

Ideas Fuerza

1. La libre y leal competencia es el mecanismo por el cual se busca proteger la rivalidad entre los distintos competidores de una industria por ganar las preferencias de los consumidores. Esta rivalidad los incentiva a ofrecer los mejores productos posibles al menor precio posible, promoviéndose el mayor bienestar posible del consumidor, en la gran mayoría de mercados
2. Perú cuenta con un régimen de protección de la libre y leal competencia que en buena medida está en línea con las mejores prácticas y estándares a nivel internacional. Para efectos del presente documento abarca la represión de conductas anticompetitivas, el control de operaciones de concentración empresarial, la represión de la competencia desleal y la eliminación de barreras burocráticas. La agencia administrativa a cargo de su aplicación es el INDECOPI, también reconocida por su alto estándar técnico.
3. Sin dejar de reconocer lo anterior, hay espacio para implementar reformas que pueden reforzar aún más la autonomía de la institución y nivel técnico de sus organismos resolutivos, a fin de salvaguardarla de la presión y vaivenes políticos, y lograr mayor bienestar en el consumidor. En ese sentido, se proponen 6 acciones:

Acción #1: Reforzar la autonomía del INDECOPI, elevándola a nivel constitucional y mejorando el nombramiento de sus autoridades y de la selección de sus vocales y comisionados, y la relación de éstos con las secretarías técnicas. Asimismo, nombrar al menos uno de los comisionados y vocales de cada colegiado (al menos en la Comisión de Defensa de la Libre Competencia y en la Sala de Defensa de la Competencia) para que trabajen a tiempo completo y asignarles (o reasignarles, de ser el caso) un equipo propio de asesores legales y económicos.

Acción #2: Otorgar mayores recursos para el monitoreo y estudios de mercado a fin de contar con información valiosa para detectar conductas anticompetitivas y realizar recomendaciones a favor de la competencia. Para ello se debe crear un equipo especializado dentro de la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia, dedicado exclusivamente a la elaboración de abogacías de la competencia. Asimismo, asegurar la emisión de informes técnicos de opinión oportunos frente proyectos de ley y la implementación de una Política Nacional de Competencia.

Acción #3: Proteger lo avanzado en lo que respecta a los programas de clemencia como un mecanismo de detección de cárteles. Para ello, se debe derogar la Ley No. 31040 al menos en el extremo que contempla sanciones penales para todo tipo de prácticas anticompetitivas sin observar algún mecanismo de coordinación con el INDECOPI.

Acción #4: Optimizar el uso de los recursos destinados a la aplicación de la normativa de competencia desleal, priorización los casos que más afectan a los consumidores. Asimismo, enriquecer análisis que sustentan las sanciones con evidencia.

Acción #5: Fortalecer el respeto al principio constitucional de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado, con una Secretaría Técnica de la Comisión de Represión de la Competencia Desleal más proactiva en iniciar investigaciones en industrias relevantes.

Acción #6: Otorgar mayores recursos para realizar informes técnicos y abogacías respecto de normas que la Secretaría Técnica de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas no puede inaplicar directamente (normas con rango legal). Asimismo, reforzar el mecanismo para la inaplicación de barreras burocráticas ilegales con efectos generales, que beneficia con la inaplicación de la barrera a terceros.

I. Marco conceptual

La economía social de mercado reconocida en el Perú en la Constitución de 1993 y las reformas estructurales realizadas en los años previos y posteriores (privatización, desregulación, eliminación de subsidios, simplificación administrativa, entre otras), han traído más bienestar a los peruanos bajo casi cualquier parámetro: ingresos, reducción de la pobreza, consumo, exportaciones, etc.

La libre y leal competencia es el mecanismo por el cual se logra una asignación lo más eficiente posible de recursos y el mayor bienestar posible del consumidor (al menos en la gran mayoría de mercados, sin fallas de mercado significativas); y es precisamente uno de los pilares de la economía social de mercado, conjuntamente con el derecho de propiedad y la libre contratación.

No proteger la libre competencia, o fallar en hacerlo adecuadamente, puede tener consecuencias negativas sobre el bienestar social mucho más allá de los precios de un producto. Por ejemplo, dejar de consumir un alimento esencial o consumirlo más caro de lo que debería ser, a falta de competencia, puede comprometer el desarrollo de los niños. Asimismo, si la falta de competencia, lleva a pagar más por un servicio logístico o financiero, eso restará productividad.

II. El marco legal e institucional

En el Perú, la libre competencia está protegida desde la Constitución, que establece que “(e)l 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”. Este mandato constitucional de proteger la libre competencia está desarrollado en normas que restringen las conductas anticompetitivas como el Decreto Legislativo No. 1034; Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas; otras que prohíben la competencia desleal como el Decreto Legislativo No. 1044, Ley de Represión de la Competencia Desleal; y otras que proscriben la imposición de barreras burocráticas como el Decreto Legislativo No. 1256, Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas. Las normas citadas son segundas o terceras versiones normativas mejoradas en cada uno de sus campos, recogiendo la experiencia de varios años de aplicación en el país y tendencias normativas y jurisprudenciales internacionales. En ese sentido, puede afirmarse que, más allá de alguna mejora puntual, las normas son bastante completas y cuentan con reglas razonables y alineadas con estándares internacionales.

En lo que respecta al aspecto institucional, la agencia que está a cargo de la aplicación de las citadas normas, el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) goza de autonomía funcional, técnica, económica, presupuestaria y administrativa. Está organizada de manera tal que sus órganos de gobierno (Consejo Directivo, Gerencia General y otros órganos administrativos) están separados de los órganos resolutivos que deciden los casos. En lo que respecta a las políticas de competencia, los órganos resolutivos tienen dos instancias administrativas: las Comisiones (solo para mencionar las relevantes a efectos del presente documento, de Defensa de la Libre Competencia, de Represión de la Competencia Desleal y de Eliminación de Barreras Burocráticas) en primera instancia y las Salas del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual en segunda instancia. Ambos tipos de órganos cuentan con Secretarías Técnicas, que son sus órganos de apoyo y además dan inicio a los casos de oficio. Estas secretarías son, si se quiere, los “fiscales” que deben investigar los casos y proponer que se aplique una sanción.

INDECOPI es reconocida a nivel internacional como una agencia con un alto estándar de autonomía y calidad técnica. La revisión inter-pares realizada por la OCDE en 2018 reconoce que “(e)n la práctica, la influencia del Poder Ejecutivo o del Congreso en la definición de la agenda del trabajo del Indecopi ha sido mínima”¹. Asimismo, en una encuesta entre expertos locales realizada por el

¹ OCDE. Exámenes inter-pares de la OCDE y el BID sobre el derecho y política de competencia: Perú. 2018. p 10. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/PERU-Peer-Reviews-of-Competition-Law-and-Policy-SP-2018.pdf>

Programa UC Libre Competencia de la Pontificia Universidad Católica de Chile, el 80.4% de los encuestados calificó como “muy bueno” o “bueno” el desempeño de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, la primera instancia administrativa del INDECOPI. La Sala de Defensa de la Competencia fue calificada de manera similar por el 73.9% de los encuestados².

III. Seis acciones para mejorar y proteger lo avanzado

Sin dejar de reconocer lo antes expuesto, tanto el régimen legal y el marco institucional tienen algunas oportunidades de mejora que, de ser implementadas, podrían maximizar el impacto positivo de las políticas de competencia sobre los consumidores. Por un lado, la actuación del INDECOPI es fundamental para el correcto funcionamiento de los mercados. Por otro lado, en algunos aspectos cambios legales son imprescindibles para proteger lo avanzado. En línea con ello, se propone las siguientes líneas de acción:

1. Refuerzo de la autonomía y del nivel técnico de los organismos resolutivos del INDECOPI

Debe mejorarse el proceso de nombramiento de sus autoridades y de la selección de sus vocales y comisionados, y la relación de éstos con las secretarías técnicas. Ello a efectos de que se fortalezca la independencia respecto del Poder Ejecutivo y, a nivel de sus órganos resolutivos, para una mayor dedicación a los casos y una mayor separación entre los órganos de instrucción y los órganos de decisión.

Actualmente está en discusión un proyecto de Ley para otorgar al INDECOPI la calidad de organismo constitucionalmente autónomo³. Elevar a la agencia de competencia a esa categoría, que ya tienen algunos organismos reguladores, no es un mero tema cosmético. Es importante porque INDECOPI es un organismo cuyos objetivos –la defensa de la libertad de empresa, la libre competencia, la protección al consumidor y la propiedad intelectual– tienen rango constitucional. Asimismo, su Ley de Organización y Funciones pasaría a ser una ley orgánica, requiriéndose una votación calificada para su modificación.

Pero acaso más importante que lo anterior, INDECOPI pasaría a tener una forma de elegir a su Consejo Directivo similar a la de otros organismos reguladores: a través de un concurso público de méritos y con el voto de otros organismos constitucionalmente autónomos. Esto reduciría la discrecionalidad que hoy tiene el Poder Ejecutivo para nombrar a su Consejo Directivo; y le daría a la agencia más independencia respecto del poder político. Esto es importante porque cada vez hay más presión política sobre los organismos reguladores y agencias de competencia. Asimismo, debería regularse un nombramiento escalonado del Consejo Directivo, a fin de minimizar la relación con el “ciclo político”, y evitar expresamente que sus integrantes representen a un determinado sector.

En lo que se refiere a su funcionamiento interno, y partiendo de la premisa de que el INDECOPI ya tiene hoy un alto nivel técnico e independencia y probidad en sus decisiones; la alta complejidad y el volumen de información involucrada de muchos de los casos a su cargo hace recomendable que al menos uno de los Comisionados o Vocales de sus Comisiones y Salas trabaje a tiempo completo. Hoy trabajan a tiempo parcial, lo que dificulta que manejen el detalle de la información como lo hacen las Secretarías Técnicas.

Asimismo, los Comisionados y Vocales deberían tener un staff técnico (abogados y economistas, principalmente) que los apoyen exclusivamente en el análisis de los casos y la proyección de resoluciones. Esto último tendría la ventaja adicional de separar más aun la labor de las Secretarías Técnicas y los Organismos Resolutivos. Hoy, la Dirección Nacional de Investigación

² PROGRAMA UC LIBRE COMPETENCIA. Primera Consulta Técnica de Libre Competencia en el Perú. Institucionalidad, mercados digitales y control de operaciones de concentración empresarial. Enero 2022.

³ Proyecto de Ley No. 193/2021-CR. Disponible en: <https://wb2server.congreso.gob.pe/spley-portal/#/expediente/2021/193>

y Promoción de la Libre Competencia (antes, Secretaría Técnica de la Comisión de Defensa de la Libre Competencia⁴) es responsable de instruir los procedimientos sancionadores y de brindar apoyo técnico administrativo a la Comisión (es decir, sigue siendo su Secretaría Técnica, más allá del cambio de nombre). Este apoyo técnico incluye la proyección de resoluciones. Si bien este esquema es perfectamente legal y es usado por muchas agencias de competencia en el mundo, el cambio sugerido puede contribuir a mejorar la calidad de las resoluciones y la celeridad de los procesos.

2. Otorgar mayores recursos para el monitoreo y estudio de mercados; fortalecer la coordinación con otros organismos públicos que realizan contratación pública, asegurar la emisión de informes técnicos de opinión oportunos frente a proyectos de ley y la implementación de una Política Nacional de Competencia.

Tal como lo recomienda la OCDE⁵, debería otorgarse más presupuesto y recursos humanos a la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia⁶, específicamente para el monitoreo de mercados y la elaboración de estudios de mercado. La realización de este tipo de investigaciones podría tener un impacto positivo no sólo en la generación de nuevos (y más sólidos) casos sino también en la emisión de “abogacías de la competencia”⁷ que influyan positivamente en la regulación de determinados sectores económicos, con una visión de competencia. Para este fin se debe crear un equipo especializado dentro de la mencionada dirección, dedicado exclusivamente a la elaboración de abogacías de la competencia. Así, más allá de los recursos adicionales que deberían otorgarse, la creación de un equipo especializado es importante porque evita que, ante la carga administrativa derivada de procedimientos que requieren ser cerrados en un plazo concreto, se reste prioridad a estas investigaciones. En este proceso, se deberá utilizar una metodología clara y de acceso público para determinar y priorizar los mercados a estudiar; a fin de asegurar una adecuada priorización de recursos. Por ejemplo: tamaño del mercado, relevancia para el consumidor y/ o la economía, indicios de fallas de mercado o conductas anticompetitivas.

No es infrecuente que la regulación sectorial tenga, como un efecto colateral no deseado, un impacto negativo en la competencia mediante la generación de barreras de entrada. Las abogacías de competencia permiten visualizar este efecto y promover cambios regulatorios. Basándose en el monitoreo y estudios de mercado, la Comisión de Defensa de la Libre Competencia ya ha emitido este tipo de abogacías en mercados como los de servicios notariales, licitaciones públicas, seguros de salud, entre otros. En esa línea, debe profundizarse la coordinación con los organismos que realizan contratación pública a fin de capacitarlos en el mejor diseño de los concursos y que puedan colaborar con el INDECOPI en la detección y sanción de posibles licitaciones colusorias.

Finalmente, debe asegurarse que el INDECOPI emita opinión técnica institucional oportuna sobre todo proyecto de ley del Ejecutivo y el Legislativo que involucre efectos potenciales sobre la competencia, independiente de la existencia de solicitud de opinión. Asimismo, concretar el diseño, aprobación e implementación de una Política Nacional de Competencia, a partir del trabajo intersectorial y público-privado, de forma que se cuente con lineamientos, objetivos, metas e hitos para fortalecer en concreto la libre competencia.

⁴ La denominación cambió con el Reglamento de Organización y Funciones del Indecopi aprobado mediante el Decreto Supremo N° 104-2021-PCM, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 27 de mayo de 2021.

⁵ OCDE. Op. Cit., p. 150.

⁶ La referida dirección tiene un tercio o menos personal que entidades pares como la Fiscalía Nacional Económica de Chile Superintendencia de Control de Mercado de Colombia.

⁷ Informes no vinculantes en los que una agencia de competencia propone modificaciones al marco legal, porque considera que éste genera barreras a la competencia o incentivos para no competir.

3. Proteger lo avanzado en lo que respecta a los programas de clemencia como un mecanismo de detección de cárteles

A partir principalmente de las reformas aprobadas a la legislación de competencia en 2015, y de la publicación de la Guía del Programa de Clemencia en 2017, este mecanismo –a través del cual las empresas investigadas pueden ser beneficiadas con la reducción o la eliminación de una sanción a cargo de información que permita detectar o sancionar el cártel– ha sido fundamental para una mayor detección y sanción de cárteles.

Sin embargo, la aprobación de la Ley No. 31040, Ley que modifica el Código Penal y el Código de Protección y Defensa del Consumidor, respecto del acaparamiento, especulación y adulteración en agosto de 2020 pone en peligro el adecuado funcionamiento de los programas de clemencia. Ello porque la Ley permite al Ministerio Público iniciar un proceso penal sin que haya decisión previa sobre el caso del INDECOPI. La ley tampoco otorga cobertura alguna a la empresa que ha accedido al programa de clemencia. En consecuencia, es previsible que el inicio de procedimientos penales reduzca notablemente o incluso elimine los incentivos para colaborar con la autoridad.

Más allá de este muy probable impacto negativo sobre los Programas de Clemencia, debe mencionarse además que la Ley No. 31040 no restringe su aplicación a los casos más graves de cárteles (como pasa en otras jurisdicciones), sino que sanciona penalmente conductas anticompetitivas de abuso de posición de dominio. Esto es un grave error, pues este tipo de conductas son complejas, y muchas veces generan eficiencias que compensan posibles efectos anticompetitivos. Por ejemplo, para determinar que una empresa incurrió en un abuso de posición de dominio, se necesita definir si tiene en primer lugar posición de dominio en el mercado. Esa definición implica el análisis de mucha información económica, que, por lo demás, es sujeta a interpretaciones disímiles. Además, las empresas pueden ignorar que se encuentran en tal posición antes de ser denunciadas. Luego, la conducta que puede ser considerada como un “abuso” debe ser “injustificada” y tener un impacto negativo sobre la competencia. El definir tales requisitos también es complicado, pues el análisis de conductas varía de mercado a mercado e incluso de empresa a empresa. Entonces, la misma conducta que en una situación puede ser eficiente y, por lo tanto, lícita; en otra puede ser perjudicial para la competencia.

En ese contexto, se corre el riesgo de sancionar penalmente falsos positivos y, por ende, desincentivar conductas eficientes. Desde el punto de vista jurídico, la complejidad antes descrita hace que la conducta sea poco previsible para el administrado pues presenta no cumple el “principio de tipicidad”⁸. En línea con lo anterior, se debe derogar la Ley No. 31040, al menos en este extremo⁹.

4. En los casos de Competencia Desleal, optimizar el uso de recursos y enriquecer los análisis que sustentan sanciones con evidencia

En lo que respecta a la aplicación de la normativa de Competencia Desleal, la Secretaría Técnica debe ser más proactiva y explícita en priorizar los casos que más impacto negativo tienen sobre los consumidores, y posteriormente iniciar procedimientos de oficio en dichos temas¹⁰.

⁸ Las conductas sancionadas penalmente deben estar establecidas y claramente definidas en una ley. Ello permite tener predictibilidad respecto de las conductas que pueden ser sancionadas.

⁹ Otros aspectos en la Ley, como la prohibición y sanción de la “especulación” y “acaparamiento” trascienden el objeto de este documento, lo cual no quiere decir que constituyan una política pública recomendable.

¹⁰ Esto sin dejar de reconocer que ya se ocupa la mayoría de recursos (al menos contabilizados según el número de casos, ya que no se tiene información sobre los recursos destinados por tipo de caso) a casos de oficio. Según la Memoria Anual del INDECOPI para el 2020, se iniciaron 349 procedimientos administrativos sancionadores, de los cuales 225 fueron de oficio y 124 de parte.

Esto no es necesariamente una crítica a la autoridad ni a la norma peruana, que finalmente da a las partes el derecho a denunciar un amplio rango de prácticas. Sin embargo, lo cierto es que la Secretaría Técnica tiene un margen de discrecionalidad para iniciar casos que le permitiría una mejor priorización. Así, (i) podría poner más énfasis en las prácticas publicitarias que afectan a los consumidores, que suelen tener un impacto más amplio en ellos dado su alcance masivo; y (ii) en el caso de los actos contrarios a la buena fe en los negocios, como serían el boicot o el sabotaje empresarial, la autoridad podría difundir más sus criterios, permitiendo que se generen a iniciativa de parte los casos que realmente ameritan una intervención de la agencia.

Cabe mencionar que el INDECOPI cuenta con planes anuales de supervisión¹¹ en los que se prioriza la fiscalización “en función a aquellos sectores con mayor incidencia de incumplimientos a la normativa en materia de Competencia Desleal, y que generan mayor afectación a los usuarios”. Sin embargo, no se especifica cómo se definen estos impactos más allá de mesas de trabajo entre la Secretaría Técnica y las oficinas regionales del INDECOPI. Tampoco se realiza un análisis sopesando los resultados y los costos de cada tipo de intervención de oficio vs de parte.

Por su parte, el análisis de los casos de Competencia Desleal debe enriquecerse con un análisis basado en evidencia. Casos en los que se interpreta que determinada información es relevante para los consumidores y, por ende, debe ser indicada de manera obligatoria; deberían ser respaldados por encuestas u otra evidencia cuantitativa, y no solamente en el criterio de los comisionados o en fuentes doctrinarias. La Comisión y el Tribunal han sancionado, por ejemplo, casos de publicidades “engañosas”, pero que no necesariamente están respaldados en evidencia concreta de que los consumidores hayan entendido mal el anuncio o de que ello les haya generado un daño, tales como encuestas o estudios de casos¹². Esto contribuirá a tener estándares probatorios y criterios más objetivos que generen una mayor predictibilidad y disminuir la litigiosidad.

5. Fortalecer el respeto al principio constitucional de subsidiariedad de la actividad empresarial del Estado

El régimen económico de la Constitución de 1993 consagra lo que se conoce como el “principio de subsidiariedad” de la actividad empresarial del Estado¹³. Ello quiere decir que el Estado no puede realizar actividad empresarial a menos que la oferta privada sea insuficiente para satisfacer la demanda existente.

En 2001 la Gerencia de Estudios Económicos del INDECOPI realizó, a pedido del FONAFE, diversos informes¹⁴ sobre el grado de cumplimiento de diversas empresas públicas del “principio de subsidiariedad”. Estos informes contemplan una metodología operativa para determinar cuándo la oferta privada se da abasto para atender la demanda y evidenciaron que muchas de estas empresas públicas participaban en mercados en los que la oferta privada era más que suficiente para ello. Por ejemplo, Editora Perú, SIMA y Serpost.

¹¹ Ver, por ejemplo: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/1902049/3737389/PAS+2020+Covid-19+-+Plan+de+Fiscalizacioi%60n+de+Emergencia.pdf/164b2484-39f6-e18f-2b1e-7e37457289a5>

¹² Ver, por ejemplo, la Resolución 0123-2018/SDC-INDECOPI del 12 de junio de 2018, emitida en segunda instancia en un procedimiento administrativo iniciado de oficio contra Entel Perú S.A. por la realización de actos de competencia desleal en la modalidad de engaño. En este caso, la Sala correctamente revoca la sanción. Lo relevante para nuestro punto no es el resultado del caso, sino el hecho de que la resolución no utilice evidencia empírica alguna para acreditar que el anuncio es engañoso o no. Solo cita criterios jurisprudenciales y el propio criterio de la Sala.

¹³ “Artículo 60.- Constitución Política del Perú

(...) Sólo 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. (...)”.

¹⁴ Ver, por ejemplo: INDECOPI. GERENCIA DE ESTUDIOS ECONÓMICOS. *Evaluación de las condiciones para el desarrollo de actividad empresarial del Estado: Empresa Peruana de Servicios Editoriales S.A.* Agosto 2001. Disponible en: <https://www.indecopi.gob.pe/documents/20182/143803/InformeN039-2001-GEE.pdf>. Estos informes están disponibles online en el portal del INDECOPI, pero sólo pueden encontrarse a través de una búsqueda específica. Tratándose de informes de alta calidad y con información muy valiosa, debieran estar compilados en un solo espacio y ser de fácil acceso.

Ahora bien, lo cierto es que el principio de subsidiariedad estatal se ha visto mellado en gran medida por decisiones del Tribunal Constitucional, que ha establecido que, por ejemplo, no se considera actividad empresarial del Estado aquella realizada a través de personas jurídicas sin fines de lucro¹⁵. Este, criterio, como puede apreciarse, deja un gran espacio para que el Estado realice actividad económica y distorsione la competencia, bastando que no cree formalmente una persona jurídica societaria.

A pesar de ello, lo cierto es que sobre la base del Decreto Legislativo 1044 de 2008, Ley de Represión de la Competencia Desleal, el referido principio constitucional tiene “dientes”. Por ello, la Secretaría Técnica de la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal debería realizar informes técnicos sobre el cumplimiento de este principio en industrias relevantes e iniciar procedimientos de oficio¹⁶. Hacerlo resulta de la mayor importancia en un momento en el que se propone modificar el principio constitucional para darle un mayor rol empresarial al Estado, crear nuevas empresas públicas o expandir las ya existentes para solucionar problemas (reales o no) en diversos mercados.

6. Reforzar las capacidades de la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas y la aplicación del Análisis de Impacto Regulatorio

La Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas tiene por finalidad analizar las regulaciones, actos administrativos y actuaciones materiales de las entidades de la Administración Pública que establezcan requisitos, exigencias, limitaciones, cobros y prohibiciones que impacten en el acceso o en la permanencia de los agentes económicos en el mercado, a fin de determinar su legalidad y razonabilidad. Cuando una regulación es considerada barrera burocrática en razón de su ilegalidad; es decir, que no hay una ley que autorice a la autoridad a dictarla o cuando existiendo tal autorización la regulación contradice la Ley, la Comisión debe disponer su inaplicación con efectos generales¹⁷. En virtud de ello, incluso terceros que no han denunciado la norma, se benefician con su inaplicación. Esta norma tiene por objeto agilizar la eliminación de barreras burocráticas.

Hoy, sin embargo, dicha norma se viene aplicando con un criterio restrictivo. La Comisión está asumiendo, por ejemplo, que la inaplicación con efectos generales se restringe a la misma industria en la que se resolvió el caso que da origen al precedente¹⁸. ¿Por qué debería ser así en casos en los que el problema se origina en una norma o acto administrativo que indistintamente se aplica a diversas industrias? Quizás, esta restricción se ha impuesto con la finalidad de controlar el flujo de casos iniciados. Si es así, deberían otorgarse más recursos a la Comisión para poder analizar estos casos.

Asimismo, la Secretaría Técnica de la referida comisión debe tener presupuesto para realizar informes técnicos y abogacías respecto de normas que no puede inaplicar directamente (p.e., normas con rango legal), con la finalidad de promover una discusión más amplia sobre la calidad regulatoria en el país. Estos informes deberían incluir un análisis del impacto que las normativas tienen sobre la competencia, posiblemente en coordinación con la Comisión de Defensa de la Libre Competencia (ver punto 2, supra).

¹⁵ Ver, por ejemplo, la sentencia emitida en el Expediente No. 07644-2007-PA/TC (Caso Gremco Publicidad S.A. v. Gremco). Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/07644-2006-AA.pdf>

¹⁶ Si ha pedido informes a la Gerencia de Estudios Económicos en casos iniciados de parte.

¹⁷ Numeral 8.1 del Artículo 8 del Decreto Legislativo No. 1256.

¹⁸ Ver, por ejemplo, la Resolución No. 0137-2021/CEB-INDECOPI del 28 de mayo de 2021, emitida en el procedimiento iniciado por la empresa Blending S.A.C. contra la Municipalidad Provincial del Callao (Expediente No. 000013-2021/CEB). En dicha resolución, la Comisión señala que: “... si bien las medidas objeto de denuncia han sido declaradas ilegales y se encuentran contenidas, entre otros, en disposiciones administrativas, la denuncia y el correspondiente análisis se enmarca en las plantas Oquendo y Mora de la denunciante, de modo que no resultaría factible una aplicación a agentes económicos adicionales que se podrían beneficiar, por lo que no corresponde una inaplicación con efectos generales”.

Por otro lado, hay un gran margen de maniobra más allá de la actuación del INDECOPI. El Ministerio de Economía y Finanzas tiene a su alcance, por ejemplo, el Programa de incentivos a la Mejora de la Gestión Municipal¹⁹; el cual podría incluir incentivos para las municipalidades que mejoren sus indicadores de buenas prácticas regulatorias.

En ese sentido, y reconociendo los avances que se ha dado en los últimos tiempos en términos de calidad regulatoria con el Decreto Legislativo N° 1310, su Reglamento, y el Manual para la aplicación del Análisis de Calidad Regulatoria, aprobado por Resolución Ministerial N° 196-2017-PCM; debería definirse el alcance de estas obligaciones, de modo tal que no alcance sólo al Poder Ejecutivo, sino también a los gobiernos regionales y locales.

Finalmente, el enfoque del análisis de impacto regulatorio debe orientarse más hacia el fondo de las normas y no solo hacia el cumplimiento de las autoridades de un adecuado procedimiento regulatorio. Es decir, a analizar también los costos y beneficios, y a confirmar si constituyen o no una acertada política pública. Así, es muy importante que las normas sean idóneas en forma y en fondo.

DOCUMENTO

ELABORADO

POR:

Mario Zúñiga

Abogado.

Líder de la práctica de Competencia y Mercados de EY Law.

Para la elaboración de esta Ruta Perú, agradecemos los aportes y comentarios recibidos de los miembros de la Comunidad de Líderes de Desarrollo Nacional y el Comité Estratégico de Desarrollo Nacional de IPAE, así como de los siguientes expertos (en orden alfabético): Alfredo Bullard, Alejandro Falla, Ivo Gagliuffi, William Kovacic, Vincent Poirier, Sofía Ugás y Rafael Vera Tudela.

¹⁹Ver: https://www.mef.gob.pe/es/?option=com_content&language=es-ES&Itemid=101547&lang=es-ES&view=article&id=2221