

NUEVOS DESAFÍOS PARA LA COMISIÓN DE ELIMINACIÓN DE BARRERAS BUROCRÁTICAS DEL INDECOPI: LOS MONOPOLIOS LEGALES SUSTENTADOS EN CONTRATOS DE CONCESIÓN*

HUGO GÓMEZ APAC**

Resumen

El artículo 33 de la Ley de Organización y Funciones del INDECOPI ha facultado a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas para pronunciarse no solo sobre los actos y reglamentos administrativos que imponen barreras burocráticas ilegales e irracionales que dificultan u obstaculizan el acceso o permanencia de las empresas en el mercado, sino también sobre los contratos administrativos que dificultan el acceso de competidores a los mercados, como por ejemplo los contratos de concesión que otorgan exclusividad para el desarrollo de una actividad económica en un mercado en el que la competencia es posible. Dicha facultad permitirá controlar los monopolios legales prohibidos por el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, que son nocivos tanto porque restringen la competencia como porque afectan a los consumidores con prácticas explotativas de posición dominante. La referida facultad cierra un círculo de amplia protección de la competencia, donde la Comisión de Defensa de la Libre Competencia controla a los monopolios fruto de de la concertación y la monopolización, los organismos reguladores a los monopolios naturales, y la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas a los monopolios legales en los que la competencia es posible, creados a través de actos, contratos y reglamentos administrativos.

-
- * Este artículo está basado en la ponencia presentada el 7 de octubre de 2009 en el evento denominado “Jornadas de Derecho Administrativo: Una Visión Crítica del Ordenamiento Jurídico Administrativo”, organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú y la Asociación Peruana de Derecho Administrativo.
 - ** Abogado. Actualmente, profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas y de Derecho de la Competencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Es Asesor del Despacho Ministerial del Ministerio de Comercio Exterior y Turismo (MINCETUR) y Presidente de la Comisión de la Oficina Regional del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) en Ica. Las opiniones vertidas aquí son de exclusiva responsabilidad del autor, quien las hace a título personal, de modo que no comprometen a las entidades públicas donde presta servicios.

Este artículo tiene por objeto indagar sobre aquellos aspectos que puedan estar faltando para asegurar una mayor competencia en los mercados, partiendo del supuesto de que la competencia es un proceso que trae beneficios importantes para la sociedad¹ y que, por tanto, debe ser una política permanente del Estado el procurar su defensa frente a todas las amenazas posibles.

Si bien la competencia beneficia a los consumidores, no basta para generar su mayor bienestar. Lo que sí logra es que tengan la posibilidad de elegir, aunque a veces, no cuenten con los recursos para realizar una elección concreta. Y es que una cosa es que los consumidores tengan en el mercado una amplia variedad de bienes y servicios entre los cuales escoger (gracias a la competencia), y otra, distinta, que dispongan de los recursos y la información necesarios para escoger aquello que más conviene a sus intereses.

La política de defensa de la libre competencia no puede ser vista como una panacea o como una varita mágica que va a solucionar todos los problemas de los consumidores. Busca resolver uno de sus principales problemas, pero no todos. El problema que busca resolver es aquel que se genera cuando hay en el mercado un monopolio fruto de la concertación o una monopolización.²

El monopolio es un enemigo poderoso para los consumidores; y aunque no es el único, quizá sí el más dañino. Es un tirano que obliga a los consumidores a consumir solo los productos que él produce y al precio que él elige. Ningún consumidor gana con el monopolio, pues incluso el más rico termina pagando un precio significativamente mayor que el que pagaría si hubiera competencia. Para el monopolio, los consumidores son esclavos a los que hay que sacar el máximo provecho.

Los otros problemas que aquejan a los consumidores suelen ser corregidos o por otras políticas públicas que también buscan la mayor eficiencia económica en los mercados, como es el caso de las políticas de protección al consumidor, de represión

¹ Se sabe que la rivalidad o competencia de las empresas en el mercado por captar las preferencias de los consumidores provoca la oferta de bienes y servicios a menores precios, de mejor calidad, en mayor variedad y a través de canales de comercialización que permiten que dichos bienes y servicios lleguen a los consumidores de una manera más rápida y fácil.

² Entendemos por monopolización las conductas de abuso de posición de dominio, es decir, aquellas estrategias implementadas por la empresa dominante sustentadas en su poder de mercado, que tienen por objeto retener o incrementar dicho poder de mercado y que no implican o entrañan una mayor eficiencia económica.

de la competencia desleal y de regulación social,³ o por políticas redistributivas que buscan que los consumidores cuenten con los recursos que les permitan efectuar una real elección, como es el caso de la intervención promotora y asistencial del Estado bajo el principio de subsidiariedad.⁴

³ En la Resolución 0004-2008/TDC.INDECOPI de fecha 3 de enero de 2008, recaída en el Expediente 009-2006-CLC (Envasadora Alfa Gas S.A. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A. por presunto abuso de posición de dominio), la Sala de Defensa de la Competencia del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) definió la regulación social en los términos siguientes:

“9. La regulación social es el conjunto de instrumentos de política pública que, de manera ex ante, tiene por objeto minimizar las externalidades, corregir las asimetrías de información y reducir los costos de transacción. Son ejemplos de este tipo de regulación, aunque en diferentes intensidades, las normas sobre zonificación y licencias de funcionamiento de establecimientos comerciales, las normas de tránsito y las que exigen que los vehículos automotores cumplan con determinados requisitos técnicos, las normas de protección del ambiente que establecen limitaciones en las emisiones de gases tóxicos, la obligación de obtener autorizaciones sanitarias para comercializar productos de consumo humano, las exigencias de patrimonio mínimo para constituir bancos o compañías de seguros, etc.

“10. En términos generales, las regulaciones sectoriales de transporte, minería, educación o salud o la regulación del sistema financiero, bursátil, de seguros o de administración de fondos privados de pensiones, son ejemplos concretos de regulación social. En esta regulación, el Estado interviene ex ante sobre el establecimiento del negocio; las condiciones de calidad del producto, servicio o actividad; la solvencia del negocio; e inclusive, respecto de la administración del negocio, como ocurre en el mercado de administradoras privadas de fondos de pensiones, donde las empresas no tienen absoluta libertad sobre el destino de sus inversiones. Obviamente la regulación social se manifiesta en diferentes intensidades: hay actividades que solo requieren regulación del establecimiento (p.e. una sastrería), otras, además de lo anterior, requieren la regulación de estándares mínimos de calidad del producto (p.e. la fabricación de medicamentos), y en otras, además de las dos anteriores, es necesario fijar capitales sociales mínimos y se pone límite a las inversiones (p.e. los bancos). Es la intensidad de las externalidades negativas que puede producir una determinada actividad económica y el grado de asimetría informativa entre productores y consumidores lo que justifica el establecimiento de la regulación social.”

⁴ El principio de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado se encuentra recogido en el artículo 60 de la Constitución Política del Perú, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 60º.- [...]

“Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional.

[...].”

Por el principio de subsidiariedad se justifica la intervención del Estado como proveedor de bienes y servicios cuando no hay oferta privada que satisfaga la demanda de dichos bienes y servicios, o, habiéndola, haya segmentos de la población que, por sus bajos niveles de ingresos, no están en capacidad de acceder a dicha oferta, que es lo que sucede, por ejemplo, en los servicios educativos y de salud.

Regresando al tema del monopolio, la Constitución Política del Perú, consciente de esta amenaza, señala en su artículo 61⁵ que el Estado facilita y vigila la libre competencia, combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, y que ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

El texto constitucional proscribe de manera enfática diversos monopolios. Para empezar, el que es fruto de la colusión o concertación (lo que se suele llamar un “cártel de empresas”). Cuando dos o más empresas, que en principio deberían competir entre sí en el mercado por satisfacer las expectativas de los consumidores, deciden acordar el precio de venta de sus productos o la cantidad que va a producir cada una, o se asignan unas determinadas áreas geográficas o clientes, terminan dañando a los consumidores de la misma forma como lo hace el monopolio. A través de las prácticas colusorias horizontales, prohibidas y sancionadas por el artículo 11 del Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas⁶

⁵ **Constitución Política del Perú.-**

“Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios.

“La prensa, la radio, la televisión y los demás medios de expresión y comunicación social; y, en general, las empresas, los bienes y servicios relacionados con la libertad de expresión y de comunicación, no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares.”

⁶ **Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-**

“Artículo 11°.- Prácticas colusorias horizontales.-

“11.1. Se entiende por prácticas colusorias horizontales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizadas por agentes económicos competidores entre sí que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia, tales como:

“a) La fijación concertada, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio;

“b) La limitación o control concertado de la producción, ventas, el desarrollo técnico o las inversiones;

“c) El reparto concertado de clientes, proveedores o zonas geográficas;

“d) La concertación de la calidad de los productos, cuando no corresponda a normas técnicas nacionales o internacionales y afecte negativamente al consumidor;

“e) La aplicación concertada, en las relaciones comerciales o de servicio, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros;

“f) Concertar injustificadamente la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

(publicado el 25 de junio de 2008), un grupo de empresas busca convertirse, por una vía ilícita, en un monopolio.

Otra figura dañina para la competencia y los consumidores es el abuso de la posición de dominio o monopolización, prohibida y sancionada por el artículo 10 del citado Decreto Legislativo.⁷ Dicho abuso se presenta cuando una empresa con poder

“g) La negativa concertada e injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o de aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

“h) Obstaculizar de manera concertada e injustificada la entrada o permanencia de un competidor a un mercado, asociación u organización de intermediación;

“i) Concertar injustificadamente una distribución o venta exclusiva;

“j) Concertar o coordinar ofertas, posturas o propuestas o abstenerse de éstas en las licitaciones o concursos públicos o privados u otras formas de contratación o adquisición pública previstas en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates; u,

“k) Otras prácticas de efecto equivalente que busquen la obtención de beneficios por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

“11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca [sic] que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

“a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;

“b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;

“c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,

“d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

“11.3. Las prácticas colusorias horizontales distintas a las señaladas en el numeral 11.2 precedente constituyen prohibiciones relativas.”

7 Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.-

“Artículo 10º.- El abuso de la posición de dominio.-

“10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

“10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

“a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

“b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por

de mercado utiliza este poder, y no la implementación de eficiencias económicas (esto es, eficiencias asignativas, productivas e innovativas, tanto estáticas como dinámicas), para excluir del mercado a sus competidores actuales o impedir que ingresen al mercado competidores potenciales. El abuso de la posición de dominio no es otra cosa que la acción desplegada por la empresa dominante para convertirse en monopolio o conservar una posición monopólica (o de elevado poder de mercado), no sobre la base del esfuerzo empresarial, lo que es lícito, sino mediante la imposición de barreras estratégicas sustentadas en el propio poder de mercado, como negativas de trato injustificadas, discriminaciones de precio injustificadas, la imposición de cláusulas de atadura injustificadas, precios predatorios, entre otras.

Otro monopolio que preocupa es el monopolio natural, aquel que es consecuencia de la estructura y condiciones de la industria.⁸ Un monopolio natural existe en un

determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones;

“c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

“d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;

“e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

“f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

“g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

“h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.

“10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

“10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

“10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.”

⁸ En la Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI (referida en la nota a pie de página 5) se define al monopolio natural en los términos siguientes:

“[...] Hablamos de un monopolio natural cuando un producto o una gama de productos puede ser producida a un menor precio por una sola empresa que por dos o más, debido a lo que se conoce como ‘subaditividad de costos’. De ahí que se afirme que estamos ante un monopolio natural cuando es más eficiente para la sociedad que un producto o servicio sea provisto por una sola empresa que por dos o más, pues esa sola empresa está en capacidad de producir a un menor precio que si dos o más lo hicieran en un entorno competitivo. La literatura económica suele indicar que es causa de la existencia de un monopolio natural la

mercado en particular si una sola empresa puede proveer productos a ese mercado a un precio más bajo que cualquier combinación de dos o más empresas.⁹ Si, en cierta industria, el operador establecido se beneficia de importantes economías de escala, economía de ámbito y/o economías de densidad, y ha incurrido en significativas inversiones que constituyen costos hundidos, estas condiciones representan barreras a la entrada que dificultan de sobremanera el ingreso de competidores. En un escenario de esta naturaleza es ineficiente la entrada de competidores si el producto o servicio puede ser producido a un menor precio por la empresa establecida (el monopolio) que por dos o más. En una industria con características de monopolio natural, lo que suele presentarse en las industrias de red de servicios públicos, la oferta tiende a concentrarse en una sola empresa, no porque de por medio haya una colusión o una monopolización mediante actos de abuso de posición de dominio, sino como consecuencia de la llamada “subaditividad” de costos¹⁰ originada por las condiciones económicas antes mencionadas.

En el Perú, frente al monopolio natural, que por su condición de monopolio puede ser tanto o más tirano que los monopolios originados por conductas anticompetitivas,

presencia de economías de escala, de ámbito o de densidad, así como la existencia de altos costos hundidos. En definitiva, son las barreras a la entrada, el que en el mercado haya una determinada demanda y que la empresa incumbente atienda la totalidad o un significativo porcentaje de dicha demanda, lo que define la presencia de un monopolio natural.

“12. Ejemplo de monopolio natural es la distribución y suministro de agua potable. Con la técnica actual, aún es más eficiente que dicha actividad sea realizada por una sola empresa que por dos o más. Se suelen encontrar monopolios naturales en las industrias de red de servicios públicos o infraestructura de transporte de uso público, tales como la transmisión y distribución de electricidad, agua potable o gas; la red portadora de telecomunicaciones; las carreteras y vías férreas, y los puertos y aeropuertos.”

⁹ OECD (Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law). Organisation for Economic Co-Operation and Development. Mimeo (<<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>):

“139. Natural Monopoly

“A natural monopoly exists in a particular market if a single firm can serve that market at lower cost than any combination of two or more firms. Natural monopoly arises out of the properties of productive technology, often in association with market demand and not from the activities of governments or rivals (see monopoly). Generally speaking, natural monopolies are characterized by steeply declining long-run average and marginal-cost curves such that there is room for only one firm to fully exploit available economies of scale and supply the market.

“[...]”

¹⁰ Sobre el particular, revisar: GALLARDO, José (1999). “Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales”. Marzo. Documento de trabajo número 164 (<<http://www.pucp.edu.pe/departamento/economia/images/documentos/DDDI64.pdf>>).

la respuesta no es la aplicación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sino la regulación económica y social a cargo de los organismos reguladores,¹¹ como el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL), el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (OSITRAN), la Superintendencia Nacional de Servicios de Saneamiento (SUNASS) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (OSINERGMIN). Estos organismos, a través de la fijación de los precios de los servicios domiciliarios, la determinación de los cargos de acceso a facilidades esenciales, el establecimiento de cargos de interconexión, el control de la calidad del servicio y la promoción para que la cobertura del servicio se extienda cada vez más, buscan el mayor bienestar de los consumidores (en su condición de usuarios de servicios públicos), de modo que el precio, la calidad y la cantidad producida sean similares a los que habría en el mercado si hubiera competencia.

Nos queda un monopolio más: el monopolio legal; el monopolio sustentado en una decisión estatal que puede ser una ley, un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato administrativo.¹² Este monopolio puede ser el más tirano y el más impune.

El artículo 61 de la Constitución Política del Perú, como ya hemos visto, señala de manera expresa que ninguna ley puede establecer monopolios. Si una

¹¹ Respecto de la regulación económica y social aplicada por los organismos reguladores, en la Resolución 0004-2008/TDC-INDECOPI se menciona lo siguiente:

“13. Cuando estamos frente a un monopolio natural, la competencia no es posible, por lo que el Estado interviene para crear artificialmente condiciones de competencia. Esta es la particularidad de la regulación económica. Es un conjunto de instrumentos de política pública que, ex ante, busca simular condiciones de competencia en un mercado donde, en principio, la competencia no es posible. Mediante la regulación económica, el Estado fija precios, ya sea el precio (tarifa) del servicio público domiciliario, el cargo de acceso a una facilidad esencial o cargo de interconexión. Es a través de esta fijación de precios que el Estado logra simular competencia, y luego introducir competencia, en una industria donde no sería posible la competencia si solo rigiera el derecho privado.

“14. Un monopolio natural propio de las industrias de prestación de servicios públicos no solo restringe la competencia, sino que también genera externalidades y tiene ventajas de información sobre los usuarios o clientes. De ahí que para controlar y evitar que abuse el monopolista, los organismos reguladores aplican tanto la regulación económica (fijación de precios de servicios domiciliarios y cargos de acceso a la red) como la social (regulan la calidad del servicio, aprueban cláusulas generales de contratación, etc.). En el Perú, los Organismos Reguladores de Servicios Públicos (OSIPTEL, OSINERGMIN, SUNASS y OSITRAN) aplican tanto la regulación económica como la regulación social.”

¹² La concesión es una modalidad de contrato administrativo o contrato estatal.

ley no puede establecer monopolios, menos aun lo puede hacer un reglamento administrativo, un acto administrativo o un contrato administrativo. Estas figuras administrativas, en estricta observancia del principio de legalidad, deben respetar las disposiciones constitucionales vigentes, incluyendo aquélla que prohíbe los monopolios. De manera que las autoridades legislativas y administrativas deben tener bastante cuidado al momento de ejercer sus competencias. Tanto al legislador como a la autoridad administrativa les está vedado crear monopolios.

Hay que aplicar, sin embargo, una suerte de “regla de la razón” (y no una prohibición *per se*) para determinar qué monopolios legales están prohibidos y cuáles no. La razón es simple: en determinadas situaciones se justifica que exista un monopolio. En efecto, si por las condiciones económicas de la industria es inevitable que haya un monopolio y, adicionalmente, se ha asegurado el bienestar de los consumidores mediante la competencia por el mercado y la aplicación de regulación económica y social, parece razonable (o al menos tolerable) la presencia de un monopolio.

En una industria de red en condiciones de monopolio natural es inevitable, en principio, que haya un monopolio. Pensemos en el operador de la red de distribución y suministro de agua potable. Si se da en concesión la distribución y suministro de agua potable en la ciudad de Lima, hoy en manos de la empresa estatal Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), parece inevitable que haya un solo operador del servicio público. El concesionario del servicio tendrá un monopolio en virtud del contrato de concesión. Sin embargo, en este caso hay una justificación para que exista un monopolio: la presencia de las condiciones estructurales que originan el monopolio natural. Y si, además, tenemos que hubo competencia por el mercado, es decir, que el concesionario monopolista es aquél que ganó un concurso público al ofrecer las mejores condiciones para los usuarios en materia de precio, calidad y cobertura del servicio público, y, adicionalmente, hay un organismo regulador encargado de supervisar que el desempeño del concesionario monopolista sea eficiente (aplicando la regulación económica y social), podemos afirmar que el tirano llamado monopolio ha sido debidamente controlado.

Diferente es el caso si en el mercado la competencia es posible, supuesto en el cual no hay justificación alguna para establecer un monopolio legal. En mercados en los que la competencia es posible, la presencia de un monopolio legal es absurda y dañina; es el propio Estado creando a un tirano que perjudicará a los consumidores: una verdadera pesadilla.

Ya en un trabajo anterior¹³ se ha sostenido que los monopolios legales que no están prohibidos por el artículo 61 de la Constitución Política del Perú son aquéllos que cumplen dos presupuestos: (i) que en el mercado no sea posible la competencia (lo que ocurre cuando hay un monopolio natural); y, (ii) que exista competencia por el mercado (a través de una licitación o concurso público) al momento de asignar la exclusividad. La competencia por el mercado busca asegurar que los consumidores reciban la mejor combinación posible en lo que atañe a precio, calidad y cobertura del servicio del que se trate.

En el Caso LIDERCON,¹⁴ la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI sostuvo algo similar. Este colegiado indicó que, tratándose de un monopolio natural, se encontraría justificado un escenario de competencia por el mercado para asignar la operación del servicio a un solo operador, en la medida en que solo una empresa operaría la red instalada y lo haría a un costo menor, lo que a su vez se justificaría en aquellos casos en los cuales la competencia en el mercado no resultara posible. En opinión de dicha Sala, y solo de manera excepcional, los mecanismos de competencia por el mercado se encuentran para suplir la imposibilidad del desarrollo de un entorno competitivo.

En tal sentido, si estamos ante un servicio público prestado en condiciones de monopolio natural, no es objetable entregar la concesión monopólica a la empresa que ha ofertado las mejores condiciones para los consumidores, siendo el rol del organismo regulador competente el fiscalizar que la actuación del concesionario monopolista sea tan eficiente como si en el mercado hubiera competencia.

Diferente es el caso, como se ha mencionado, de los monopolios legales establecidos en mercados en los que la competencia es posible, los más perniciosos. Estos son los monopolios legales prohibidos por el texto constitucional.

¹³ GÓMEZ APAC, Hugo (2007). “Concesión a una sola empresa para realizar revisiones técnicas ¿Un monopolio legal?”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual*, Indecopi, año 3, número° 4, otoño 2007, pp. 33-50.

¹⁴ Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI de fecha 22 de agosto de 2008 recaída en el Expediente 000101-2007/CAM (Comisión de Acceso al Mercado contra la Municipalidad Metropolitana de Lima por la imposición de barrera burocrática ilegal e irracional). A través de dicha resolución, la Sala de Defensa de la Competencia confirmó la Resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI expedida por la Comisión de Acceso al Mercado en el extremo que declaró que la Ordenanza 694, modificada por la Ordenanza 1064, que establecía la obligación de utilizar el servicio de revisiones técnicas vehiculares en el ámbito de Lima Metropolitana entregado en exclusividad a la concesionaria Lidercon Perú S.A.C. por un plazo de 16 años, constituía una barrera burocrática ilegal al contravenir lo dispuesto en los artículos 2, 6 y 7 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.

¿Cómo podemos controlar a los monopolios legales creados en los mercados en los que la competencia es posible? La respuesta va de la mano del instrumento legal que sustenta el monopolio. Si el monopolio está sustentado en una norma con rango de ley, la única salida es impugnar dicha norma a través de la presentación de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Si el monopolio está sustentado en un reglamento administrativo, existen dos vías: una, la presentación de una demanda de acción popular ante el Poder Judicial contra la disposición reglamentaria; la otra, denunciar al monopolio como una barrera burocrática ilegal o irracional ante la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas¹⁵ (antes llamada Comisión de Acceso al Mercado¹⁶) del INDECOPI. Esta Comisión puede ordenar la inaplicación de la barrera burocrática con relación a la empresa denunciante. Si el monopolio está sustentado en un acto administrativo, también caben dos vías: una, la acción contencioso-administrativa contra el acto administrativo, tanto agotando la vía administrativa como no agotándola en los supuestos en los que no es necesario agotarla; y la otra, denunciar al monopolio como barrera burocrática ante la referida Comisión.

¿Pero qué ocurre si el monopolio está sustentado en un contrato de concesión, en un contrato administrativo?

El artículo 26BIS del Decreto Ley 25868¹⁷ del año 1996 señala que dicha Comisión es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades

¹⁵ **Decreto Legislativo 1033-Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.-**

“Artículo 23.- De la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas.-

“Corresponde a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas aplicar las leyes que regulan el control posterior y eliminación de las barreras burocráticas ilegales o carentes de razonabilidad que afectan a los ciudadanos y empresas, y velar por el cumplimiento de las normas y principios que garantizan la simplificación administrativa, así como de aquellas que complementen o sustituyan a las anteriores.”

¹⁶ **Decreto Legislativo 1033-Ley de Organización y Funciones del INDECOPI.-**

“Disposiciones Complementarias.-

“QUINTA.- Referencias a denominación de Comisiones del INDECOPI.-

“Toda mención hecha en la legislación vigente a la Comisión de Acceso al Mercado, la Comisión de Libre Competencia y a la Comisión de Represión de la Competencia Desleal desde la vigencia de la presente Ley, se entenderá referida a la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, a la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y a la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal, respectivamente [...]”.

¹⁷ **Decreto Ley 25868.-**

“Artículo 26° BIS.- La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas es competente para conocer sobre los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública, incluso del ámbito municipal o regional, que impongan barreras burocráticas que impidan

de la Administración Pública. Por años, la Comisión ha entendido que tales “actos” son los “actos administrativos” y que tales “disposiciones” son los “reglamentos administrativos”. Como sabemos, el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad de la Administración Pública en ejercicio de la función administrativa que tiene efectos jurídicos directos sobre uno o más administrados debidamente individualizados. El reglamento administrativo también es una declaración unilateral de voluntad en ejercicio de la función administrativa, solo que sus efectos jurídicos son generales y no particulares. Al concebirse al contrato como una declaración conjunta de voluntad común, es decir, como una declaración bilateral, la mencionada Comisión ha entendido que los contratos administrativos están fuera del alcance de su competencia.

El artículo 2 de la Ley 28996 (Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada¹⁸ del año 2007) ha definido a la barrera burocrática como todo acto o disposición emanada de la Administración Pública

u obstaculicen ilegal o irracionalmente el acceso o permanencia de los agentes económicos en el mercado, en especial de las pequeñas empresas, y de velar por el cumplimiento de las disposiciones sobre la materia establecidas en los Decretos Legislativos N°s. 283, 668, el Artículo 61 del Decreto Legislativo N° 776 y la Ley N° 27444, en especial los principios generales de simplificación administrativa contenidos en el Capítulo I del Título II de esta última ley, así como las normas reglamentarias pertinentes. Ninguna otra entidad de la Administración Pública podrá arrogarse estas facultades. La Comisión, mediante resolución, podrá eliminar las barreras burocráticas a que se refiere este artículo.

“La Comisión podrá imponer sanciones y multas al funcionario o funcionarios que impongan la barrera burocrática declarada ilegal, sin perjuicio de la responsabilidad administrativa y la formulación de la denuncia penal correspondiente, de ser el caso. La escala de sanciones es la siguiente: falta leve con sanción de amonestación; falta grave con multa de hasta dos (2) UIT y falta muy grave con multa de hasta cinco (5) UIT.

“La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas se encuentra facultada para delegar el ejercicio de sus funciones a las dependencias que, en virtud a convenios suscritos por el Directorio del Indecopi, vengan desempeñando o desempeñen en el futuro labores de representación de la Institución.

“Dicha delegación solo alcanzará a los actos, reglamentos o disposiciones emanadas de los órganos de la Administración Pública dependientes del Gobierno Regional o Local de la respectiva jurisdicción.”

¹⁸ **Ley Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada.-**

“Artículo 2°.- Definición de barreras burocráticas

“Constituyen barreras burocráticas los actos y disposiciones de las entidades de la Administración Pública que establecen exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas, que afectan los principios y normas de simplificación administrativa contenidos en la Ley N° 27444 y que limitan la competitividad empresarial en el mercado.”

que establezca exigencias, requisitos, prohibiciones y/o cobros para la realización de actividades económicas. Dicha Ley utiliza la misma terminología empleada por el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 en lo relativo a “actos” y “disposiciones”, de modo que la citada Comisión ha mantenido su postura de no incorporar en su ámbito de competencia a los contratos administrativos.

Un ejemplo revelador de ello es el procedimiento seguido de oficio contra la Municipalidad Metropolitana de Lima en el Caso LIDERCON. En dicha oportunidad, tanto la Comisión de Acceso al Mercado¹⁹ como la Sala de Defensa de la Competencia²⁰ consideraron que la disposición contenida en la ordenanza municipal que exigía utilizar el servicio de revisiones técnicas vehiculares en el ámbito de Lima Metropolitana, entregado en monopolio a Lidercon Perú S.A.C. (en adelante, Lidercon) por un plazo de 16 años, constituía una barrera burocrática ilegal por contravenir los artículos 2, 6 y 7 del Decreto Legislativo 757 (Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada).²¹

En el Caso LIDERCON, la Comisión de Acceso al Mercado no analizó el contrato de concesión celebrado entre la Municipalidad Metropolitana de Lima y Lidercon, sino la disposición contenida en la ordenanza que establecía la obligación de utilizar el servicio de revisiones técnicas dado en monopolio a Lidercon. Como lo señaló la Sala de Defensa de la Competencia en la Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI, la referida Comisión no evaluó el contrato de concesión, sino la ordenanza municipal que hizo parte de ella las condiciones establecidas en el

¹⁹ Resolución 0013-2008/CAM-INDECOPI de fecha 24 de enero de 2008.

²⁰ Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI de fecha 22 de agosto de 2008.

²¹ Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada.-

“Artículo 2°.- El Estado garantiza la libre iniciativa privada. La Economía Social de Mercado se desarrolla sobre la base de la libre competencia y el libre acceso a la actividad económica.

[...]

“Artículo 6°.- Queda derogada toda reserva en favor del Estado, ya sea parcial o total, para la realización de actividades económicas o la explotación de recursos naturales, con excepción a las referidas a las áreas naturales protegidas. Tales reservas solo procederán por causa de interés social o seguridad nacional, y deberán ser dispuestas expresamente mediante Ley del Congreso de la República o conforme a lo establecido en el artículo 54 del presente Decreto Legislativo.

[...]

“Artículo 7°.- Cuando una misma actividad económica es realizada por el estado y por empresas privadas, iguales condiciones son aplicables a ambos.

[...]”.

referido contrato. Por tanto, lo que se evaluó en el procedimiento no fue el contrato administrativo sino la norma legal que establecía un impedimento para el ingreso de nuevos competidores a prestar un servicio y que disponía como exigencia utilizar los servicios de un monopolio legal.

Ahora bien, si un monopolio legal prohibido por la Constitución Política del Perú no se sustenta en un acto o disposición administrativa, sino en un contrato de concesión, ¿ello supone un impedimento para la intervención de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas?

En este artículo sostenemos que no. Si bien ni el artículo 26BIS del Decreto Ley 25868 ni el artículo 2 de la Ley 28996 se refieren expresamente a los contratos administrativos cuando definen a las barreras burocráticas, hay un artículo del Decreto Legislativo 1033 (Ley de Organización y Funciones del INDECOPI, publicado el 25 de junio de 2008) que sí lo hace. Me refiero a su artículo 34,²² que señala que, tratándose de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la desconcentración de sus competencias abarcará a los actos, contratos y disposiciones de alcance general emanados de los órganos o entidades de la Administración Pública dependientes del Gobierno Regional o Gobierno Local que se encuentren dentro de la reserva de circunscripción territorial de competencia de la Comisión desconcentrada de la Oficina Regional correspondiente.

²² **Ley de Organización y Funciones el INDECOPI.-**

“Artículo 34.- Desconcentración de competencias.-

“34.1 El Consejo Directivo podrá desconcentrar las competencias de las Comisiones de Eliminación de Barreras Burocráticas, de Defensa de la Libre Competencia, de Fiscalización de la Competencia Desleal, de Protección al Consumidor y de Procedimientos Concursales en las Comisiones de las Oficinas Regionales del INDECOPI que constituya para tal efecto.

“34.2 A las Comisiones desconcentradas de las Oficinas Regionales se les aplican las mismas disposiciones legales aplicables a las Comisiones de la sede central.

“Tratándose de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, la desconcentración de sus competencias abarcará a los actos, contratos y disposiciones de alcance general emanados de los órganos o entidades de la Administración Pública dependientes del Gobierno Regional o Local que se encuentren dentro de la respectiva circunscripción territorial de competencia de la Comisión desconcentrada de la Oficina Regional correspondiente.

“34.3 En los procedimientos que se tramiten ante las Comisiones de las Oficinas Regionales, las partes o los terceros interesados deberán señalar, al momento de su apersonamiento, domicilio procesal dentro de la respectiva circunscripción de competencia territorial de la Oficina Regional; competencia ésta que será determinada por el Consejo Directivo mediante directiva.”

Si la desconcentración de las competencias de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas abarca también a los contratos emanados de los órganos o entidades de la Administración Pública, es evidente que esta Comisión goza de la competencia para conocer dichas actuaciones administrativas, pues solo así podrían ser materia de desconcentración. Solo aceptando que dicha Comisión tiene competencia para pronunciarse sobre la imposición de barreras burocráticas sustentadas en contratos administrativos se entiende que la Ley mencione que tal competencia puede ser desconcentrada en las comisiones de las oficinas regionales del INDECOPI.

De modo que, a partir de la vigencia del Decreto Legislativo 1033, ya no es un impedimento para la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas el conocer las barreras burocráticas sustentadas en contratos administrativos, como es el caso de los contratos de concesión que otorgan exclusividad para el desarrollo de una actividad económica en la que la competencia es posible.

Y será a través del desmantelamiento de estos monopolios legales como se corregirá el problema de las llamadas prácticas explotativas a las que se refiere el derecho de la competencia. Como se sabe, la doctrina y la jurisprudencia en materia de libre competencia suelen diferenciar las prácticas exclusorias de las explotativas en los casos de abuso de posición de dominio. El abuso exclusorio es aquel que tiene por objeto eliminar a competidores actuales o potenciales; es el que tiene un efecto restrictivo sobre la competencia. El abuso explotativo, por su parte, no restringe la competencia, sino que se traduce en el mero ejercicio del poder de mercado. Un ejemplo emblemático de prácticas explotativas son los llamados “precios excesivos”. La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas no sanciona las prácticas explotativas, solo las exclusorias.

Si analizamos detenidamente el fenómeno apreciaremos que solo a un monopolio protegido con altas barreras a la entrada le es rentable la imposición de prácticas explotativas.²³ Y un monopolio de esa naturaleza, o es un monopolio

²³ Si en el mercado hay una empresa con posición de dominio que enfrenta a competidores, y dicha empresa decide incrementar significativamente el precio de sus productos, esto es, establecer unos presuntos “precios excesivos” (lo pongo entre comillas toda vez que es un asunto bastante complicado determinar cuándo un precio es excesivo o abusivo), dicho incremento tiene la potencialidad de beneficiar más a sus competidores que a la empresa dominante, en la medida en que la elevación del precio de los productos de la empresa dominante abre una oportunidad para que sus competidores amplíen su cuota de mercado si tienen la capacidad de vender sus productos a precios menores que los establecidos por

natural, o es un monopolio legal. Como hemos visto, el monopolio natural es controlado por el organismo regulador, no por la agencia de competencia. Y el monopolio legal, al sustentarse en un acto de imperio, no puede ser corregido por la agencia de competencia. Es aquí donde entra a tallar la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, órgano que puede pronunciarse sobre el acto, reglamento o contrato administrativo que, creando un monopolio legal, restringe la competencia.

Así, tenemos que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia dismantela los monopolios fruto de la concertación y los actos de monopolización realizados

aquella. Obviamente, puede haber un incentivo para que la dominante imponga barreras para sacar del mercado a dichos competidores. Si estas barreras no guardan correspondencia con la introducción de eficiencias económicas, podrán ser sancionadas por la autoridad de defensa de la competencia por constituir un abuso de posición de dominio exclusorio.

De modo que si hay competidores, no tiene mucho sentido que la empresa dominante esté pensando en realizar prácticas explotativas que solo podrían beneficiar a sus competidores. Solo sería rentable si la conducta explotativa es acompañada con una modalidad exclusoria que impida a los competidores aprovechar los efectos de la conducta explotativa; sin embargo, como se ha señalado, la conducta exclusoria sí puede ser sancionada por la agencia de competencia.

Si no hay competidores, sino un monopolio, entonces podría ser rentable que la dominante, en tanto monopolio, implemente una conducta explotativa como la elevación del precio de sus productos. De ahí que en este contexto lo relevante es si las barreras existentes impedirían o no a competidores potenciales disciplinar la conducta de la dominante mediante la amenaza de su ingreso al mercado. Lo que nos lleva a su vez a cuatro escenarios: un monopolio sustentado en eficiencias económicas, un monopolio sustentado en barreras ajenas a la introducción de eficiencias económicas, un monopolio natural y un monopolio legal.

En el primer escenario, el monopolio sustentado en eficiencias económicas, ya resulta extraña la implementación de una conducta explotativa, pues esta conducta no es precisamente eficiente. En todo caso, un mayor ingreso es un beneficio lícito del esfuerzo empresarial que no puede ser sancionado.

En el segundo caso, que trata de un monopolio sustentado en barreras ajenas a la introducción de eficiencias económicas, lo que corresponde es la eliminación de dichas barreras al constituir un abuso exclusorio. Resuelto este tema, no hay razón para preocuparse por un eventual abuso explotativo.

Si el escenario es de un monopolio natural, el abuso explotativo será corregido por el organismo regulador a través de la regulación económica y social.

Distinto de los tres escenarios anteriores es el caso del monopolio legal, pues es el propio marco jurídico el que impide que ingresen competidores. En este caso sí es rentable la implementación de una conducta explotativa. Si el monopolio legal eleva el precio de su producto, en términos “excesivos” o “abusivos”, no hay forma de proteger a los consumidores a menos que se elimine la ley o el acto, reglamento o contrato administrativo que sustenta al monopolio, lo que obviamente no puede ser efectuado por la agencia de competencia (la Comisión de Defensa de la Libre Competencia), que se pronuncia sobre decisiones empresariales y no sobre actos de imperio del Estado.

a través de los abusos exclusivos de posición de dominio; los organismos reguladores controlan a los monopolios naturales; y la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas hace lo mismo con los monopolios legales sustentados en actos, reglamentos y contratos administrativos, siendo que esto último resuelve el problema del abuso explotativo realizado por los monopolios legales instaurados en aquellos mercados en los que la competencia es posible.

Durante el año 2005, la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco denunció al Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu S.A.C. (en adelante, Consettur) por un presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de “precios excesivos” en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inca de Machupicchu.²⁴ La denunciante alegó que Consettur incrementó la tarifa del servicio respecto del segmento de adultos extranjeros de 9,00 dólares a 12,00 dólares sin justificación alguna, siendo que dicho incremento se imponía a los usuarios por tratarse de un servicio prestado por un monopolio: la denunciada operaba de manera exclusiva en virtud de la concesión otorgada por la Municipalidad Distrital de Machupicchu y sus tarifas no eran objeto de regulación alguna.

La Comisión de Libre Competencia²⁵ y la Sala de Defensa de la Competencia²⁶ se pronunciaron declarando improcedente la denuncia, porque consideraron que la conducta denunciada era un abuso explotativo, conducta que no constituía infracción administrativa según el Decreto Legislativo 701.

²⁴ Expediente 003-2005/CLC, relativo al procedimiento seguido por la Asociación de Agencias de Turismo contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu-Consettur Machupicchu S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios “excesivos” en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inca de Machupicchu.

²⁵ Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC de fecha 14 de septiembre de 2007. En esta resolución, la Comisión de Libre Competencia (hoy llamada Comisión de Defensa de la Libre Competencia) aprobó el siguiente precedente de observancia obligatoria:

“(…)

“(i) El objetivo de la política de competencia es velar por el correcto funcionamiento del proceso competitivo, eliminando a través de la ley de libre competencia todas aquellas conductas que lo distorsionen o afecten, mediante lo cual se procurará el bienestar de la sociedad y por ende, el mayor beneficio de los usuarios y consumidores que propugna el artículo 1 del Decreto Legislativo 701.

“(ii) El artículo 4 del Decreto Legislativo 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, en concordancia con lo dispuesto en el régimen constitucional económico, el marco legal vigente y el objetivo de la política de competencia, impide a esta Comisión sancionar supuestos de precios ‘excesivos’ o ‘abusivos’, pues aquello implicaría atentar

Ambas instancias coincidieron en que, debido a la concesión en exclusiva otorgada por la Municipalidad para operar el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inca de Machupicchu, Consettur detentaba un monopolio y sus tarifas no eran objeto de regulación económica por parte de entidad estatal alguna. Era el monopolio legal originado en el contrato de concesión lo que determinaba la posibilidad del incremento unilateral de precios por Consettur.

La Sala de Defensa de la Competencia señaló que sancionar por precios “excesivos” no resolvía los problemas generados por un monopolio otorgado por una entidad estatal y que no estaba sujeta a regulación de tarifas. La primera y segunda instancia del INDECOPI consideraron que el mecanismo más idóneo para encontrar una solución a dicha situación, en aras de promover la competencia en el servicio, era convocar una nueva licitación para la operación de la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inca de Machupicchu, estableciendo con ello un escenario de competencia *ex ante* o competencia por el mercado.

Si se volviera a presentar un caso como el de Consettur, nada podrá hacer la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, pero sí la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, que podría declarar que la concesión (contrato administrativo) constituye una barrera burocrática ilegal, inaplicable para aquel que haya presentado su denuncia.

contra la prohibición de la fijación administrativa de precios que proscribe dicho dispositivo legal.

“(iii) Según lo establecido en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, conforme a una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico peruano y el objetivo de la política de competencia, las modalidades de abuso de posición deben producir necesariamente un efecto de exclusión a competidores o impedir su ingreso al mercado y por lo tanto, afectar actual o potencialmente el proceso competitivo para ser consideradas infracciones sancionables por las normas de libre competencia.

“(iv) En ese sentido, conforme a lo dispuesto en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, para sancionar un supuesto de abuso de posición de dominio, deben presentarse los siguientes requisitos: la tenencia de posición de dominio; la actuación indebida que produce un efecto de exclusión y afecta actual o potencialmente la competencia; el fin de obtener beneficios; el fin de causar perjuicios; y, la imposibilidad de lograr el resultado obtenido de no existir posición de dominio.”

Si bien este precedente fue dictado al amparo de lo establecido en el Decreto Legislativo 701, norma derogada por el Decreto Legislativo 1034-Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, la lógica y principios contenidos en él fueron recogidos en la ley vigente, por lo que el contenido de dicho precedente resulta útil para comprender los alcances del artículo 10 de la ley vigente.

²⁶ Resolución 0027-2008/SC1-INDECOPI de fecha 16 de octubre de 2008.

Resta señalar en este artículo que el control de las barreras burocráticas es independiente de los mecanismos de solución de controversias que hayan sido pactados en el contrato de concesión. Pese a la inconstitucionalidad e ilegalidad de un contrato de concesión que crea un monopolio legal en un mercado en el que la competencia es posible, es bastante probable que ni concedente ni concesionario cuestionen esta circunstancia, beneficiosa para el concesionario y posiblemente también para el concedente. Pero el que las partes utilicen o no el sistema de solución de controversias previsto en el contrato, no impide la intervención de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas, cuyo rol tutelar, como se ha visto, coadyuva en la promoción de una competencia más efectiva en los mercados.

Y es que el control de un monopolio legal²⁷ (en mercados en los que la competencia es posible) a través del procedimiento previsto para la eliminación de las barreras burocráticas ilegales e irracionales va más allá del propio mecanismo de solución de controversias previsto en dicho contrato, como el arbitraje, y tampoco se encuentra vinculado por la cláusula de equilibrio económico financiero contemplado en el referido acto jurídico.

El mecanismo de solución de controversias contenido en el contrato de concesión está pensado para resolver los conflictos suscitados entre las partes del contrato (concedente y concesionario) relativos al cumplimiento de las obligaciones asumidas por cada uno, la interpretación del contrato, el plazo de vigencia, entre otros. Y la cláusula de equilibrio económico financiero es un mecanismo que busca dar cierta flexibilidad al contrato de concesión a efectos de que los riesgos asumidos por las partes, y los costos y ganancias que dichos riesgos representan, no se vean alterados significativamente durante la vigencia de la concesión. En virtud de esta cláusula, el concesionario puede solicitar la renegociación del contrato si eventos imprevisibles han provocado un quiebre del equilibrio económico financiero inicialmente previsto.

En términos generales, el mecanismo de solución de controversias y la cláusula de equilibrio económico y financiero buscan el desarrollo y viabilidad del contrato de concesión frente a los eventuales intereses contrapuestos entre concedente y concesionario.

Distinto es el cuestionamiento centrado en la existencia de un monopolio contrario a la Constitución, en el que están en falta ambas partes del contrato. Y es que

²⁷ Sustentado en un contrato de concesión.

cuestionar un contrato de concesión porque sustenta un monopolio inconstitucional es cuestionar en el fondo la suscripción misma del contrato, cuestionar a ambas partes del contrato. Tanto concedente como concesionario realizaron un acto inconstitucional al suscribir el contrato de concesión. La suscripción y puesta en vigencia del contrato es la creación del monopolio inconstitucional. De ahí que el control no pueda ser endógeno, sino que tiene que ser exógeno. En efecto, sería absurdo pedir a las partes contratantes que resuelvan o rescindan el contrato debido a que éste viola el texto constitucional, pues no tienen incentivos para hacerlo; muy por el contrario, la autoridad concedente estaría reconociendo su propia infracción inconstitucional.

El mercado y los consumidores esperan, pues, que el control provenga de una fuente ajena al contrato, como es la labor desplegada por la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas. En ese sentido, si en un procedimiento seguido por este órgano, concedente y concesionario alegan en su defensa que cualquier cuestionamiento al contrato de concesión debería ajustarse al mecanismo de solución de controversias previsto en él y respetar la cláusula de equilibrio económico financiero, la respuesta no puede ser otra que la desestimación de tal alegato. No puede cuestionarse la competencia de dicha Comisión para pronunciarse sobre la ilegalidad e irracionalidad del monopolio creado por el contrato de concesión. El ordenamiento jurídico ha facultado a este órgano para eliminar las restricciones a la competencia provenientes de decisiones estatales, como aquéllas que significan otorgar monopolios donde la competencia es posible.

Lo aquí expuesto deja como mensaje que la autoridad administrativa debe evitar otorgar monopolios en aquellos mercados en los que la competencia es posible. Si lo hace, su conducta, materializada en el contrato de concesión, será cuestionada como la imposición de una barrera burocrática que restringe la competencia en el mercado.

Hay, como se ve, grandes desafíos para la Comisión de Eliminación de las Barreras Burocráticas. El legislador ha considerado pertinente que sea esta Comisión, garante de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa, la encargada de combatir a uno de los peores tiranos del consumidor: el monopolio legal.

REFERENCIAS

- GALLARDO, José (1999) *Disyuntivas en la teoría normativa de la regulación: El caso de los monopolios naturales*, marzo. Documento de trabajo número 164 (<<http://www.pucp.edu.pe/departamento/economia/images/documentos/DDD164.pdf>>).
- GÓMEZ APAC, Hugo (2007) “Concesión a una sola empresa para realizar revisiones técnicas: ¿Un monopolio legal?”. *Revista de la Competencia y la Propiedad Intelectual, INDECOPI*, año 3, número 4, pp. 33-50.
- OECD (Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law) (s.f.) Organisation for Economic Co-Operation and Development. Mimeo (<<http://www.oecd.org/dataoecd/8/61/2376087.pdf>>).
- INDECOPI (2008a) Resolución 0004-2008/TDC.INDECOPI, de fecha 3 de enero de 2008, recaída en el Expediente 009-2006-CLC (Envasadora Alfa Gas S.A. contra Repsol YPF Comercial del Perú S.A. por presunto abuso de posición de dominio).
- INDECOPI (2008b) Resolución 1692-2008/TDC-INDECOPI de fecha 22 de agosto de 2008 recaída en el Expediente 000101-2007/CAM (Comisión de Acceso al Mercado contra la Municipalidad Metropolitana de Lima por la imposición de barrera burocrática ilegal e irracional).
- INDECOPI (2005) Expediente 003-2005/CLC, relativo al procedimiento seguido por la Asociación de Agencias de Turismo contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu-Consettur Machupicchu S.A.C. por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de precios “excesivos” en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes-Puente Ruinas-Ciudadela Inca de Machupicchu.