y la norma sectorial, pues lo que intenta exhibir el artículo en mención es la exención de una conducta infractora.

Igualmente, creemos que el D.L. 1034 en sentido contrario concibe, de forma indirecta, la preferencia por las disposiciones regulatorias cuando no media conflicto entre aquéllas y las normas *antitrust*. Esto significa que en tanto la regulación y la competencia prevean normativamente el mismo supuesto de hecho, será de aplicación la norma especial, que por motivos evidentes describirá la conducta de manera concreta.

Por lo tanto, la primacía de la norma regulatoria sobre la norma de competencia, respeta el criterio de especialidad como uno de los principios generales del derecho que alberga nuestro ordenamiento. Ahora bien, manifestamos así que el principio de supletoriedad es congruente al principio de especialidad de las normas. En efecto, resulta natural lo dicho, toda vez que la regulación se emplea como herramienta sobre mercados que tienen características singulares y es habitual que, para su mejor organización, se perfilen dispositivos especiales.

En consecuencia, las normas de competencia, dado su carácter general, tendrán una aplicación residual. Se aplicarán siempre que no exista una regulación específica que haya tratado el problema concreto de manera directa. Ello en concordancia inmediata con el principio de especialidad, que ordena preferir la norma especial sobre la norma general. Sin embargo, ello no implica que las normas de competencia sean inaplicables en mercados regulados.

Como el mismo término supletoriedad refiere, el principio está enfocado a suplir, subsanar o cubrir las insuficiencias normativas. Seguidamente, apreciamos que los preceptos de libre competencia serán empleados para atacar las fallas de mercado que se produzcan siempre que existan vacíos en la regulación, es decir, situaciones no reguladas específicamente.

Así, en su momento, comentamos el caso Practimar Ilo contra ENAPU, donde se denunció a la empresa estatal por negativa de otorgar acceso a Opemarpo para la prestación de servicios de amarre y desamarre en el Terminal Portuario de Ilo. La improcedencia de la denuncia siguió el postulado de la supletoriedad porque en dicho caso el OSITRAN preveía en su reglamento, una sanción por el incumplimiento de las órdenes de acceso que tuvieran una finalidad anticompetitiva de obtener ventajas en los mercados regulados. Por tanto, como actividad regulada expresamente, no cabía la imposición de sanciones por negativa injustificada a contratar prevista en la norma general de libre competencia.

Al respecto, cabe resaltar que los diferentes organismos reguladores – OSIPTEL, OSINERGMIN, OSITRAN y SUNASS– incorporan en sus respectivos reglamentos el principio de supletoriedad como una pauta de interpretación para delimitar competencias en su quehacer administrativo. Básicamente la idea que expresan es la siguiente: *“Las normas de libre competencia son supletorias a las disposiciones normativas y/o regulatorias que dicte el [Regulador] en el ámbito de su competencia. En caso de conflicto, primarán las disposiciones dictadas por el [Regulador]”*<sup>25</sup>.

#### **IV. Un modelo ideal: a propósito del Caso Alfagas**

Conforme al desarrollo de este ensayo, hemos narrado brevemente los casos de supletoriedad que la agencia de competencia resolvió, con la finalidad de orientarnos a una respuesta convincente.

A primera impresión, luego de analizar los diversos procedimientos, notamos que durante los primeros años de aplicación de las normas de competencia hubo una concepción absoluta del principio de supletoriedad, donde era tangible la prevalencia de la norma sectorial, tal y como se mostró en los casos Paneles Napsa contra Edelnor, Practimar Ilo contra ENAPU y Red Privada Virtual contra Telefónica del Perú. Más adelante, se permitió la aplicación de la norma *antitrust* en caso hubiera vacío regulatorio o se requiriera complementar el sentido de la regulación,

---

<sup>25</sup> Previsto en el artículo 12° del Reglamento de OSIPTEL (D.S. N° 008-2001-PCM), artículo 11° del Reglamento de OSITRAN (D.S. N° 044-2006-PCM), y artículo 12° del Reglamento de OSINERGMIN (D.S. N° 054-2001-PCM). Con relación al Reglamento de SUNASS, no hay alusión directa al principio de supletoriedad, pero su razón de ser se encuentra en el Principio de Especialidad que presenta el artículo 8°, cuyo contenido es el que sigue: *“En caso de discrepancia entre las normas que rigen la actividad del sector y normas generales, se aplicarán las primeras.”*

siguiendo lo sucedido en Nextel contra Telefónica Móviles. Posteriormente, la línea de interpretación dejó de ser uniforme cuando las instancias tuvieron reflexiones diferentes, en las cuales se relativizó la preeminencia de la regulación cuando no haya tipificación expresa de conductas o cuando éstas sean producto de mandatos soberanos cuestionables. Prueba de ello es la controversia entre Termoselva y el COES.

Por último, la noción de supletoriedad se modificó drásticamente al permitir la concurrencia de normas sectoriales y de competencia para sancionar un mismo hecho. Con la resolución del caso Alfagas-Repsol, las normas de competencia serán siempre aplicables mientras no se evalúen monopolios naturales. De tal modo, la supletoriedad pierde su esencia si, figurando norma regulatoria que tipifica, la ley *antitrust* se aplica sin limitación.

Lo expuesto acarrea una serie de contrariedades no sólo en el derecho de la competencia, sino en otras ramas que son instrumentales al *Antitrust*, y que inclusive alteran la congruencia del derecho como ciencia. En breve, nos manifestamos para exponer los problemas de una aplicación restrictiva del principio de supletoriedad:

### **(i) Congruencia del sistema jurídico**

El sistema jurídico está conformado por un conjunto de reglas que se pueden identificar sobre la base de su validez y eficacia, así como por un grupo de principios que permitan hallar respuestas correctas en ausencia de normas claras y, sobre todo, le doten coherencia y unidad de objeto. Justamente, por estas consideraciones, el último grupo ocupa un lugar preponderante en todo ordenamiento jurídico, recibiendo la denominación de Principios Generales del Derecho<sup>26</sup>.

Estos principios cumplen diversas funciones dentro del Derecho: algunos informan la estructura del sistema jurídico, como el principio de constitucionalidad, de legalidad o de competencia en materia normativa; y otros, por su naturaleza técnica, regulan su forma de operación, como el principio de especialidad. Éste indica que la norma especial prima sobre la norma general, y ello es acorde con la prevalencia de las normas regulatorias sobre las de competencia. Lo cual significa que el principio de supletoriedad se deriva del principio de especialidad.

---

<sup>26</sup> Los Principios Generales del Derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica, que informan la estructura, la forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, sub-conjuntos y del propio Derecho como totalidad.

Se conoce que el derecho de la competencia se sirve procesalmente del derecho administrativo y, por ello, canaliza su *modus operandi* vía procedimiento administrativo sancionador. Como en toda rama jurídica, también existen principios que conducen el procedimiento para los órganos que ejercen el *ius puniendi* del Estado. Siendo entonces que el principio de supletoriedad tendría que aplicarse dentro –y en concordancia– de los postulados instrumentales del derecho administrativo.

El artículo 230° de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, señala que la potestad sancionadora de todas las entidades se rige por varios principios<sup>27</sup>. El numeral 10 del dispositivo citado recoge el *non bis in idem*, principio que veta la imposición sucesiva o simultánea de una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho cuando haya triple identidad: sujeto, hecho y fundamento. Doctrinariamente, se dice que este principio proscribe la duplicidad de imputaciones, procesamientos y sanciones para parte de la Administración integralmente considerada<sup>28</sup>.

Respecto a ello, el Tribunal Constitucional (TC) ha declarado que el elemento consistente en la igualdad de fundamento es la clave que define el sentido del principio, por lo que no cabría doble sanción si la punición se fundamenta en la lesión de un mismo bien jurídico o interés protegido<sup>29</sup>. De manera más específica, advertimos entonces que como la regulación es un mecanismo para ordenar el mercado, será usual que, entre los objetos de protección, se halle la competencia. Por lo tanto, cuando la autoridad sancione una conducta prevista en normas sectoriales y en legislación *antitrust*, transgredirá el principio de *non bis in idem*, afectando el derecho de los administrados y atentando contra la seguridad jurídica.

No obstante lo anterior, resulta necesario mencionar una postura discrepante aunque con matices sugestivos. Para Quintana (2008), sí debería proceder la aplicación concurrente de la regulación sectorial y las normas de competencia cuando las primeras tengan por finalidad promover la competencia, y las segundas aseguren su protección, en tanto se demuestre la finalidad exclusoria de la conducta<sup>30</sup>. La

---

<sup>27</sup> Los principios que contempla el artículo 230° de la Ley N° 27444 son: Legalidad, Debido Procedimiento, Razonabilidad, Tipicidad, Irretroactividad, Concurso de infracciones, Continuidad de infracciones, Causalidad, Presunción de licitud y non bis in idem.

<sup>28</sup> Morón Urbina (2007), p. 673.

<sup>29</sup> *Ibidem*. Pág. 674.

<sup>30</sup> Quintana (2008) p. 138.

base de su tesis se asienta en la jurisprudencia estadounidense por el caso Verizon Communications Inc. Vs. Law Offices of Curtis Trinko<sup>31</sup>.

En este caso, el demandante, cliente de AT&T en New York, mediante una *class action*, alegó que Verizon –dominante en telefonía fija– había impuesto restricciones para el acceso de AT&T a sus redes, dificultando así la prestación de servicios de telefonía vocal en claro perjuicio de los clientes de AT&T. Según Trinko, esto contravenía la Sherman Act (norma de competencia) y la Telecommunication Act de 1996 (norma regulatoria). Según refiere Quintana, la Corte Suprema estableció que mientras el objetivo de la Ley de Telecomunicaciones era promover la competencia imponiendo al incumbente las obligaciones de colaboración con sus rivales, el objetivo de la Ley Sherman era evitar y sancionar la monopolización de los mercados a través de las conductas ilícitas<sup>32</sup>.

Ello, a criterio de Quintana, es compatible con la independencia de responsabilidades por infracciones a las normas sectoriales y a las normas de competencia, tal y como lo prevé la Ley N° 27336, Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades de OSIPTEL<sup>33</sup>. Lo paradójico de este argumento es que al entender que deben respetarse los principios garantistas del procedimiento administrativo sancionador, aplicando el Concurso de Infracciones para que únicamente se sancione con la norma punitiva de mayor gravedad, reconozca que el bien jurídico tutelado por las dos normas es el mismo: el proceso competitivo<sup>34</sup>.

Desde esta óptica, si el bien jurídico tutelado es idéntico, sólo debe aplicarse una sanción. Ratificamos este planteamiento, porque evita la doble punición; mas no

---

<sup>31</sup> 540 U.S. 398 (2004) Verizon Communications Inc. vs. Law Offices Of Curtis V. Trinko, Llp.– No. 02-682. Resuelto por el Tribunal Supremo de Estados Unidos el 13 de enero de 2004.

<sup>32</sup> Quintana (2008) Op. Cit. p. 128.

<sup>33</sup> Artículo 28° numeral 2 de la Ley 27336.- Independencia de responsabilidades

Son independientes las infracciones administrativas relacionadas con el incumplimiento de las normas sectoriales respecto de las infracciones administrativas relacionadas con la leal o libre competencia.

<sup>34</sup> En palabras de Quintana: “No obstante, debe tenerse en cuenta que aun cuando por excepción se aplique de forma concurrente la RS [regulación sectorial] y la NDC [norma de defensa de la competencia], ello no significa que siempre pueda imponerse dos sanciones paralelas. Si el bien jurídico tutelado por ambas es el proceso competitivo (mientras la RS promueve la competencia, la NDC la protege), lo que corresponde es definir la gravedad de la infracción según la RS y la NDC, a fin de aplicar la sanción que resulte más grave, para respetar así los principios garantistas del procedimiento administrativo sancionador” (QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo. Op. Cit. Pág. 129).

coincidimos con la aplicación concurrente de normas *antitrust* y regulatorias cuando protegen aspectos diversos de un mismo interés protegido (v.g. “la promoción” y “la protección” del proceso competitivo). Esto es adverso a lo esbozado por el TC cuando perfila las vertientes del *non bis in idem*. Para el TC, dicho principio bloquea la posibilidad de que recaigan dos sanciones sobre un sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso de poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho (formulación material); y porque un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o que se inicien dos procesos con el mismo objeto (connotación procesal)<sup>35</sup>.

Es inconsecuente con el régimen sancionador que, tratándose del mismo bien jurídico, se apliquen dos sanciones por una misma conducta. De hecho, en el caso *Trinko*, la sentencia del Tribunal Supremo señaló que cuando ya existe una regulación sectorial, destinada a eliminar los daños sobre la competencia, no debería haber margen para la actuación *antitrust* porque ello no involucra mayor beneficio adicional<sup>36</sup>. Además, se manifestó a favor del mantenimiento de los incentivos empresariales, aunque ello implique posición de dominio, evitando que los tribunales, en tanto autoridades de competencia, se convirtieran en planificadores centrales de los mercados. Esto demuestra el reconocimiento de la primacía por la norma sectorial dado que, a través de ella, se planifica la organización del mercado, preservando los incentivos a la innovación.

En la práctica, podría pasar inadvertida la aplicación concurrente de normas al interior de un mismo régimen y procedimiento sancionador. Específicamente, nos referimos a la situación de OSIPTEL, ya que concentra las funciones de regulador y agencia de competencia; por lo tanto, sus instancias tienen la prerrogativa de aplicar los dos cuerpos normativos. A ello, se añade la asimilación de gran parte de las normas *antitrust* en los principios regulatorios que concibe el marco normativo sectorial, como ocurre con los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso y libre y leal competencia<sup>37</sup>, los cuales convergen en la actual LRCA

<sup>35</sup> STC N° 2050-2002-AA/TC. Recurso extraordinario interpuesto por doña Flor de Milagros Ramos Colque a favor de Carlos Israel Ramos Colque, contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 10 de mayo de 2002.

<sup>36</sup> One factor of particular importance is the existence of a regulatory structure designed to deter and remedy anticompetitive harm. Where such a structure exists, the additional benefit to competition provided by antitrust enforcement will tend to be small, and it will be less plausible that the antitrust laws contemplate such additional scrutiny (540 U.S. 398 – 2004. *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices Of Curtis V. Trinko, Llp.*–No. 02-682).

<sup>37</sup> Artículo 7° del Texto Único Ordenado de las Normas de Interconexión – Resolución N°

en las modalidades de abuso de posición de dominio o como prácticas colusorias verticales. Para ilustrar dicha situación el artículo 9º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones señala lo siguiente:

***“Artículo 9º del Reglamento de la Ley de Telecomunicaciones.-***

*Por el principio de neutralidad, el concesionario de un servicio de telecomunicaciones, que es soporte de otros servicios o que tiene una posición dominante en el mercado, está obligado a no utilizar tales situaciones prestar simultáneamente otros servicios de telecomunicaciones en condiciones de mayor ventaja y en detrimento de sus competidores, mediante prácticas restrictivas de la libre y leal competencia, tales como limitar el acceso a la interconexión o afectar la calidad del servicio.” (Subrayado añadido)*

Se aprecia que tal principio intenta corregir cualquier tipo de práctica –basada en la posición de dominio o en la titularidad de alguna facilidad esencial– que le genere beneficio a un operador y correlativamente atente contra el competidor. En el fondo, asume los supuestos de negatividad de trato, aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, y la obstaculización de la entrada o permanencia del rival, insertos en el artículo 10.2 del D.L. 1034. Recordemos también que el regulador toma en cuenta el principio de libre y leal competencia, que si bien no posee contenido expreso en la normativa sectorial, apunta a que el acceso se realice en base a un balance entre incorporación de más competencia e incentivos para el mejoramiento de la infraestructura.

Por las razones que se argumentan a continuación, aseveramos que siempre que la norma regulatoria tenga como parte de su linderio interpretativo al principio de libre y leal competencia, las normas *antitrust* necesariamente deben ser inaplicables. Y ello se respalda en la decisión autónoma que el regulador ha considerado a la hora de expedirla, que puede recoger al proceso competitivo como bien jurídico protegido en mayor o menor intensidad dependiendo de la ponderación con otros intereses a tutelar. En virtud de ello, la aplicación de la supletoriedad no resulta definitiva en todos los casos, pues habrá circunstancias en que los objetivos de promoción de competencia no se localicen de modo alguno, en normas o principios regulatorios.

---

043-2003-CD/OISPTEL.- Los contratos de interconexión deben basarse en los principios de neutralidad, no discriminación, igualdad de acceso, y libre y leal competencia.

En ello consistiría el principal dilema de que la agencia de competencia se atribuya el conocimiento de un caso para el que existen otros dispositivos ajenos a su campo de aplicación, pues tendrá que examinar cuidadosamente si existe o no precepto que atienda un evento distorsionante de la competencia, prevea una medida correctiva por la afectación al mercado y reprenda la causa de la distorsión. La situación de INDECOPI se torna así más compleja dado que, a diferencia del OSIPTEL, custodia los sectores no sometidos a supervisión y fiscalización sectorial. En suma, sus órganos funcionales no pueden aplicar la norma regulatoria y, en consecuencia, no hay lugar a un procedimiento administrativo sancionador cuando de forma paralela exista otro que, pronunciándose sobre un mismo hecho, potencialmente sea desarrollado en una instancia regulatoria.

Por otro lado, la SDC expone—como motivo adicional para restringir el principio de supletoriedad— su preocupación por la disparidad de las sanciones entre las dos clases de normas. Por ejemplo, enfatiza que el reglamento de comercialización de GLP impone una multa que asciende a 20 UIT por el incumplimiento al intercambio de cilindros, pero que la ley de libre competencia puede sancionar hasta alcanzar las 1000 UIT, contingencia que impulsaría a las empresas infractoras a canalizar el procedimiento en las instancias del regulador.

Acerca de ello, Quintana (2003), en otro interesante estudio, manifiesta que el principio de supletoriedad reduce notoriamente la efectividad de las multas como mecanismo de carácter disuasivo de conductas anticompetitivas, especialmente cuando se tipifican aquellas que tienen mayor probabilidad de ocurrir o que retardan el desarrollo de la competencia en el sector<sup>38</sup>. Aunque comprendemos la problemática formulada por Quintana (2008), discrepamos de su posición.

En efecto, a nuestro modo de ver, si la escala de multas comprendida en las normas sectoriales es inferior a las que presenta la legislación de competencia, no resulta válido que para desincentivar conductas infractoras se aplique la norma general, haciendo caso omiso a principios que dan un orden y predictibilidad al derecho. En síntesis, no debe confundirse a la política sancionatoria con el esquema diseñado para el funcionamiento del sector; obrar a contrario, significa que la agencia de competencia, mediante sus sanciones, centralizará la planificación de mercados sujetos a condiciones especiales, lo que representa una gestión de regulación que atenta contra la esencia misma de la entidad.

---

<sup>38</sup> Quintana (2003), p. 110.

En el caso Alfasud-Repsol, el pronunciamiento de la SDC estuvo errado al no establecer qué bien jurídico protegían las normas del D.S. N° 01-94-EM. El Reglamento aborda múltiples temas<sup>39</sup>, entre los cuales podría incluirse el objetivo de promover la competencia, porque el deber de intercambiar cilindros y el castigo a su incumplimiento, paralizan cualquier intento esporádico de exclusión. Ciertamente, una multa de 20 UIT resulta irrisoria si se cuantifica el factible daño al proceso competitivo. Pese a ello, consideramos que el camino apropiado para corregir dicha distorsión es la mejora de la norma punitiva, en lugar de servirnos de la norma *antitrust* para efectos mediatos. Si nuestra máxima radica en la punición, elegiremos alternativamente la norma que encierre una pena mayor con prescindencia de su naturaleza y lo particular de su *ratio legis*. Y es que finalmente, el *quantum* de la multa no determina la competencia de la entidad.

Cabe agregar que la supletoriedad conlleva actuar “en defecto de”, es decir, aplicar normas complementarias que compartan un tenor semejante de aquella de la que se adolece. No supone aplicación concurrente. Esto guardaría congruencia con la composición del sistema jurídico, conservando una armonizada interpretación de normas y principios que tengan al Derecho como una estructura integral.

### **(ii) Las víctimas de la distorsión: la agencia de competencia y los administrados**

La resolución de la SDC en Alfasud contra Repsol, separa las categorías de regulación (en social y económica) y posibilita que INDECOPI pueda intervenir en sectores que ya se encuentran normalizados. En la práctica, este fallo involucra la intromisión en labores de control que ejecutan los organismos reguladores sobre mercados que por Ley les han sido designados.

Si la agencia de competencia analiza denuncias por prácticas que se encuentran contempladas en cuerpos normativos sectoriales, cuyos axiomas regulatorios encierran políticas *antitrust*, estos deberían basarse en los criterios y acciones que el

---

<sup>39</sup> Particularmente, la seguridad y la eficiencia productiva. Con obligaciones como el canje y la negativa de uso de bien ajeno se quiere lograr que las empresas recuperen sus cilindros e inviertan en la renovación del parque de balones, reduciendo las probabilidades de accidentes por mal estado del bien y evitando las fugas en el circuito de comercialización por la merma en la cantidad de balones distribuidos. No obstante, cabe decir que la regulación fue deficiente, ya que las empresas no recuperaban todos sus cilindros por intercambio y la cantidad de su ingreso al mercado no era contabilizado, lo que provocó comportamientos oportunistas derivados de la apropiación indebida por parte de algunas envasadoras.

regulador haya optado por desarrollar. Si bien es cierto que el ordenamiento admite distintas consecuencias jurídicas para un mismo hecho, éstas son eficaces –como ya se explicó– siempre que las normas presenten fundamentos heterogéneos. Por el contrario, si la agencia de competencia aplica sus normas generales, a pesar de tener correlato directo en dispositivos especiales, su pronunciamiento corregiría la decisión del ente regulador.

Por tanto, la aplicación restrictiva del principio de supletoriedad otorgando campo abierto a la legislación de competencia, supone atribuirle un rol indirecto al INDECOPI toda vez que se otorga a sus órganos funcionales el poder de sancionar conductas sujetas a la supervisión y fiscalización de entidades sectoriales especializadas<sup>40</sup>. Quiere decir que tanto la CLC como la SDC se convierten en instancias supra-reguladoras para todos los sectores que no sean monopolios naturales, porque reordenarían lo que la entidad sectorial dispone mediante su norma regulatoria “social” (que puede involucrar temas de competencia).

Igualmente, y en concordancia con lo mencionado en el acápite (i), un inconveniente adicional es la doble vía procedimental. Tenemos, pues, que una aplicación limitada del principio de supletoriedad permite la tramitación de dos procedimientos administrativos en dos entidades, y ello porque se entiende que hay competencia concurrencial y también difusa. En ese orden, los órganos del INDECOPI son independientes de los órganos que conforman a los Reguladores, cada uno es autónomo al investigar y resolver un procedimiento; y, por ello mismo, ninguno está por encima del otro. No existe relación de jerarquía-subordinación.

A manera de ejemplo, podría plantearse una situación hipotética como la siguiente: ante una negativa de canje de cilindros de GLP, la empresa afectada –motivada por la mayor multa que recoge la norma de competencia– decidirá denunciar ante la CLC del INDECOPI, la cual daría trámite al expediente conforme a la resolución de la SDC. Pero ¿qué pasaría si la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos (GFHL)<sup>41</sup> del OSINERGMIN iniciara de oficio, en ejercicio

---

<sup>40</sup> Patrón (2008) pp. 407 – 408.

<sup>41</sup> Las personas naturales o jurídicas peruanas o extranjeras que realizan actividades de Hidrocarburos Líquidos y Gas Licuado de Petróleo (GLP), califican como administrados y se encuentran bajo el ámbito de competencia de supervisión y fiscalización de la Gerencia de Fiscalización de Hidrocarburos Líquidos de OSINERGMIN. Asimismo, califican las personas naturales o jurídicas que tienen la condición de administrados en los procedimientos a cargo de dicha Gerencia (Visítense: <http://facilito.osinerg.gob.pe/portal/pages/defensoria/preguntas.jsp>).

de su potestad fiscalizadora, un procedimiento administrativo sancionador contra la supuesta infractora?

En este escenario, se tendrían dos resoluciones que podrían ser eventualmente contradictorias. Puede ocurrir que la GFHL no determine la culpabilidad de la empresa que se negó al intercambio de cilindros porque la denunciante no insertó en el mercado la cantidad de balones que señaló o porque eran cilindros que inicialmente pertenecían a la imputada pero fueron rotuladas por la otra; sin embargo, la CLC podría determinar que dicha empresa sí se negó al intercambio, configurando una negativa de trato injustificada. Es decir, por un lado, tendríamos a un regulador que no pudo comprobar la negativa de canje; y, por otro, una agencia de competencia que sí determinó responsabilidad por comprobar el hecho denunciado.

Ello nos lleva a creer que alguna de las dos entidades sí ejecutó una correcta labor de inspección y que la otra no lo hizo, a pesar de tener ambas las mismas facultades de investigación<sup>42</sup>. Dado esto, otra vez observamos lo sintomático de la supletoriedad restrictiva: ¿corregiría el INDECOPI el trabajo de supervisión y fiscalización del Regulador? Siguiendo esta senda, ¿debería pagar el imputado la multa si la otra entidad lo exculpó por un hecho nunca cometido? ¿Se ha violado el debido procedimiento?

Otro efecto de la resolución que vale revelar es la creación de un nuevo tipo de infracción a la LRCA: nos referimos a una vulneración de las normas de libre competencia por incumplimiento de normas sectoriales. Este es el supuesto que yace en el derecho de la competencia desleal cuando se sancionan actos desleales por violación de normas. Aunque para que este supuesto se encuentre previsto, las entidades sectoriales han reconocido que el objeto de protección presente en las normas de competencia desleal es diametralmente opuesto a lo que persiguen las disposiciones regulatorias. En otras palabras, mediante esta figura, se han

---

<sup>42</sup> Así, el artículo 5º de la Ley Marco de Organismos Reguladores de la INVERSIÓN Privada en los Servicios Públicos, Ley N° 27332, señala que: “*Los Organismos Reguladores gozarán de las facultades establecidas en el Título I del Decreto Legislativo N° 807*”.

Artículo 1º del D.L. 807.- Las Comisiones y Oficinas del Indecopi gozan de las facultades necesarias para desarrollar investigaciones relacionadas con los temas de su competencia. Dichas facultades serán ejercidas a través de las Secretarías Técnicas o Jefes de Oficinas y de los funcionarios que se designen para tal fin. Podrán ejercerse dentro de los procedimientos iniciados o en las investigaciones preliminares que se lleven a cabo para determinar la apertura de un procedimiento.

establecido competencias implícitas para que cada entidad se pronuncie –separada y válidamente– por vulneraciones a diferentes cuerpos normativos.

Si esto se confirma, el desenlace al que nos lleva la restricción de la supletoriedad en sucesos de doble tipificación es el empleo de una equívoca integración<sup>43</sup>. La integración es una técnica jurídica que sirve para superar lagunas legales; y ello no ocurre en el caso, porque sí existe norma que tipifica la conducta. A su vez, vía integración, se prohíbe recurrir a la analogía cuando violenta contenidos normativos explícitos como el principio de tipicidad (sancionar cuando no existe tipo), y el principio de legalidad (la administración sólo puede hacer lo que la ley dice).

En suma, una aplicación parcial del principio de supletoriedad genera una incongruencia en el ordenamiento jurídico, creando fisuras aparentes en el sistema que devienen en la restricción indebida de derechos (por aplicación de analogía), apartando las competencias atribuidas a determinadas entidades y promoviendo el eventual “choque de tribunales”, lo cual resta carácter garantista al régimen administrativo sancionador por posibles fallos contradictorios y la consiguiente falta de predictibilidad del mismo.

### **(iii) Propuesta de interpretación**

A lo largo del presente artículo, se ha puesto en relieve la necesidad de armonizar el principio de supletoriedad con otros principios que encausan la operatividad del Derecho. Para evadir toda contradicción por inconsistencias de aplicación normativa, priorizamos el estudio de la disposición regulatoria en aras de descubrir su objeto de protección. En buena cuenta, se desea encontrar la voluntad del legislador cuando el contexto enfrenta la aplicación de dos normas.

Así, por ejemplo, de la revisión del artículo 3° de la LRCA, notamos que el legislador ha optado por desplazar las normas de competencia ante escenarios cubiertos por una ley sectorial. Esta exención legal de conductas puede ser consecuencia de la valoración por prácticas de importancia decisiva en el desarrollo del sector o porque existe consenso de regularlas. Análogamente, cuando una norma sectorial de rango infralegal disponga o prevea una conducta, la norma de

---

<sup>43</sup> La integración jurídica, a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta al caso planteado. La integración jurídica no aplica normas sino que en realidad crea una norma para el caso (Rubio Correa (2003) p. 285).

competencia debería, en principio, ser relegada. Sin embargo, en este último caso, existen ciertos matices a examinar que se ilustran a continuación.

- Una conducta se encuentra “tipificada” por la normativa sectorial y la legislación de competencia

Si un acto anticompetitivo está comprendido en el tipo previsto por la norma regulatoria y, al mismo tiempo, en la ley *antitrust*, se tendrá que observar cuál es el fundamento que posee cada una. Si el bien jurídico tutelado por ambas es el mismo (v.g. el proceso competitivo), entonces corresponderá incidir en el principio de supletoriedad y la norma sectorial se aplicará por revestir de un carácter especial. Adversamente, si el bien jurídico a tutelar es diferente (v.g. la prestación del servicio público como obligación del concesionario que sólo rescatan las normas sectoriales), no se actúa el principio de supletoriedad; y, por tanto, ante infracciones independientes, las dos normas pueden ser aplicadas.

- Una conducta se encuentra “enunciada” por la normativa sectorial y tipificada por la legislación de competencia

Si un acto anticompetitivo se halla dentro de la norma regulatoria como conducta prohibida mas no hay sanción por incurrir en ella, y dicha acción sí tiene un correlato punitivo en la ley de competencia, no se ejercita el principio de supletoriedad. La razón de esto reside en la imposibilidad de que se instruya un procedimiento administrativo sancionador en el régimen sectorial por la consecución de la conducta, el cual sí tendría cabida en el foro *antitrust*. Por ello, esta ausencia de juzgamiento habilita la aplicación de la norma de competencia.

En contraste, bajo la hipótesis de que el tipo de infracción no se encuentre determinado, pero exista alusión genérica a un principio regulatorio cuyo incumplimiento acarrea sanción, se aplica el principio de supletoriedad.

- Una conducta se encuentra “permitida” por la normativa sectorial y es tipificada por la legislación de competencia

Si un acto anticompetitivo se lleva a cabo como parte de las decisiones que ha trazado la entidad sectorial, contraviniendo las leyes de competencia, el principio de supletoriedad se aplica. Se desatiende a las normas de competencia porque, como parte de las funciones que la Ley le ha encomendado al regulador, la autorización de conductas que afecten a la competencia, implica dar prioridad a otros objetivos

que resulten de sumo valor para el desarrollo de una industria determinada en un plazo definido.

No obstante, si aquella conducta fuera parte de un acto administrativo que excede las atribuciones delegadas a la entidad sectorial, corresponde adoptar la legislación de competencia para detener los efectos nocivos sobre el mercado. La misma suerte seguiría la conducta de un agente económico que supere la frontera del mandato regulatorio, esto es, que vaya más allá de lo que se le autorizó.

De los tres escenarios expuestos, es posible distinguir dos elementos fundamentales para la selección de la norma. En primer lugar, se encuentra *el bien jurídico a tutelar o el interés protegido por la norma*, sobre el cual ya hemos sido reiterativos. El segundo elemento sería el *tipo de medida regulatoria empleado* sobre las conductas con efectos anticompetitivos. Siendo un poco más gráficos: si se ha optado por una fijación tarifaria para el acceso a la infraestructura y las condiciones para su uso<sup>44</sup>, no es atendible procesar a una empresa por negativas de trato, o cualquier modalidad de abuso de posición dominante, que repercuta en el precio o las formas de prestación de la instalación esencial.

En virtud de lo antes mencionado, señalamos que el legislador ha preferido la regulación debido a la complejidad o a las características particulares de la industria, anticipando de esta forma cualquier posible afectación a la competencia. Por ello, el conjunto de reglas e instrumentos que tiene a su disposición el regulador para ordenar un sector<sup>45</sup> sugiere a la autoridad de competencia abstenerse de aplicar la legislación *antitrust* en esa situación particular.

Con el objeto de minimizar los costos de seguridad jurídica y consistencia del modelo institucional, en el ámbito europeo se han tomado medidas para el intercambio de información, reglas formales de abstención, delimitación de competencias, e incluso participación recíproca en procedimientos entre autoridades de competencia y organismos reguladores. Por ejemplo, en el mercado de las telecomunicaciones, desde el plano internacional, las autoridades nacionales de regulación (ANRs) tienen la obligación de facilitar a la Comisión Europea toda la información relevante para

---

<sup>44</sup> Como ocurre con los costos de adecuación de red y el uso compartido de enlaces en telecomunicaciones, el peaje por conexión en los sistemas de transmisión eléctrica, o el cargo de acceso a las rampas en los aeropuertos.

<sup>45</sup> Representado por una serie de parámetros de conducta, procedimientos de supervisión, la presencia de un organismo regulador y el castigo por el incumplimiento de deberes.

que cumpla con sus funciones, como el hecho de solicitarles el retiro de un proyecto de medida que afecte a la definición de un mercado relevante o la designación de los operadores con poder significativo de mercado<sup>46</sup>.

En el ámbito nacional, la normativa comunitaria señala la obligación de garantizar la necesaria coordinación y cooperación entre los ANRs y las autoridades de competencia en casos de interés común, así como la obligación de proporcionarse recíprocamente la información necesaria para llevar a cabo sus funciones. Así, en el caso español, la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones pone en conocimiento del Servicio de Defensa de la Competencia aquellas conductas que presenten indicios de ser contrarias a la ley *antitrust*, comunicando todos los elementos de hecho a su alcance y su dictamen no vinculante sobre los mismos<sup>47</sup>.

Coincide con el modelo descrito por Quintana (2008), quien plantea dos esquemas de organización funcional: centralizada y descentralizada. Por el primero, el regulador debe *prima facie* definir si se aplica la regulación sectorial o la norma de competencia; si elige la regulación sectorial tiene que observar su impacto sobre el mercado. Por el segundo, el regulador realizará una consulta informativa a la autoridad de competencia para que evalúe el impacto de la regulación sectorial en las condiciones de competencia<sup>48</sup>.

Esta forma de lograr una mayor coherencia en el ordenamiento jurídico sería viable si se delimitan mejor las competencias de cada entidad y se posiciona la institucionalidad de la agencia de competencia para incidir exclusivamente sobre el terreno “libre” de regulación. Aunque desde nuestro punto de vista, el regulador necesariamente tendría que aplicar la norma sectorial porque es parte de su función fiscalizadora, y no avocarse sobre la norma *antitrust* salvo que también concentre en su interior la naturaleza de agencia de competencia. En cuanto al informe vinculante que expida el INDECOPI, según propone Quintana, éste tendría por finalidad el incremento de la multa por los efectos perjudiciales sobre la competencia<sup>49</sup>.

---

<sup>46</sup> Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado bajo el marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (2002/C DICE, en: Diario Oficial de las Comunidades Europeas de fecha 11 de julio de 2002).

<sup>47</sup> Calviño (2006) p 67.

<sup>48</sup> Quintana (2008), p.136.

<sup>49</sup> Esto sería factible como agravante en la medida que se incumpla el principio de libre y leal competencia, y otros de carácter similar, que albergan los reglamentos sectoriales.

## V. Comentarios finales

Durante la exposición de nuestras ideas, se ha procurado proyectar una solución a la disyuntiva derivada de la concurrencia entre normas sectoriales y normas de competencia. Lamentablemente, este incidente jurídico ocurre porque existen zonas grises que emanan de facultades y funciones no bien delimitadas, provocando –si vale el término– un conflicto positivo de competencia no declarado. Por tal razón, el análisis se ha basado en el principio de especialidad, en tanto principio general del derecho, y del *non bis in idem*, como principio parte del régimen administrativo sancionador, para mantener la unicidad del derecho frente a zonas inciertas.

La metodología utilizada para aplicar el principio de supletoriedad es paralela al estado de los principios mencionados; y, en tal sentido, obedece a lo que terminológicamente la supletoriedad supone, esto es: aplicación en defecto de norma. Pese a ello, en el presente artículo no se ha abogado por la supletoriedad en un sentido absoluto, pues aun cuando exista regulación específica, quedarán aspectos ambiguos que requieran evaluación complementaria.

Supongamos un caso similar al de Practimar Ilo contra ENAPU analizado en la sección II del presente artículo, en el cual el concesionario le niegue a una empresa, dedicada a la prestación del servicio de amarre y desamarre de naves, el acceso al terminal portuario para ofertar sus servicios a usuarios del muelle, bajo la excusa de no haber elaborado los lineamientos y el reglamento de acceso, que posteriormente tendrían que ser remitidos a OSITRAN. Esto podría configurar una práctica anticompetitiva por dilatar el período de tiempo para retrasar la entrada de un competidor. En tal sentido, desplazar de llano las normas *antitrust* no sería la mejor alternativa, en aquellos casos en que el regulador se encuentra inactivo o no adopta decisiones para resolver distorsiones al proceso competitivo.

Similarmente, en el caso Alfasud–Repsol, las conductas exclusorias han tenido cabida por la escasa supervisión de las normas de competencia sobre el sector de hidrocarburos. La reducida coacción al cumplimiento del artículo 53° del N° 01-94-EM, acompañado del mal diseño regulatorio (sobrecostos que se generan para la permanencia de los actores en el mercado minorista de GLP), haría deseable aplicar la legislación de competencia para detener las distorsiones habidas.

En virtud de lo anterior, básicamente el origen del problema se situaría en las exiguas tareas de fiscalización y supervisión que desempeñan algunos reguladores, cuyos insuficientes intentos terminan siendo aún más graves que las fallas normativas de su sector. No obstante ello, debemos comprender que los campos donde yace regulación se encuentran cercados. Ello no implica el desplazamiento absoluto de las normas de competencia, sino que se presume y considera que la entidad sectorial, a la hora de ejercer su función normativa y reguladora, ha tomado la decisión evaluando necesariamente el mercado; y ello implica que, de algún modo, ha previsto el impacto sobre la competencia.

Puede que el análisis regulatorio haya sido deficiente y que la norma producida sea negativa para la competencia, pero existe y ha derivado de un mandato soberano que no puede desconocerse. La legislación *antitrust* no puede corregir ese desperfecto, para ello existen los canales que la Ley ha diseñado: i. acción popular para inaplicar un reglamento, ii. acción de inconstitucionalidad para expulsar una ley; o iii, una acción de amparo en situaciones de daño potencialmente irreparable, entre otras.

El presente artículo no propugna que el rol del INDECOPI esté subordinado a paradigmas regulatorios, mas sí que sea cuidadoso en la aplicación de las funciones que le han sido asignadas. La mayoría de espacios abiertos por la regulación resultan ser terrenos donde las normas de competencia coexisten con otros objetivos de políticas públicas. Al mismo tiempo, tampoco conlleva a un repliegue en sus atribuciones si no hay muestras de una voluntad de corregir distorsiones evidentes por la vía de mandatos legales o administrativos.

Finalmente, en modo alguno lo afirmado en el presente artículo pretende desconocer los beneficios que produce la libre competencia para los consumidores y para el sistema económico en general. Es más, consideramos que la desregulación progresiva es señal de éxito; por lo que ante vacíos normativos o a falta de sanción de una conducta meramente enunciada por la regulación, resultan aplicables las disposiciones de libre competencia. Por supuesto, arribar a una conclusión en la que se erija un muro infranqueable entre normas de naturaleza, antes que antagónica, complementaria, significaría aislar salidas a problemas como los expuestos.

## Referencias

- CALVIÑO SANTAMARÍA, Nadia (2006). “Regulación y Competencia en Telecomunicaciones: Los Retos derivados del Nuevo Marco Normativo”. En: *Telecomunicaciones y Audiovisual: Regulación, Competencia y Tecnología*. Lima, Setiembre-Octubre N° 832.
- GUERRA MONTES DE OCA, Jaime (2003) *Importancia del COES en el sector eléctrico: Principales logros a los 10 años de su creación*. Material de Trabajo Agosto Mimeo.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos (2007). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica. Sexta edición, junio.
- PATRÓN SALINAS, Carlos (2008). *El que Mucho Abarca, poco Aprieta: del llamado Principio de Supletoriedad en Materia de Libre Competencia*. En: Lima: Derecho y Sociedad N° 30, p. 407.
- QUINTANA SÁNCHEZ, Eduardo (2003). “¿Es la política de competencia supletoria de la regulación de telecomunicaciones?”. Lima: Ius Et Veritas N° 27.
- (2008). *Normas de competencia en industrias reguladas*. Revista de Economía y Derecho. Lima: UPC, vol. 5, N° 19.
- RUBIO CORREA, Marcial (2003). *El Sistema Jurídico*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP. Octava Edición.