

CASOS Y METODOLOGÍAS

EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA POTESTAD DEL INDECOPI PARA IMPONER MEDIDAS COMPLEMENTARIAS: ANÁLISIS DE LA SENTENCIA N° 1963-2006-PA/TC (CASO DINO)

CÉSAR HIGA*
INDECOPI

Resumen

El objeto del presente trabajo es analizar, mediante el uso de herramientas provenientes de la lógica y la teoría de la argumentación, el razonamiento desarrollado en la sentencia del Tribunal Constitucional que reconoce la potestad del INDECOPI para emitir medidas complementarias en los casos de infracción a las normas de libre competencia, que fuera dictada en el Expediente N° 1963-2006-PA/TC (Caso Dino).

I. Antecedentes¹

El caso objeto de pronunciamiento del Tribunal Constitucional en virtud del cual éste reconoce la potestad del INDECOPI para imponer medidas complementarias tiene su origen en la denuncia que, por presunto abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas en el mercado de distribución de cemento y otros materiales de construcción, presentara Depósitos Santa Beatriz S.R.L. (en adelante, Santa Beatriz) ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI contra la empresa Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L.² (en adelante, Dino) el 16 de enero de 2001.

* Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente se desempeña como asistente senior de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI.

Los comentarios y críticas que, con seguridad, se puedan formular al presente trabajo se pueden dirigir al siguiente correo electrónico: higa.cesar@gmail.com

¹ A efectos de no recargar innecesariamente los antecedentes y la exposición del presente trabajo, he creído conveniente explicitar aquellos necesarios para el análisis de la sentencia del Tribunal Constitucional referidos a la facultad del INDECOPI para emitir medidas complementarias. Para mayor información sobre los antecedentes del caso puede revisarse la página web del Tribunal: <http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia-sentencias.shtml?x=1963> o remitirme una dirección de correo electrónico al cual pueda enviar las resoluciones relevantes del caso.

² Empresa con posición de dominio en el mercado de distribución de cemento y otros productos

Santa Beatriz denunció que Dino le ofreció cemento a S/. 13,97 para el cemento tipo 1 y S/. 13,85 para el cemento tipo 1Co/MS, mientras que el precio para empresas afiliadas a la red de subdistribuidoras de Dino era de S/. 13,70 para el cemento tipo 1 y S/. 13,57 para el cemento tipo 1Co/MS³. Según Santa Beatriz, el diferencial de precios constituía un abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de discriminación, pues carecía de justificación debido a que su empresa adquiriría volúmenes de cemento mayores a los adquiridos por los afiliados; y, es más, a que realizaba el pago adelantado, a diferencia de las empresas afiliadas que gozaban de un crédito a cinco días.

Asimismo, Santa Beatriz señaló que el contrato de afiliación a la red de subdistribuidoras de Dino contenía la obligación mediante la cual las empresas afiliadas debían proveerse, además del cemento, de otros materiales de construcción, única y exclusivamente de esta empresa, lo cual constituiría un abuso de posición de dominio en el mercado en la modalidad de ventas atadas⁴.

Mediante Resolución N° 006-2005-INDECOPI/CLC, la Comisión de Libre Competencia declaró infundada la denuncia presentada por las empresas Depósitos Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. Tal resolución fue apelada ante la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, segunda instancia administrativa.

La Sala de Defensa de la Competencia, mediante Resolución N° 0256-2006/TDC-INDECOPI, revocó la Resolución N° 006-2005-INDECOPI/CLC y declaró fundada la denuncia interpuesta en contra de Dino por abuso de posición de dominio, y le ordenó en calidad de medida complementaria “el cese inmediato y definitivo de las conductas constitutivas de abuso de posición de dominio en el mercado (...)”⁵.

de construcción en la región norte del Perú, esto es, que puede actuar de manera independiente a sus competidores, sus clientes o los consumidores.

³ Conforme a lo señalado por Santa Beatriz, para comercializar cemento se veía obligada a recurrir a Dino, pues esta empresa tenía a su cargo el 85% de la distribución de cemento en todo el norte del Perú (el otro 15% estaba a cargo de Romero Trading S.A.); sin embargo, no aceptó dicha oferta porque las condiciones ofrecidas la convertían en un simple subdistribuidor en todas las líneas de productos ofrecidos por Dino.

⁴ Cabe referir que, el 29 de enero de 2001, Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L. y Comercial Quiroga S.R.L. también presentaron una denuncia en contra de Dino y Cementos Pacasmayo S.A.A. por presuntas infracciones a los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo N° 701, en la cual se referían a las mismas infracciones denunciadas por Santa Beatriz y añadían una supuesta negativa injustificada a vender el cemento por parte de Cementos Pacasmayo S.A.A.

⁵ La Sala fundamentó su decisión señalando que la conducta de Dino, consistente en establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores, es un ejercicio expreso de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de esta

En vista de tal pronunciamiento, el 5 de abril de 2005, Ferretería Salvador S.R.L., (en adelante, la Ferretería)⁶ interpuso un recurso de amparo en contra del INDECOPI por considerar que se había violado su derecho al debido proceso, a la libre iniciativa privada, a la libre empresa y a la libre contratación.

Los principales argumentos de la Ferretería fueron los siguientes:

- El mandato del INDECOPI implicaba dejar sin efecto el contrato de representación que había celebrado con Dino, lo cual vulneraba su derecho constitucional a la libre contratación;
- El INDECOPI no tenía facultades para declarar la invalidez de un contrato, dado que ello sólo puede ser declarado por el Poder Judicial;
- El Indecopi también había incurrido en una violación de su derecho al debido proceso dado que nunca fue emplazada al procedimiento, pese a que la decisión de esta entidad afectaba su situación jurídica.

En su momento, el Tribunal Constitucional se pronunció declarando infundada la demanda de amparo en todos sus extremos señalando lo siguiente: (i) el INDECOPI sí tenía facultad para emitir medidas complementarias a las multas; y (ii) no se había violado el derecho al debido procedimiento de la Ferretería.

En tal sentido, el presente trabajo se centrará en las razones que utilizó el Tribunal Constitucional para fundamentar ambos extremos de su pronunciamiento; es decir, analizar, empleando herramientas lógicas y de la teoría de la argumentación, el razonamiento adoptado por el Tribunal Constitucional para justificar su fallo referido a que el INDECOPI sí tenía facultades para emitir medidas complementarias. En nuestro análisis seguiremos el esquema de la sentencia del Tribunal Constitucional.

II. La potestad de dictar medidas complementarias por parte del INDECOPI

Con relación al extremo referido a si la orden de cese del INDECOPI vulnera el derecho a la libertad contractual de Dino y otros derechos conexos, así como

empresa con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores, lo que constituye un acto de explotación abusiva exclusoria, únicamente posible gracias a su posición dominante. Asimismo, la conducta de Dino consistente en imponer como condición de afiliación la compra exclusiva de todos los materiales de construcción a ésta constituye un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de contratos ligados.

⁶ Resulta importante señalar que la Ferretería es una empresa que, de manera exclusiva, comercializa los productos de Dino, en virtud a un contrato de representación exclusiva con esta última celebrado el 15 de noviembre de 2004.

si el INDECOPI tenía competencias para emitir este tipo de medidas, el Tribunal Constitucional analizó los siguientes aspectos:

- Los límites del derecho a la libertad contractual frente a otros bienes o derechos constitucionales.
- Si el INDECOPI tiene facultades para emitir medidas complementarias. En este punto, el Tribunal Constitucional asimiló la orden de cese como si fuera un tipo de medida complementaria; lo cual, como se verá más adelante, no es tan acertado.

2.1. El derecho a la libertad contractual frente al principio de libre competencia. ¿Cuál es el contenido del derecho a la libertad contractual que garantiza el artículo 2.14 de la Constitución?

Según la Ferretería, el mandato que le impuso el INDECOPI a Dino implicaba que esta empresa no pudiese cumplir con el contrato que tenían celebrado ambas empresas, lo cual vulneraría su derecho a la libre contratación.

Sobre este punto, el Tribunal Constitucional argumentó que para que un acuerdo contractual se encuentre protegido por los artículos 2.14⁷ y 62⁸ de la Constitución,

⁷ **Constitución Política del Perú.**

“**Artículo 2º.** Toda persona tiene derecho:

(...)

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

(...)”

De este artículo se puede señalar que (i) toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos. Esta norma, consideramos, es lo mismo que decir que (ii) toda persona tiene derecho a contratar siempre que no contravenga leyes de orden público.

Ambos enunciados (i) y (ii) tienen el mismo significado, pues contienen la misma norma, sólo que con diferentes palabras. La ventaja, creemos, se encuentra en que el enunciado (ii) da más información que el enunciado (i). Decimos que ambos enunciados tienen el mismo significado, por cuanto, para nosotros, el término *lícito* significa que no es contrario a normas de orden público. En ese sentido, se puede reemplazar la palabra *lícito* por la frase “siempre que no contravengan normas de orden público”, sin pérdida de significado alguno, o viceversa. Sin embargo, la utilización de la palabra *lícito* tiene una ventaja al simplificar la exposición. Ahora bien, ¿qué significa que una persona tenga el derecho a contratar siempre que no contravenga normas de orden público?

Desde nuestro punto de vista, lo que quiere decir el artículo 2.14 de la Constitución es que las partes se encuentran prohibidas de celebrar acuerdos que vulneren normas de orden público. Si las partes realizan una conducta que vulnera una norma de orden público, ellas serían responsables por dicha actuación, sin que puedan evitar la sanción que corresponda alegando que la realizaron al amparo de un acuerdo contractual. De lo anterior, se puede afirmar que toda conducta que atente contra normas de orden público se encuentra prohibida.

⁸ **Constitución Política del Perú.**

“**Artículo 62º.** La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser

éste no debe vulnerar normas de orden público. El derecho a contratar sólo protege acuerdos que no sean contrarios a normas de orden público⁹. Esta es una norma dirigida a los ciudadanos, esto es, regula qué conductas están permitidas a los ciudadanos, aspecto que resultará importante como veremos más adelante.

Desde nuestro punto de vista, este argumento es correcto. Si un determinado acuerdo contractual vulnera una norma de orden público, como es el caso del principio de libre competencia, las partes no pueden pretender que su contrato sea exigible.

En el caso de la libre competencia, éste es un principio institucional de carácter público. Por principio institucional se entiende aquel que es necesario para que las reglas, directrices o principios sustantivos que integran el ordenamiento jurídico, o de un sector de éste, puedan funcionar eficazmente. Dentro de esa línea de razonamiento, el principio de libre competencia cumple un papel gravitante para el funcionamiento del mercado, lo cual permitirá que, por ejemplo, derechos de contenido económico puedan ser ejercidos efectivamente en la realidad.

Una idea interesante que conviene traer a colación es la formulada por Garzón Valdés respecto de que el mercado es una institución suicida¹⁰. En su ensayo, este autor señala que el mercado no es algo bueno en sí mismo, sino que su valor depende de los bienes primarios que permite alcanzar o garantizar. El valor del mercado es sólo instrumental¹¹. Se podría agregar que el único fin en un Estado constitucional es la persona humana, todo lo demás, instituciones, mecanismos de toma de decisión, etc., sólo tienen valor en tanto permitan el bienestar y el desarrollo de las personas. Por ello, si bien el mecanismo de toma de decisión democrática y el de asignación de recursos son los mecanismos privilegiados en la sociedad, ellos pueden ceder a otros mecanismos en caso sean insuficientes para garantizar y proteger los derechos de la persona. Incluso cuando el resultado de sus procesos vulneran los derechos de las personas, esta decisión pierde toda legitimidad, así sea fruto del proceso democrático o de una transacción de mercado¹².

modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades. No pueden ser modificados legislativamente, sin perjuicio de la protección a que se refiere el párrafo precedente”.

⁹ Ver nota al pie N° 7.

¹⁰ Garzón (2000), pp. 17-110.

¹¹ *Ibid.*, pp. 106-107.

¹² Uno de los casos citables respecto de una democracia suicida es la Alemania nazi.

En tal sentido, si bien la Constitución peruana ha adoptado al mercado como principal mecanismo para la asignación de bienes y servicios en la economía, también reconoce los peligros que podrían presentarse en caso no se controlen las insuficiencias o excesos a que pueda dar lugar esta institución. Por ello, la Constitución establece la libre competencia como uno de los principios institucionales que permitirá corregir las posibles fallas del mecanismo de mercado en aras de maximizar el bienestar social.

De no existir competencia, es probable que diversos derechos no puedan ser ejercidos efectivamente y, además, no exista una correcta asignación de recursos en la sociedad. Por ejemplo, en el caso de mercados monopólicos, la libertad de contratación es sólo una ilusión o, en todo caso, es ejercido sólo por el monopolio. En ese sentido, imaginemos un monopolio en la provisión de servicios telefónicos o de agua; si los consumidores desean acceder a éstos, tendrían que aceptar todas las condiciones impuestas por la empresa monopólica del sector, es decir, no tienen capacidad de elección. Si bien la Constitución les garantiza el derecho a la libertad contractual a los consumidores, en este caso, ello no será más que ficción. Obviamente, el monopolio sí tiene el derecho a contratar incólume, pues puede decidir con quién y cómo contrata.

El principio de libre competencia trata de cambiar esta situación, intenta que los consumidores puedan recuperar su libertad de elección en los hechos y que esto no sólo sea una mera declaración jurídica. Ciertamente, la competencia además tiene otros efectos sobre el bienestar de los consumidores, pues permite la producción de todos los bienes y servicios al mínimo costo social. Ambos argumentos sustentan que el principio de libre competencia deba ser considerado un principio institucional.

Si no se pudiese controlar, por ejemplo, el efecto perjudicial que pueden tener los monopolios, sobre todo en ciertos bienes considerados básicos, el mercado puede terminar vulnerando los derechos de las personas y socavando, poco a poco, su legitimidad en la sociedad. La libre competencia es uno de los principios de orden público clave para evitar este suicidio del mercado.

Por ello, la afirmación de la Ferretería y Dino referida a que el mandato del INDECOPI vulnera su derecho a contratar no tuvo en cuenta los límites que tiene ese derecho, siendo el principio de libre competencia uno de ellos.

2.2. El principio de legalidad y la facultad de dictar medidas complementarias por parte del INDECOPI. El artículo 62 de la Constitución

La Ferretería señala que el INDECOPI sólo puede imponer multas, mas no ordenarle el cese de conductas o, de manera más general, no puede imponer medidas complementarias a la imposición de multas. Esta afirmación se sustentaría en las siguientes razones: (i) el artículo 62 de la Constitución establece que la vía para resolver los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, y (ii) el Decreto Legislativo N° 701 sólo le permite imponer multas al INDECOPI, mas no le faculta para emitir otro tipo de medidas.

La respuesta del Tribunal Constitucional a este argumento se encuentra en los siguientes párrafos de su sentencia:

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

26. Otro de los argumentos alegados por los demandantes para cuestionar la decisión del INDECOPI fue sostener que dicho organismo únicamente está facultado para imponer sanciones económicas (multas)¹³ conforme a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto Legislativo N° 701.

Efectivamente, el INDECOPI está facultado para establecer sanciones pecuniarias por las infracciones cometidas contra lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 701; pero ello no implica que se encuentre imposibilitado de dictar medidas complementarias –distintas a las sanciones– justamente para hacer efectivo lo previsto en dicho dispositivo legal. Afirmar que la actuación del INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones

¹³ Alegatos de los abogados del demandante, expuestos en vista de la causa de fecha 9 de mayo de 2005.

pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la ley y la Constitución, como por ejemplo ordenar el cese de las conductas infractoras, sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 701 establece que el objetivo de dicha ley es “eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (...)”. Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan sólo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad.

(El énfasis es nuestro)

De acuerdo con el Tribunal Constitucional, el INDECOPI, además de sanciones, puede imponer medidas complementarias que permitan lograr los fines del Decreto Legislativo N° 701. De manera más específica, el Tribunal Constitucional señala que el INDECOPI puede ordenar el cese de todas aquellas conductas que vulneren la libre competencia o los derechos de los consumidores.

Antes de empezar a analizar los fundamentos que sustentan la sentencia del Tribunal Constitucional conviene indicar que éste señala que la orden de cese de una conducta es una medida complementaria distinta de la sanción. En ese sentido, para el Tribunal Constitucional la sanción y la orden de cese de una conducta son actos que no se encuentran implicados; lo cual, como se verá más adelante, no es cierto. Por el contrario, creemos que la orden de cese de una conducta y la sanción por haberse realizado se encuentran implicadas lógicamente. Si se sanciona una conducta es porque está prohibida y, por lo tanto, no se puede realizar. Por ello, la orden de cese se deriva del enunciado que prohíbe la realización de una conducta.

A continuación, se analizará con detenimiento los fundamentos principales que, desde nuestro punto de vista, sustentan esta parte de la sentencia.

2.3. Análisis de la Sentencia N° 1963-2006-PA/TC

2.3.1. El argumento de reducción al absurdo

La utilización de este argumento se desprende de la lectura del siguiente considerando:

26. (...) Afirmar que la actuación del INDECOPI deba restringirse únicamente a establecer sanciones pecuniarias y no otras medidas complementarias para garantizar el cumplimiento de la ley y la Constitución, como por ejemplo ordenar el cese de las conductas infractoras, sería tan absurdo como admitir que en nuestro sistema jurídico los infractores pueden continuar con sus conductas contrarias a ley en la medida en que cumplan con pagar el costo económico de su infracción.

(...)

El Tribunal Constitucional señala que aceptar que el INDECOPI **sólo** puede imponer sanciones implicaría que, siempre que una empresa pague la multa impuesta, ésta podría seguir realizando la conducta objeto de sanción. Obviamente, esta consecuencia sería absurda, motivo por el cual se debe rechazar la premisa de la cual parte (que el INDECOPI sólo puede imponer sanciones)¹⁴. De este argumento no puede inferirse qué facultades tiene el INDECOPI, pero lo que sí puede deducirse lógicamente es que si el Indecopi sanciona una conducta es porque estaba prohibida y, por lo tanto, puede ordenar que no se siga realizando. El Tribunal Constitucional infiere que el INDECOPI puede ordenar el cese de conductas, que dicha entidad puede emitir medidas complementarias, lo cual no es necesariamente correcto o, por lo menos, no se ve la manera cómo ello puede deducirse de dicha afirmación.

¹⁴ Este argumento del Tribunal Constitucional tendría la siguiente estructura lógica:

p: el Indecopi puede imponer multas.

q: el Indecopi puede ordenar el cese de conductas.

r: el infractor paga la multa.

s: el infractor puede realizar la conducta infractora.

El INDECOPI puede imponer multas, pero no ordenar el cese de conductas, entonces si el infractor paga la multa, éste puede seguir realizando la conducta infractora. La estructura lógica sería la siguiente: $(p \wedge \neg q) \rightarrow (r \rightarrow s)$

$$\begin{array}{c} (p \wedge \neg q) \rightarrow (r \rightarrow s) \\ \neg (r \rightarrow s) \\ (p \wedge \neg q) \end{array}$$

En este caso, “s” es falso, por lo tanto, “r” tiene que ser verdadero, a efectos de que esta parte del argumento sea falso. Se entiende que “r” es verdadero, por cuanto si aceptan que el INDECOPI puede imponer multas, ellos tienen que pagarlas. Ahora bien, la primera parte del argumento $(p \wedge \neg q)$ tiene que ser falsa a efectos de que todo el argumento sea falso. La verdad de “p” es aceptada por todas las partes, esto es, que el INDECOPI puede imponer multas; por lo tanto, “q” tiene que ser verdadera, para que no “q” sea falso y, de ese modo, $(p \wedge \neg q)$ sea falso.

Como vemos, la verdad de la premisa “q” se demuestra lógicamente en este argumento, lo cual nos dice mucho sobre la potencia que tiene la lógica acerca de la validez de los argumentos jurídicos.

Parece que el Tribunal Constitucional asimila la orden de cese como si fuera un tipo de medida complementaria¹⁵. Para evitar ambigüedades respecto del concepto de medidas complementarias, el Tribunal Constitucional debió definir o, por lo menos, dar criterios que permitan identificar a qué tipos de actos se puede calificar como medidas complementarias, qué actos son sanciones y qué actos son simples derivaciones del enunciado que prohíbe una determinada conducta.

Sin profundizar sobre el concepto de medida complementaria, desde nuestro punto de vista, es toda aquella medida que puede emitir la autoridad a fin de corregir, reparar o remover los efectos desfavorables ocasionados por una conducta que vulnera la libre competencia. En ese sentido, la orden de cese de una conducta no sería catalogada como una medida complementaria, dado que no corrige, repara o remueve los efectos que pudo ocasionar en el mercado. Lo único que implica la orden de cese es no seguir realizando la conducta.

Por ello, la premisa del Tribunal Constitucional contiene un lado fuerte y uno débil. El primero estaría referido a que rebate el argumento de Dino y la Ferretería de que el INDECOPI no puede ordenarle que cese su conducta: para que haya una sanción tiene que haber una conducta prohibida. El lado débil es que sólo de este argumento no puede inferirse que el INDECOPI tenga facultades para imponer una medida complementaria.

Otra forma de ver este argumento es desde la perspectiva de las reglas primarias y secundarias¹⁶. La prohibición de una conducta se encuentra en el sistema de reglas primarias, esto es, el conjunto de normas que establece cuáles son las conductas prohibidas, permitidas u obligadas a realizar; mientras que las medidas que puede adoptar la autoridad al momento de resolver un caso concreto se encuentran en el sistema de reglas secundarias, es decir, el sistema de reglas que regula qué conductas puede realizar la autoridad.

Si lo anterior es cierto, de la afirmación de que cierta conducta se encuentre prohibida no puede deducirse que la autoridad esté facultada a emitir medidas complementarias que permitan eliminar los efectos perniciosos de esta conducta. Para ello, es necesario que el sistema de reglas secundarias haya establecido una norma de la cual pueda deducirse ello, lo cual ocurre en este caso, pero por otro argumento expuesto por el Tribunal Constitucional.

¹⁵ Si una conducta se encuentra prohibida, entonces ésta no se debe realizar.

¹⁶ Sobre la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias ver: Hart (1980), p. 99 y ss.

2.3.2. El argumento finalístico

En virtud a este argumento, se parte estableciendo cuál es la finalidad de la institución a efectos de determinar cuáles son las competencias necesarias para que el INDECOPI ejerza eficazmente su labor.

Este es un argumento fuerte que sustentaría la posibilidad de que el INDECOPI imponga medidas complementarias; sin embargo, el Tribunal no le dio el énfasis que se merecía¹⁷, tal como se aprecia en la lectura del siguiente considerando:

26. (...)

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 701 establece que el objetivo de dicha ley es “*eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (...)*”. Es claro, pues, que dicho objetivo no se cumpliría si tan sólo se sancionara económicamente la infracción, y no se ordenara el cese de las prácticas contrarias a la referida ley. Pero ello debe ser realizado por el INDECOPI bajo un test de razonabilidad y proporcionalidad.

Si la finalidad de la ley consiste en “*eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia (...)*”, entonces es razonable presuponer que el INDECOPI tiene todas aquellas facultades que sean necesarias para lograr dicho cometido, lo cual además se deriva de un mandato constitucional.

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 701 contiene una regla de fin¹⁸, cuya configuración sería la siguiente: si existe una conducta que daña la libre competencia, el INDECOPI debe eliminar *los efectos que causen* las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Ciertamente, las conductas que dañan la libre competencia están definidas por los artículos 5 y 6 del Decreto Legislativo N° 701, y podrían agregarse a la estructura de esta regla, pero ello la haría innecesariamente larga y confusa.

Se ha subrayado y enfatizado *los efectos que causen* las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, con el objeto de evitar la ambigüedad a que puede dar lugar este enunciado; ya que puede ser entendido de varias maneras, como se expresa a continuación:

¹⁷ Este argumento se consideró complementario al de reducción al absurdo antes mencionado, cuando bien pudo haber sido un argumento distinto que habría podido dar un mayor énfasis al que se dio.

¹⁸ Para efectos del presente trabajo, se está siguiendo la definición de regla de fin propuesta por Atienza y Ruiz (2005), pp. 30 y 34.

- En el sentido de que sólo puede ordenarse se deje de realizar aquella conducta que daña la libre competencia.
- En el sentido más amplio de emitir un mandato que elimine los efectos perjudiciales que puede haber ocasionado una conducta sobre la libre competencia.

No optamos por el primer significado del enunciado expresado en el artículo 1¹⁹ del Decreto Legislativo N° 701, por cuanto si uno analiza dicho artículo verá que el segundo enunciado hace referencia a que la actuación del INDECOPI debe procurar que la libre iniciativa privada se desenvuelva buscando el mayor beneficio de los consumidores y usuarios. La palabra *permitir* debe entenderse en el sentido de que el INDECOPI “debe hacer que” y no en el sentido de que la sola prohibición y sanción de las mencionadas prácticas tendrá como efecto natural el mayor bienestar de los consumidores. Aceptar esta última interpretación de la última frase del artículo 1 significaría darle un sentido explicativo más que de guía de la conducta humana, criterio generalmente utilizado en las normas.

Por ello, consideramos que este enunciado ordena que el INDECOPI debe realizar aquellas medidas que sean necesarias para lograr un estado de cosas en el que la libre iniciativa privada no perjudique a los consumidores y usuarios²⁰.

Para el Tribunal Constitucional, si el INDECOPI sólo impone una multa, habría casos en que no podría eliminar aquellas prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Por tal motivo, el INDECOPI debería disponer

¹⁹ **Decreto Legislativo N° 701.**

Artículo 1. La presente ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.

²⁰ Se podría criticar que el INDECOPI estaría interfiriendo con el derecho de los agentes económicos. Sin embargo, a ello se puede replicar que el derecho a la libre iniciativa privada es un derecho cuyo sustento es básicamente utilitarista, antes que un derecho vinculado con el desarrollo de la personalidad, la autonomía de las personas o la dignidad de las personas. Además, un punto que debe recalcar es que el INDECOPI sólo actuará para remover todo efecto dañino causado por una conducta que atenta contra la libre competencia, mas no ordenará qué deben hacer los agentes económicos. Esto responde más al principio del daño, es decir, se quiere eliminar los efectos dañinos de una conducta, mas no se dice a los agentes económicos cómo deben actuar. Se entiende que, en principio, la interacción entre oferentes y demandantes logrará ese cometido. Ello, además, responde al hecho de que es más fácil determinar qué produce daño a la sociedad que establecer qué conductas aumentan el bienestar social.

de las facultades necesarias para emitir una medida complementaria que permita eliminar los efectos de una práctica perjudicial al buen funcionamiento de la libre competencia. Esta es una cuestión empírica que debería evaluarse en cada caso concreto, en el cual se tendría que demostrar las medidas idóneas para eliminar los efectos perjudiciales que puede tener una conducta que daña la libre competencia.

2.3.3. El argumento procesal de competencia del órgano

El demandante manifiesta que, de acuerdo con el artículo 62 de la Constitución, la vía para resolver cualquier controversia que pudiese surgir de una relación contractual es la judicial o arbitral. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en vez de analizar si este caso se encuentra en el supuesto del artículo 62, no analiza el argumento de la Ferretería, sino que se desvía señalando que el contrato no era válido y, por tanto, no se encontraba protegido por el referido artículo.

El planteamiento de la Ferretería era procesal (quién era competente para resolver una controversia), mientras que el argumento que utiliza el Tribunal Constitucional para responder este argumento es sustantivo (si el ejercicio de una potestad –el derecho a contratar– fue o no ejercido correctamente), lo cual deja sin responder al argumento de la demandante, tal como se puede observar del fundamento N° 25 de la sentencia:

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

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

(El énfasis es nuestro)

El Tribunal Constitucional debió haber argumentado que, en este caso, el objeto de la discusión no consistía en resolver una controversia privada entre Dino y la Ferretería, sino en determinar si la conducta de Dino perjudicaba la libre competencia, que, como sabemos, es un asunto de interés público. Ahora bien, centrada la cuestión en discusión, había que determinar cuál es el supuesto regulado en el artículo 62 de la Constitución.

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

(El énfasis es nuestro)

Como puede apreciarse, las vías arbitral o judicial sólo son exclusivas y excluyentes en caso de conflictos derivados de una relación contractual. Así, si entre dos partes que celebran un contrato surge un problema que sólo afecta a ellas, las vías competentes sólo son, por mandato constitucional, la judicial y la arbitral. Esta norma no dice nada respecto a cuál es el órgano competente que ha de conocer aquellas conductas que atenten contra la libre competencia, motivo por el cual el artículo 62 no era aplicable al presente caso. La Constitución deja en poder del legislador la determinación del órgano que conocerá los posibles conflictos que puedan surgir por infracciones a la normativa de la libre competencia, así como de las facultades que tendrá dicho órgano para garantizar el principio de libre competencia.

Por ese motivo, la afirmación del demandante respecto a que la medida impuesta por el INDECOPI en el presente caso vulneraba el artículo 62 era falsa.

2.3.4. El argumento *a fortiori*

El Tribunal Constitucional señaló que si el INDECOPI tiene facultades para emitir una medida cautelar de cualquier tipo, que le permita asegurar el cumplimiento

de la decisión definitiva, es razonable que tenga estas mismas facultades al emitir su decisión final. Este es un tipo de argumento *a fortiori*.

El argumento *a fortiori* pertenece a la lógica de relaciones. Para que este tipo de argumento sea válido, según Carlos Alchourrón, es necesario que la relación sea transitiva y asimétrica²¹.

La relación entre una medida cautelar²² y una sentencia que importa para el presente caso se encuentra referida a las siguientes relaciones: (i) el mayor o menor convencimiento respecto de si los hechos objeto de prueba en el proceso han ocurrido o no, y (ii) el perjuicio que el tiempo podría ocasionar respecto del derecho que se invoca en el proceso. En una medida cautelar se exige que sea probable tanto el derecho invocado como que la duración del proceso pueda perjudicar el referido derecho.

En ese sentido, si se ha emitido una medida cautelar en donde se ha emitido una medida complementaria, con mayor razón cabría emitir una medida complementaria en una resolución de fondo que ampara la denuncia, dado que se ha verificado la afectación al derecho invocado y que el transcurso del tiempo podría hacer irreparable el perjuicio que viene ocasionando la conducta denunciada.

En efecto, en una sentencia se exige que el juez esté convencido acerca de la verdad de los hechos afirmados en el proceso, lo cual puede representarse con una probabilidad cercana al 100%, mientras que en el caso de una medida cautelar no se exige una probabilidad tan alta. Existe una relación de grado, tanto respecto del conocimiento de los hechos como del perjuicio que puede ocasionar el tiempo en el derecho invocado, entre una sentencia y una medida cautelar.

²¹ Una relación es transitiva cuando ocurre lo siguiente:

$x R y$	$x R$ y se lee de la siguiente manera: x tiene la relación α con y . De igual manera se leen las otras relaciones.
$y R z$	y tiene la relación α con z
Luego $x R z$	x tiene la relación α con z

Una relación es asimétrica cuando ocurre lo siguiente:

Si $x R y$ es verdadera, $y R x$ es falsa.

Como ejemplo de relaciones transitivas y asimétricas, Alchourrón señala las siguientes: “estar situado encima de”, “tener más dinero que”, “ser mayor que”, etc. Ver: Alchourrón (1991), p. 8.

²² La doctrina establece que para emitir una medida cautelar es necesario que exista verosimilitud del derecho y la posibilidad de que el tiempo convierta en ineficaz la decisión que emita la autoridad.

Siguiendo el esquema de Alchourrón, la estructura del argumento del Tribunal Constitucional sería el siguiente:

P x	Está permitido que el INDECOPI emita una medida complementaria en una medida cautelar.
x R y	Las relaciones de grado que se dan en una medida cautelar y una resolución de fondo son las siguientes: (i) respecto del conocimiento sobre los hechos, y (ii) respecto del perjuicio que puede ocasionar el tiempo sobre el derecho invocado.
<u>Her. (P, R)</u>	[Con mayor razón] Está permitido emitir medidas complementarias cuando el grado de conocimiento sobre los hechos es mayor.
P y	[Con mayor razón] Esta permitido que el INDECOPI emita medidas complementarias cuando dicte una resolución final ²³ .

Un aspecto que conviene tener presente es que la validez lógica de este tipo de argumentaciones depende, fundamentalmente, de la verdad de sus premisas²⁴. En este caso, es verdad que al INDECOPI le está permitido emitir medidas correctivas en las medidas cautelares, así como que la relación entre una medida cautelar y una resolución final está referida al nivel de certeza que existe en uno y otro caso. Por lo tanto, el razonamiento del Tribunal Constitucional es correcto.

III. Conclusiones

1. El Tribunal Constitucional señaló que el derecho a la libertad de contratar tiene como límite las normas de orden público, entre las cuales se encuentra el principio de libre competencia. Este es uno de los principios que tiene como objetivo evitar el suicidio del mecanismo de mercado.
2. El Tribunal Constitucional utilizó cuatro tipos de argumentos: (i) de reducción al absurdo, (ii) el finalístico, (iii) de competencia y (iv) *a fortiori* para sustentar que el INDECOPI sí tiene facultades para imponer medidas

²³ Si el INDECOPI puede dictar una medida complementaria cuando emite una resolución cautelar, entonces [con mayor razón] puede dictar una medida complementaria cuando emite la resolución que se pronuncia sobre el fondo de la controversia.

²⁴ Alchourrón (1991), p. 24.

complementarias. Los argumentos de reducción al absurdo y de competencia no fueron utilizados adecuadamente por el Tribunal Constitucional, mientras que los otros dos argumentos sí sustentan la afirmación de que el INDECOPI tiene facultades para imponer medidas complementarias.

3. Los argumentos (i) y (iii) no son argumentos que sustenten la conclusión del Tribunal Constitucional respecto a que el INDECOPI tiene facultades para imponer medidas complementarias. Lo único que prueba el argumento (i) es que el INDECOPI sí puede ordenar el cese de conductas, pero no puede inferirse que tenga facultades para emitir medidas complementarias. El error de Tribunal Constitucional se deriva de la falta de precisión con la que utiliza el concepto de medida complementaria.

En el argumento (iii), el Tribunal Constitucional incurre en la falacia de desvío de la cuestión. El demandante alega que el artículo 62 de la Constitución establece qué órganos son competentes para resolver conflictos derivados de una relación contractual, y el Tribunal Constitucional respondió alegando que si el contrato era nulo, no podía ampararse en lo establecido en dicho artículo.

El Tribunal debió responder que lo único que establecía ese artículo era qué órganos son competentes para resolver conflictos privados derivados de una relación contractual, sin que establezca cuál era el órgano competente para resolver conflictos entre un interés público y uno privado. Esa era una decisión que la Constitución se la había delegado al legislador, quien estableció que, en los casos de libre competencia, el órgano llamado a resolver este tipo de conflictos era el INDECOPI.

4. Los argumentos (ii) y (iv) si son argumentos que sustentan la facultad del INDECOPI para dictar medidas complementarias.

El argumento (ii) señala que el artículo 1 del Decreto Legislativo N° 701 establece que el INDECOPI debe eliminar todos los efectos causados por las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Por ello, esta norma faculta al INDECOPI a emitir medidas complementarias a la sanción.

El argumento (iv) señala que si el INDECOPI puede dictar una medida complementaria cuando emite una resolución cautelar, [con mayor razón]

puede dictar una medida complementaria cuando emite la resolución que se pronuncia sobre el fondo de la controversia.

5. Una inferencia derivada de este análisis es que la sobreabundancia de argumentos no implica que la resolución se encuentre mejor sustentada. No por argumentar más, se argumenta mejor²⁵. Si la sentencia del Tribunal se hubiera limitado a los argumentos (ii) y (iv), la sentencia hubiera sido bien sustentada.

Referencias

- ALCHOURRÓN, C. (1991). “Los argumentos jurídicos *a fortiori* y *a pari*”, En: *Análisis Lógico y Derecho*. BULYGIN, Eugenio y Carlos Alchourrón. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- ATIENZA, M. y J. RUIZ (2005). *Las piezas del Derecho*. Barcelona: Ariel.
- GARZÓN, E. (2000). “La democracia y el mercado: dos instituciones suicidas”. En su libro: *Instituciones suicidas. Estudios de ética y política*. Editorial Piados Mexicana, S.A.
- HART, H.L.A. (1980). *El concepto del Derecho*. México D.F.: Editora Nacional.

²⁵ Recogiendo una frase constantemente repetida por nuestro estimado profesor Eloy Espinosa-Saldaña.