

EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO Y LAS PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA, DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO PENAL

Dr. Julio Durand Carrión*

CÓDIGO PENAL, TÍTULO IX: DELITOS CONTRA EL ORDEN ECONÓMICO CAPÍTULO I: ABUSO DEL PODER ECONÓMICO

Artículo 232.- Abuso de poder económico

El que, infringiendo la ley de la materia, abusa de su posición monopólica u oligopólica en el mercado, o el que participa en prácticas y acuerdos restrictivos en la actividad productiva, mercantil o de servicios, con el objeto de impedir, restringir o distorsionar la libre competencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de seis años, con ciento ochenta a trescientos sesenticinco días-multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 2 y 4.

CONCORDANCIA Las infracciones de índole administrativo, son reconocidas también como justiciables penalmente; y la iniciativa de la acción penal compete exclusivamente al Fiscal Provincial (Art. 19 del D.Leg. 701, publicado el 11.07.91, modificado por el D.Leg. N° 807, publicado el 18.04.96)

INTRODUCCIÓN GENERAL

La legislación de libre competencia y en especial el Decreto Legislativo 701 es en esencia una legislación represora de conductas que atentan contra el desarrollo de actividades económicas y que afectan el mercado como eficiente asignador de recursos, perjudicando por ende a los consumidores que son la razón de ser del sistema y que tanto la sociedad como el Estado no están dispuestas a tolerar. En este contexto el derecho penal sanciona también las conductas lesivas al orden económico y en especial las estatuye como delito el abuso de poder económico, cuya tipicidad es preciso determinar con precisión para evitar distorsiones en el tratamiento jurídico del tema.

Por ello, es importante identificar cuáles son las conductas prohibidas por la legislación y que son objeto de sanción; luego, a partir de este

* Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad católica del Perú, Vicepresidente de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI. Profesor de las facultades de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres, la Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

proceso de identificación o tipificación, establecer si a través del esquema de las normas de libre competencia es posible también proteger los derechos de los consumidores tal como lo establece el marco constitucional y si hay un adecuado tratamiento de la dogmática penal en cuanto al delito de abuso de poder económico.

En este sentido, cabe señalar que la prohibición de las prácticas de abuso de posición monopólica u oligopólica, y las prácticas y acuerdos restrictivos de la actividad económica, que establece el artículo 232 del Código Penal como elementos constitutivos del delito de «Abuso de Poder Económico», están recogidos por la legislación especializada en la materia, es decir el Decreto Legislativo 701 como prácticas de abuso de posición de dominio en el mercado y prácticas restrictiva o colusorias de la libre competencia y su regulación responde a principios rectores la Constitución Política del Perú, establecidos en el Régimen Económico, artículos 58 al 65, en los que se establece que el Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria y que vigila la libre competencia entre otros principios.

Al analizar el artículo 232 del Código Penal nos damos cuenta que estamos frente a lo que la doctrina llama «ley penal en blanco» o «ley penal incompleta e imperfecta»². En efecto, en la estructura del artículo 232 se establece la sanción y una parte del precepto, trasladando a la ley de la materia, es decir a la ley especializada, en este caso el Decreto Legislativo 701, la función de completar el precepto y determinar con precisión el tipo penal que da lugar al delito de abuso de poder económico. La resolución del coloquio de Edimburgo de Brisgovia –República Federal de Alemania–³, declara que las leyes en blanco, a los fines de su admisibilidad, deben determinar la acción o el resultado prohibidos.

Enrique Cury (ob. cit.), entiende que la ley penal en blanco tiene que describir la acción y omisión de tal manera que por sí misma esté en condiciones de cumplir con la función de garantía e informar, además, acerca de la naturaleza del bien jurídico que el tipo penal una vez complementado está destinado a proteger. Con las limitaciones propias del principio de tipicidad, la técnica legislativa exhibida por las leyes penales en blanco asume el carácter de un mal necesario en el marco de una legislación penal económica. En efecto, las leyes de este tipo son sancionadas en virtud de una realidad económica eminentemente circunstan-

DELITO DE ABUSO DE PODER ECONÓMICO, LA LEY PENAL EN BLANCO

² Las leyes en blanco son aquellas que, a la vez que establecen la sanción a imponer, complementan su precepto mediante un reenvío a otra disposición. Describen parcialmente el tipo penal, delegando la determinación de la conducta punible o su resultado a otra norma jurídica, a la cual remiten en forma expresa o tácita.

³ *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1° y 2° semestre de 1983; Enrique Cury, *La Ley Penal en blanco*, Editorial Temis, p. 36.

cial, respondiendo a valoraciones de coyunturas que por las mismas características fluctuantes del proceso económico deben ser adaptadas rápidamente a nuevos fenómenos o a situaciones no previstas originalmente. En tal sentido, consideramos que el tipo penal ha de cumplir su función de garantía y de su contexto deberá resultar la advertencia al justiciable acerca de la conducta prohibida.

La ley penal en blanco, en tanto que deriva a la ley especial la configuración del tipo penal, constituye una quiebra del principio de la indelegabilidad de las funciones legislativas derivada de la división constitucional de poderes, y si la ley no determina, al menos, genéricamente la conducta punible y solamente individualiza la pena para los actos y omisiones contrarios a las normas de las disposiciones complementarias, existiría una delegación inconstitucional. Esta situación jurídica es propia del sistema del Derecho Penal Económico ya que su estructura prevé este tipo de tipicidad de normas en blanco y este conflicto con el principio de legalidad y reserva ha llevado a la elaboración de las «Recomendaciones del XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho Penal sobre el concepto y los principios fundamentales del Derecho Penal Económico y de la Empresa», celebrado en El Cairo, en 1984, cuyo punto 8* dice: «En relación con la descripción de los delitos, el empleo de técnicas de remisión a instancias normativas fuera del derecho penal, para determinar cuáles son las conductas que se incriminan, puede conllevar el peligro de imprecisión y falta de claridad, así como un exceso de delegación del poder legislativo en la Administración. La conducta o el resultado prohibidos deben estar especificados, en lo posible, en el propio precepto penal».

**PRINCIPIO DE
TIPICIDAD Y
PRINCIPIO DE
LEGALIDAD**

Las imprecisiones originadas por los reenvíos dispuestos por las leyes penales en blanco propias e impropias, plantean graves problemas de admisibilidad constitucional por encontrarse claramente comprometida la garantía de tipicidad. El principio de legalidad expresado en su máxima «nullum crimen nulla poena sine lege praevia» es un soporte en el que se sustenta el derecho penal democrático por el cual un hecho solamente puede constituir delito y resultar penado si se corresponde exactamente con la descripción contemplada en la ley previa. En este sentido es muy importante determinar con precisión la tipicidad de las conductas pasibles de sanción penal, por ello la norma especializada a la cual se remite el Código Penal debe señalar de manera clara, suficiente, precisa y coherente la conducta que constituye el tipo penal, lo cual es una garantía propia del sistema jurídico y más aún del Derecho Penal cuya dogmática se basa en el famoso principio de legalidad («nullum crimen nulla poena sine lege praevia»).

En efecto, todos los ciudadanos debemos tener la garantía de que no sufriremos las secuelas de un proceso penal en el que la determinación

del delito no esté claramente establecida, por ello es de suma importancia analizar cuál es el alcance normativo de la ley de la materia que establece como reprochables el abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas restrictivas de la libre competencia. En este sentido, Fernández Segado⁴ expresa que en España el Tribunal ha interpretado que debe precisarse que por las libertades de empresa no se reconoce el derecho de acometer cualquier empresa, sino sólo de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, cuyo ejercicio esté disciplinado por normas de distinto orden. En nuestro caso, esto se da en nuestra legislación de la libre competencia porque en este estatuto jurídico se prevé una serie de disposiciones que garantizan el derecho a la libre empresa, la libre iniciativa privada, la libre contratación, la buena fe mercantil, la igualdad de trato, la protección de intereses económicos, etc., es decir, normas que tienden a proteger y promover el instituto jurídico de la competencia como uno de los pilares del proceso de desarrollo económico y crecimiento del mercado, teniendo como límite evitar el ejercicio irrestricto de la libertad de empresa, porque ésta tiene sus límites que la regulan, para tener un mercado más transparente y competitivo. Dichas normas en esencia protegen al ciudadano consumidor que es quien da vida al mercado con sus actos de consumo y que el sistema jurídico debe proteger.

Más allá del alcance de las limitaciones originadas en el principio de legalidad, es innegable que este conflicto de orden constitucional ha de ser resuelto en forma ineludible por la propia sistemática penal en relación con el texto constitucional y quizá la generalidad con que han sido aceptadas este tipo de leyes ha llevado a parte de la doctrina a rechazarlas. El principio de legalidad rige en toda su plenitud, y su vigencia no puede ser negado ni discutido por el Derecho, cuya dimensión, según Sebastián Soler⁵, «...es algo más que un mero accidente histórico o una garantía que hoy puede o no otorgarse, pues él asume el carácter de un verdadero principio necesario para la construcción de toda actividad punitiva que pueda actualmente ser calificada como jurídica y no como un puro régimen de fuerza».

En el ámbito de los delitos económicos, existen bienes jurídicos que por sus condiciones cambiantes —ciertamente coyunturales— pueden ser, gravemente afectados, determinando regulaciones cambiantes. Estas variables, se producen en el ámbito de una dinámica de la economía nacional y global que se caracteriza por exhibir cierta inestabilidad, cuya regulación se expresa en las normas del libre mercado y si bien el reenvío a

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

⁴ Fernández Segado, Francisco (1995) «El régimen socioeconómico y hacendístico en el ordenamiento constitucional español». En *Derecho y Sociedad*. Lima, Asociación Civil Derecho y Sociedad, N° 10, p. 85.

⁵ Soler, Sebastián. *Derecho penal argentino*. Tomo I, p. 107.

instancias administrativas más dinámicas resulta un instrumento ágil para la consagración de los tipos penales, podría presentarse eventualmente un abuso en el empleo de estas figuras o una corriente tendiente a su exclusión, lo que ha llevado a exigir que las mismas cumplan ciertos requisitos para resultar admisibles constitucionalmente.

El principio de legalidad y el de reserva exigen la descripción de la conducta punible y de las penas aplicables, más allá que el legislador autorice al Poder Ejecutivo reglamentar las circunstancias o condiciones concretas de los tipos previstos. Por lo tanto, para entender con precisión, desde el punto de vista del Derecho Penal, cuál es el bien jurídico protegido en el delito de abuso de poder económico, es necesario escudriñar previamente en el Derecho Constitucional y analizar el artículo 61 de la Constitución Política del Perú, que establece : *«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»*.

En principio, siguiendo un orden sistémico, diríamos que el bien jurídico protegido es el régimen o el sistema económico como tal y el instituto de la libre competencia, dado que es preocupación del Estado vigilar y proteger la libre competencia como institución que permite la transparencia y el crecimiento del mercado en el proceso de desarrollo económico del país. No obstante, si vamos más allá del precepto constitucional, pero dentro de su enfoque sistémico del régimen económico, nos damos cuenta que confluyen una complejidad de regulaciones, estrechamente vinculadas a las relaciones económicas nacionales e internacionales que por sus características comprometen gravemente los intereses sociales de mayor significación, por ello tanto el abuso de posición de dominio en el mercado como las prácticas restrictivas de la competencia constituyen conductas que en el fondo afectan al consumidor porque el bienestar del consumidor en el mercado está en función de los precios, la eficiencia productiva, la adecuada asignación de recursos, entre otras prerrogativas de la libre competencia. Por ello es totalmente válido que cualquier conducta de un agente económico que de una u otra manera tienda no solo a abusar de su posición de dominio en el mercado, sino también que tienda a impedir, restringir o falsear la competencia y a presionar al consumidor con condiciones de comercialización absurdas y abusivas, pueda ser sancionada por la autoridad competente, y eventualmente ser pasibles también de sanción penal, dejando de lado interpretaciones restrictivas de la ley que puedan soslayar las conductas explotativas de los agentes en el mercado.

Para algunos autores el bien jurídico a tutelar por la norma penal es la «libertad económica» o la «libertad de competencia» que puede verse afectada por determinadas conductas de abuso de posiciones dominantes, prácticas restrictivas e inclusive por la modificación de la es-

estructura del mercado en el caso de las concentraciones económicas, que en el Perú solo está considerada para el sector eléctrico. El criterio decisivo para la calificación como restricción de la competencia es el grado y la proporción de la afección al bien jurídico.

La Ley de Libre Competencia a la cual se remite la norma penal se ha estructurado sobre la base de las llamadas prácticas colusorias o restrictivas de la competencia, por un lado, y el abuso de posición de dominio, por el otro, de tal manera que se evidencia que existe un vínculo innegable entre libertad de empresa y libertad de competencia dentro del mercado, y de forma muy explícita se señala la plena legitimidad constitucional de las medidas de orden público dirigidas a asegurarla; y en este sentido las normas del Código Penal referidas a los delitos contra el orden económico, no obstante ser normas penales en blanco, están estructuradas bajo una lógica coherente de la dogmática penal y el Derecho de la Libre Competencia y demás normas propias del llamado Derecho Ordenador del Mercado (Derecho del Consumidor, Derecho Publicitario, Derecho de la Competencia Desleal y Propiedad Intelectual, entre otros); en este sentido el complemento de la norma penal es un acto administrativo de la legislación especializada concebido ya por ella misma

La punición de las conductas consideradas como restricciones de la libre competencia, bajo criterios de merecimiento de pena, es decir, teniendo en cuenta la lesión o el peligro concreto al que se exponen los bienes jurídicos protegidos, como el proceso competitivo o la libertad de acción de los agentes en el mercado; debe considerar los efectos dañinos resultantes de dichas conductas. Esta exigencia de la dogmática penal es muy importante, toda vez que el principio de lesividad está recogido en nuestro Código Penal en su artículo IV del Título Preliminar que establece: *La pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley*, y si revisamos el artículo 3 del Decreto Legislativo 701 podemos establecer que en su parte final se establece también que las conductas de abuso de posición de dominio en el mercado y las prácticas restrictivas de la libre competencia en las actividades económicas están prohibidas y serán sancionadas en tanto que causen perjuicios al interés económico general en el territorio nacional, de manera que hay de por medio la exigencia de un resultado para que las conductas puedan ser pasibles de sanción.

En materia económica, los tipos penales son de resultado y esto es muy importante para determinar el tipo penal ya que si la conducta no tiene un efecto en la economía, es decir, no hay de por medio una afectación al interés económico general, es difícil establecer si se ha configurado una lesión a la competencia en los términos establecidos por la propia ley especializada en la materia.

PRINCIPIO DE LESIVIDAD

CONDUCTAS DETERMINANTES DEL TIPO PENAL

Según la Ley de Libre Competencia, las conductas que deben ser consideradas para efectos de sanción son:

1. Actos de abuso de posición de dominio en el mercado, tanto en sus modalidades de conductas explotativas como exclusorias. En estos casos, para efectos de determinar con claridad el tipo penal, es importante tener en cuenta la finalidad monopolizadora de explotar y desplazar, toda vez que son estas condiciones las que determinan con la mayor precisión la sanción penal para estos casos de abuso. Un criterio importante de sanción en estos casos es la actitud interna, es decir, el aspecto volitivo del agente, expresado en ejecución de una acción dolosa contra la competencia, con el fin de monopolizar, explotar, excluir y desplazar del mercado o crear barreras de entrada al mercado, afectando la libertad económica de otros agentes económicos. También se debe tener en cuenta las conductas dirigidas a impedir o entorpecer la libre elección en el tráfico económico y la idoneidad para ocasionar daños en perjuicio de los consumidores.
2. Prácticas restrictivas o colusorias de la libre competencia: Se refiere a acuerdos, decisiones, prácticas paralelas y a todo tipo de acción que de manera conjunta establecen determinados agentes en el mercado para impedir, falsear o restringir la competencia. Incluye acuerdos verticales, es decir, la creación de barreras estratégicas u otros comportamientos que tengan por objeto restringir la competencia. Las acciones merecedoras de sanción tienen que cumplir los mismos requisitos de merecimiento de pena que las acciones de monopolización. Estos elementos están dados en las cláusulas de atadura o ventas atadas, las cláusulas de exclusividad, los acuerdos de marca única, las cláusulas de fidelidad, las cláusulas de ventas mínimas producidas mediante presiones, así como el boicot, etc.
3. Podemos señalar un propósito omnicomprendivo de la ley de libre competencia al tratar de abarcar todos los escenarios posibles que en los hechos y por sus efectos en el mercado, constituyan un abuso de posición de dominio o una práctica restrictiva. Por ello en el artículo 5 y 6 del Decreto Legislativo 701 en la parte final se expresa «*Otros casos de efecto equivalente*», esto quiere decir que constituirá conducta atentatoria contra la libre competencia cualquier acto que no esté tipificado en el artículo 5 y 6, pero que por sus efectos lesivos al interés económico general en el territorio nacional sea asimilable a los actos señalados expresamente en la ley. Algunos autores consideran esto como un tipo abierto que no es una garantía para el sistema jurídico penal, por ello es muy importante la labor del órgano administrativo que por mandato del artículo 19 de la Ley de Libre Competencia debe establecer como precisión la comisión de la conducta y sancionarla como corres-

ponde, poniendo en conocimiento al Ministerio Público en el caso que considere que es una conducta pasible de sanción penal

En efecto, el artículo 19° del Decreto Legislativo 701 en cuanto a la Acción Penal, establece que: Si la Comisión estimara que en las infracciones tipificadas en los incisos a), b) y c) del Artículo 5° e incisos a), b), c), d), e), f), g), h) e i) del Artículo 6°, el responsable actuó dolosamente y que el perjuicio fuera de naturaleza tal que se hubieran generado graves consecuencias para el interés económico general, procederá a formular la correspondiente denuncia penal ante el Fiscal Provincial Competente. La iniciativa de la acción penal ante el Poder Judicial, por infracción del Artículo 232° del Código Penal, compete exclusivamente al Fiscal Provincial, quien la inicia sólo luego de recibida la denuncia de la Comisión. (Modificado por el Artículo 11° D. Leg. N° 807).

En este sentido para que el Ministerio Público ejerza acción penal en contra de determinadas personas por el delito de abuso de poder económico, es necesario que previamente exista un pronunciamiento de la autoridad de competencia sancionando a dichas personas por la comisión de conductas anticompetitivas, ya sea que se trate de conductas de abuso de posición de dominio o de prácticas colusorias o restrictivas de la competencia. Dicho pronunciamiento debe tener la condición jurídica de «cosa decidida» en sede administrativa⁶, de modo que una vez concluido el procedimiento administrativo, será la autoridad de competencia, es decir, la Comisión de Libre Competencia del Indecopi quien evaluará la conveniencia de interponer una denuncia ante el Ministerio Público si encuentra indicios de la existencia de dolo en la infracción sancionada así como una grave afectación al interés económico general.

La prohibición del abuso de posición de dominio en el mercado contenida en los artículos 3 y 5 del Decreto Legislativo 701, incluye tanto las conductas exclusorias —es decir, aquellas dirigidas a excluir a los competidores del mercado— como las conductas explotativas —es decir, aquellas dirigidas a ejercer de manera abusiva la posición de dominio para explotar a los consumidores—, lo que es consistente con el origen comunitario europeo de la legislación nacional en la materia y nuestro marco constitucional que sanciona el abuso de posiciones dominantes o monopólicas, con la interpretación del Tribunal Constitucional que ha sostenido que la protección del consumidor es una obligación que no puede ser mediatizada con interpretaciones antojadizas o restrictivas de la ley, y con la jurisprudencia de la Corte

⁶ El acto administrativo que tiene la calidad de cosa decidida es aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo, ya sea porque se trata de un pronunciamiento emitido por la última instancia administrativa o porque no se interpusieron los recursos administrativos correspondientes en el plazo legal.

Suprema de Justicia de la República que también se ha pronunciado por sancionar las prácticas explotativas de los agentes económicos.

Un último pronunciamiento de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal del INDECOPI, Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI ha reconocido expresamente que el abuso de posición de dominio en el mercado puede expresarse en conductas exclusorias y conductas explotativas⁷. Esta resolución ha causado polémica, porque para algunos autores la ley solo se refiere a conductas exclusorias, a pesar de que no existe disposición expresa en este sentido y porque consideran que es el propio mercado el que debe solucionar los inconvenientes y abusos de posición de dominio que se presenten en el juego de la competencia, sin necesidad de que participe la autoridad competente para corregir los efectos negativos que afecten al consumidor.

La referida resolución del Tribunal en principio está arreglada a Derecho, además de tener un razonamiento legal y una riqueza conceptual acorde con las modernas tendencias del Derecho de la Competencia y la Economía.

En efecto, nuestra Constitución en su artículo 58 garantiza el derecho a la libre iniciativa privada, presupuesto esencial de la economía de mercado y el constitucionalismo económico; y en este sentido, se respetan y promueven las iniciativas empresariales y es obvio que todos los agentes tienen el derecho de fijar sus precios, sus condiciones de comercialización, sus márgenes, sus sistemas de mercadeo y distribución y demás prerrogativas que busquen eficiencia y rentabilidad en el negocio, pero es obvio que el ejercicio de estas libertades debe hacerse en concordancia con el marco legal, caso contrario es susceptible de que esta libre iniciativa privada pueda ser ejercida de manera abusiva bloqueando el mercado, presionando, pervirtiendo y destruyendo la sociedad de consumo y obstaculizando la libre competencia, dejando de lado las leyes de la oferta y demanda para reemplazarlas por la voluntad unilateral y arbitraria que termina afectando paradójicamente al consumidor que es quien precisamente da vida al mercado a través de sus actos de consumo. Así mismo el artículo 61 de la Constitución establece que el Estado combate toda práctica que limite la libre competencia y combate además el abuso de posiciones dominantes o monopólicas.

Por lo tanto, existe consistencia en la resolución del Tribunal cuando se establece que el artículo 3 y 5 del Decreto Legislativo al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado, incluye conductas abusivas de exclusión y conductas abusivas explotativas, puesto que la ley no hace distinciones al respecto y nadie puede hacer diferencias ahí donde la ley no las hace.

⁷ Resolución 0225-2004 TDC/INDECOPI del 4-6-04 en denuncia de la Central Unitaria de Trabajadores (CUT) y el Congresista Javier Diez-Canseco contra las AFP.

Además, la posición de dominio que obtiene una empresa es en esencia un reconocimiento que le otorga el propio mercado a la iniciativa privada de aquellos agentes económicos que tienen determinadas condiciones, pero eso no significa una patente de corso para abusar y establecer prácticas de comercio explotativas, basadas en arbitrariedades, porque la arbitrariedad y el abuso es de suyo sancionable en cualquier sistema, máxime si se abusa del consumidor que es el protagonista del mercado, eso es un principio general que subyace en la esencia misma del derecho y vigente en cualquier sistema jurídico.

De otro lado, la resolución del Tribunal al establecer que el artículo 5 del Decreto Legislativo 701 tipifica, prohíbe y sanciona el abuso de posición de dominio en el mercado en sus dos modalidades ha reconocido la reiterada jurisprudencia comunitaria europea consolidada incluso en el Proyecto de Constitución de la Unión Europea y en la legislación de países europeos como Alemania y el Reino Unido⁸.

Por otra parte, el mercado es un proceso en permanente movimiento en el que interactúan las personas poniendo de manifiesto sus intereses, es decir una relación biunívoca entre proveedores y consumidores, cuyos intereses se expresan en los precios y en la aceptación de tales precios, lo que genera una mutua actuación que es la que otorga dinámica al mercado y la economía de mercado se desarrolla sobre la base de la libre elección de los consumidores y la formación autónoma de los precios, de manera que el Estado no puede interferir directamente en la formación de los precios, sino solo proveer las condiciones de institucionalidad y legalidad que haga posible el desarrollo económico, y en este sentido el Estado es responsable de establecer una estructura legal sólida, coherente y principista que garantice una economía eficiente y un desarrollo social pacífico y una asignación de recursos equitativa.

Sin embargo, no es posible cerrar los ojos a una realidad, el mundo de Adam Smith ya no está vigente, no es el nuestro. Las cosas han cambiado. Hoy las empresas han crecido enormemente al punto de que sus economías son mayores que las de muchos países y su poder en el mercado es innegable. La situación de inferioridad en la que se encuentran los consumidores es patente y hace quimérico (rompe) el equilibrio de intereses que la ley busca⁹.

Es posible que el poder de estas empresas pueda, de una u otra manera, romper ese equilibrio que la ley propone e imponga condiciones de

⁸ Ley de Defensa de la Competencia Británica de 1998 prohíbe el abuso de posición de dominio en el mercado, sancionando los precios inequitativos y la limitación de la producción o el desarrollo tecnológico que perjudique a los consumidores.

⁹ Gutiérrez Camacho, Walter (2004) «Principio de libertad de precios». En *Legal Express*, publicación mensual de Gaceta Jurídica, N° 43, Año 4, julio, p. 4.

comercialización que produzcan fallas en el mercado, haciendo que éste no funcione a la perfección como suponían los clásicos liberales¹⁰. Estas fallas de mercado producidas por eventuales abusos de los agentes económicos no pueden ser solucionadas por el propio mercado, eso es difícil e inclusive utópico en un país como el nuestro, con una democracia incipiente; una economía de mercado relativa, informal e imperfecta; estructuras sociales, políticas y económicas atrasadas; con profundos desniveles socioeconómicos en un mismo mercado; con bajo nivel educativo y altas tasas de analfabetismo, entre otras cosas que dificultan nuestro desarrollo.

De ahí que solamente una adecuada interpretación de la Ley como la efectuada por la Sala de Defensa de la Competencia permitirá a las autoridades competentes, en nuestro caso el INDECOPI, sancionar esas conductas y corregir las eventuales fallas del mercado. Por lo tanto, la resolución comentada es válida y no significa de ninguna manera una intervención del Estado, porque solo se ha expresado que el Decreto Legislativo 701, al hablar de abuso de posición de dominio en el mercado, incluye los actos exclusorios y los actos explotativos que tiendan a perjudicar los derechos de los consumidores sin entrar en detalles de control o intervención gubernamental, y cualquier argumentación que exprese lo contrario es falaz desde nuestro punto de vista.

Para evitar fraudes de ley y conflictos con la actividad administrativa, la relación entre el Derecho Penal y el Derecho de la Competencia, debería estar regulada para asegurar la sanción administrativa en caso de haberse archivado el proceso penal, debido a que no se ha podido individualizar al autor (persona natural), pese a que se ha comprobado la existencia de una conducta delictuosa cometida en el marco de las actividades económicas de una empresa.

Finalmente, la legislación antimonopólica, si bien es cierto está dirigida a promover la competencia y evitar la comisión de actos colusorios y restrictivos, busca, finalmente, que los agentes económicos no presionen el mercado y no afecten con su actividad empresarial los derechos de los consumidores que son quienes dan vida al mercado a través de sus decisiones e innumerables actos de consumo.

¹⁰ PepsiCo Inc. es el cuarto grupo mundial agroalimentario, detrás de Nestlé, Kraft y Unilever. Ha realizado, en el 2003, ventas por 26 mil 971 millones de dólares y está presente en 160 países.

The Coca-Cola Company es la líder mundial de bebidas gaseosas y ha realizado ventas por 21 mil 44 millones de dólares, en el 2003, y está presente en 200 países. El 24 de marzo de 2004, la Comisión Europea de la Competencia (Bruselas) sancionó a la empresa Microsoft con una multa de 497 millones de euros por abuso de posición de dominio en el mercado. Dicha multa representa menos del 2% de las ventas de la empresa en el año.

Estas cifras nos demuestran el tamaño del mercado y el poder de estas empresas.