

AGENCIA DE LA COMPETENCIA VS ORGANISMO REGULADOR

Un análisis sobre el rol que cumplen en materia de libre y leal competencia

Roberto Santillán Tafur¹

Resumen: Para encaminar la actividad económica de un estado, hacia la competencia perfecta o mercado perfectamente competitivo, como paradigma, se crean diversos mecanismos para salvaguardar tal situación, o en su defecto propiciar tal escenario, como lo son las normas regulatorias que actúan ex ante de realizarse la actividad y por otro lado las normas de competencia que actúan ex post. En el Perú el ente encargado de aplicar las normas regulatorias es el Organismo Regulador de la materia, y el encargado de aplicar las normas de competencia es el Indecopi. Pero de manera excepcional solo en el sector Telecomunicaciones a cargo de Osiptel, éste aplicará adicionalmente a las normas regulatorias también las normas de competencia para resolver conflictos en donde intervengan agentes del mercado bajo su supervisión.

Abstract: To steer the economy of a state, to perfect competition or perfectly competitive market, as a paradigm, it creates various mechanisms to safeguard such a situation, or otherwise facilitate such a scenario, such as regulatory standards act done ex ante activity and on the other hand the competition rules acting ex post. In Peru, the Institution responsible for implementing regulatory standards is the Regulatory Agency matter, and in charge of applying the competition rules is the Indecopi. But as an exception only in the telecommunications sector by Osiptel, it additionally apply regulatory standards also competition rules to resolve conflicts which involved market players under his supervision.

Palabras claves: Mercado Perfecto, Libre competencia, Leal competencia, Políticas de competencia, Políticas regulatorias, Agencia de la Competencia, Organismo Regulador, Osiptel, Indecopi,

Key Word: Perfect Market, Free competition, Loyal competition, Competition Policy, Regulatory Policy, Competition Agency, Regulatory Agency, Indecopi, Osiptel

¹ Estudiante del 12vo ciclo de la Facultad de Derecho, especialidad de Corporativo de la Universidad San Martín de Porres - Filial Norte, Chiclayo e Integrante del Centro de Investigación en Derecho Regulatorio de la misma casa de estudios.

1. INTRODUCCIÓN

Todo Estado debe considerar necesario establecer normas de competencia como respuesta a un mercado que difícilmente se encuadrará en una competencia perfecta. Es así que en el Perú los legisladores consideraron conveniente dictar determinadas normas en aras de salvaguardar dicha competencia. En ese sentido la aplicación de tales normas se encuentra a cargo de la Agencia de competencia - Indecopi, pero excepcionalmente en el Sector de Telecomunicaciones dicha facultad de aplicación de normas se traslada a otro organismo, como lo explicaremos en el desarrollo del presente artículo.

2. FUNCIÓN DE LOS ORGANISMOS REGULADORES EN MATERIAL DE LIBRE Y LEAL COMPETENCIA.

Toda sociedad se funda y consolida gracias a su economía, siendo necesario que dentro de ella, los diversos agentes económicos actúen en base a prácticas competitivas leales y libres en aras de permitir que el mercado se desarrolle de manera perfecta, regulándose así las condiciones de la oferta y demanda por sí solo. En ese sentido es pertinente remitirnos a las definiciones que esboza Carlos Vladimir Luna Rodríguez, (2007), en referencia a términos como Libre competencia, considerando lo siguiente:

"La libre competencia está basada en la libertad de decisión de los agentes que participan en el mercado, en un contexto en que las reglas de juego son claras para todos y se cumplen efectivamente. La libre competencia se basa fundamentalmente en la libertad tanto del consumidor, a quien no se debe privar de opciones para que elija libremente lo que mejor se adecue a sus necesidades, como del productor, quien debe tomar libremente sus decisiones empresariales en función de lo que considere más apropiado a sus intereses."(Pág. 3).

En resumen podemos mencionar que la libre competencia, enmarca las libertades que deben de tener todos los agentes económicos para desenvolverse en el mercado.

Siguiendo esta línea de ideas, un mercado perfecto, en donde todos los agentes económicos se comporten de manera leal, es una utopía, generándose así en la realidad, por parte de los agentes, innumerables prácticas anticompetitivas, o desleales, reflejando de manera natural la naturaleza caótica del ser humano, el cual busca intereses propios generando conflictos en sus relaciones sociales.

Para evitar ello, y encaminar la actividad económica de un estado, hacia la competencia perfecta o mercado perfectamente competitivo, como paradigma, es que se crean diversos mecanismos para evitar que dichos agentes económicos cometan actos en contra de la libre competencia. Dentro de éstos, encontramos la creación de políticas de competencia, destinadas a dotar de herramientas cuyos

objetivos son orientar la actuación de los diversos agentes económicos, tipificando determinados actos como infracciones, en aras de consolidar tal mercado perfecto.

Es así entonces que Dichas Políticas de competencia, surgen cuando es posible generarse en el mercado un proceso competitivo y precisamente se pretende preservar tal estado o revertir actos que van en contra o ponen en riesgo la competencia leal y libre.

Ahora bien, dicho esto, debe quedar claro que las políticas de competencia a cargo de una Agencia de la competencia actúan ex post de la actividad económica, esto es, una vez realizada las actividades en el mercado por los diversos agentes económicos, se evalúa su conducta y si uno de estos realiza alguna acción tipificada por el ordenamiento jurídico en materia de libre competencia se sancionará, al contrario de las Políticas regulatorias, las cuales actúan ex ante de la actividad económica, esto es, el Estado materializado en un Organismos Regulador competente dicta determinadas reglas de juego que deberán seguir determinados agentes económicos en aras de generar un clima de competencia leal y libre, debido a que en tal actividad económica no es posible imaginar competencia si no se establecen reglas de juego previamente, debido al contexto que envuelve a la actividad realizada, como por ejemplo un monopolio natural o servicios públicos en donde se involucren economías de escala que harían imposible, por los costos a incurrir, que varios ofertantes ingresen al mercado y por ende éste se regule solo por la oferta y demanda.

Aclarado el escenario de actuación de las normas regulatorias y las normas en materia de libre y leal competencia (Políticas de competencia) es correcto respondernos a la siguiente interrogante: ¿Cómo se aplican las políticas de competencia en una actividad que previamente está regulada económicamente, esto es ante un conflicto entre una norma regulatoria y una norma de competencia? Al respecto hay que señalar que como regla general lo correcto es no regular si el mercado puede generar competencia por sí solo, en ese sentido sólo se debería supervisar la correcta actuación de los agentes económicos a efectos de sancionar una conducta que ponga en riesgo tal competencia. Pero si una actividad se encuentra previamente regulada, la doctrina y jurisprudencia menciona que de generarse un conflicto en donde se vulnere la competencia del mercado, lo correcto es que la norma regulatoria y por ende el Organismo Regulador competente, sancione y/o resuelva tal conflicto, dejando de lado la aplicación de las normas de competencia a cargo de la Agencia de Competencia, que solo actuará de manera supletoria cuando tal actividad no se encuentre regulada.

Dejando en claro la supremacía de la norma regulatoria, podemos ya entrar a cuestionarnos lo siguiente: ¿Cómo se supervisa y sanciona los actos en contra de las políticas de competencia que no están regulados por una norma de la materia en particular? La respuesta no es tan compleja. De manera general el Indecopi vela por el cumplimiento de la normativa en libre competencia, plasmado en el Decreto

Legislativo 1034² y 1044³, pero de manera excepcional sólo en el Sector de telecomunicaciones el Osiptel es competente para solucionar conflictos que afecten la libre y leal competencia en donde intervengan empresas reguladas por él, conforme lo establecen su Reglamento General⁴, Reglamento general de solución de controversias⁵ entre otros⁶. Dicha solución a cargo de Osiptel se realizará aplicando la normativa en libre y leal competencia (D.Leg.1034 y 1044).

Finalmente es correcto señalar que el Osiptel es el único Organismo regulador, que realiza acciones de una Agencia de competencia para solucionar conflictos en donde intervengan empresas supervisadas por él, debido al nivel técnico de especialización que logra desarrollar, a diferencia del resto de Reguladores, los cuales resuelven controversias entre empresas supervisadas pero solo sobre materias previamente reguladas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Luna Rodríguez, Carlos Vladimir (2007). *Las Políticas de competencia y la Función Regulatoria en los Servicios Públicos*. Perú: Gaceta Jurídica S.A. Recuperado <http://es.scribd.com/doc/31902146/LAS-POLITICAS-DE-COMPETENCIA-Y-LA-FUNCION-REGULATORIA-EN-LOS-SERVICIOS-PUBLICOS-DE-TELECOMUNICACIONES>

² Decreto Legislativo que aprueba la Ley de represión de conductas anticompetitivas, Decreto Legislativo N°1034, de fecha 25/06/2008

³ Decreto legislativo que aprueba la Ley de represión de la competencia desleal, Decreto Legislativo N° 1044, de fecha 26/06/2008

⁴ Decreto Supremo N° 008-2001-PCM Reglamento General del Organismo Supervisor de la Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL

Artículo 53.- Controversias entre Empresas

OSIPTEL es competente para conocer en la vía administrativa las siguientes controversias entre empresas:

a) Las relacionadas con el incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia. En estos casos, antes de resolver la controversia en primera instancia, el órgano funcional deberá solicitar al INDECOPI, un Informe Técnico no vinculante sobre los lineamientos, precedentes y criterios interpretativos que viene aplicando en materia de libre y leal competencia para la generalidad de los mercados y agentes económicos.

⁵ Resolución de Consejo Directivo N° 010-2002-CD-OSIPTEL, que el Reglamento General de OSIPTEL para la Solución de Controversias entre Empresas y su Exposición de Motivos, "Artículo 2.- Competencia de OSIPTEL. OSIPTEL tiene competencia para resolver controversias que surjan entre empresas operadoras de servicios públicos de telecomunicaciones relacionadas con: a. El incumplimiento de las obligaciones sobre libre y leal competencia."

⁶ Resolución de Consejo Directivo N° 002-99-CD-OSIPTEL, que aprueba el Reglamento general de Infracciones y Sanciones de Osiptel, Capítulo V Infracciones sobre a la Libre y leal competencia (artículos 24, 25, 26, 27).

Resolución de Consejo Directivo N°048-2001-CD/OSIPTEL Modifican el Reglamento de Infracciones y Sanciones aprobado por la Res. N° 002-99-CD/OSIPTEL "Artículo Sexto.- Se deja sin efecto los artículos 24°, 25°, 26° y 27° del Reglamento de Infracciones y Sanciones; siendo de aplicación la normativa específica sobre libre y leal competencia.