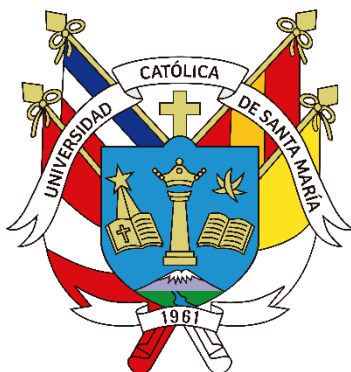


Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



La figura de posición de dominio ¿Está el Estado propiciando la posición de dominio?

Tesis presentada por la Bachiller:

Chambi Cañazaca, Sharis Milagros

ORCID: 0009-0001-0586-7397

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesor:

Dr. Angulo Manrique, Luis Felipe

ORCID: 0009-0007-0776-6016

Arequipa-Perú

2024

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 28 de Octubre del 2024

Dictamen: 008107-C-EPDD-2024

Visto el borrador del expediente 008107, presentado por:

2016601012 - CHAMBI CAÑAZACA SHARIS MILAGROS

Titulado:

LA FIGURA DE POSICIÓN DE DOMINIO ¿ESTÁ EL ESTADO PROPICIANDO LA POSICIÓN DE DOMINIO?

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

**46910101 - NALVARTE LOZADA JUAN CARLOS
DICTAMINADOR**



**40388076 - VELIZ VIZCARDO GIANCARLO CHRISTIAN
DICTAMINADOR**



La figura de posición de dominio ¿Está el Estado propiciando la posición de dominio?

INFORME DE ORIGINALIDAD

22%

INDICE DE SIMILITUD

21%

FUENTES DE INTERNET

13%

PUBLICACIONES

9%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	studylib.es Fuente de Internet	2%
3	repository.javeriana.edu.co Fuente de Internet	1%
4	idoc.pub Fuente de Internet	1%
5	Submitted to Pontificia Universidad Catolica del Peru Trabajo del estudiante	1%
6	revistas.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	dspace.udla.edu.ec Fuente de Internet	1%
8	Submitted to Universidad Europea de Madrid Trabajo del estudiante	<1%

Dedicatoria

A mis queridos padres; por ser mi fuente de inspiración, por su guía y palabras de aliento que siempre me motivan a mirar hacia adelante y me brindan su apoyo incondicional, mi gran admiración.

A mis hermanas por ser mi motivación, acompañándome y obsequiándome momentos llenos de felicidad y orgullo.



Agradecimientos

Mi eterno agradecimiento a mi familia por su amor, impulso y apoyo constante en mi vida profesional y como persona.

A mis mentores y maestros por su invaluable orientación académica.



RESUMEN

Las interrogantes de la presente investigación son: interrogante general: ¿Son omisiones del estado lo que estaría facilitando que se configure la posición de dominio y no se genere la competencia deseada dentro del mercado cervecero peruano? como interrogantes específicas: ¿Para evitar la posición de dominio y destrabar el ingreso de nuevos competidores debería realizarse variaciones en la Constitución peruana? Y ¿Cómo han solucionado el problema de la posición de dominio generada por el Estado, otros países latinoamericanos? Asimismo, el método aplicado fue el hermenéutico, el cual corresponde a las investigaciones documentales ya que proporciona distintos instrumentos interpretativos para poder entender el sentido de textos normativos, jurisprudenciales o dogmáticos. Asimismo, la presente investigación ha llegado a resultados acerca de la figura del abuso de posición de dominio, afirmando que la misma se produce por una falta de regulación imperativa del Estado, en donde se combate el monopolio, pero no se lo prohíbe, figura que se agrava cuando el poder económico de megaempresas puede influir en la resolución de denuncias llevadas al INDECOPI por vulnerar la libre competencia. La motivación para iniciar la presente investigación la encontramos en la importancia de cautelar la pluralidad de competidores para alcanzar un mercado diversificado y con ello mejores productos para los ciudadanos, en ese sentido, recomendamos que las próximas investigaciones sobre las posiciones de dominio tengan en cuenta una visión centrada en los Derechos Humanos a la hora de abordar el poder económico de las empresas en su relación con el derecho.

Palabras clave: abuso de posición de dominio, libre competencia, derechos de los consumidores

ABSTRACT

The questions of this research are: general question: Are omissions by the State facilitating the creation of a dominant position and not generating the desired competition in the Peruvian beer market? and specific questions: To avoid the dominant position and unblock the entry of new competitors, should changes be made in the Peruvian Constitution? And how have other Latin American countries solved the problem of the dominance position generated by the State? Likewise, the method applied was the hermeneutic method, which corresponds to documentary research, since it provides different interpretative instruments to understand the meaning of normative, jurisprudential or dogmatic texts. Likewise, the present research has reached results about the figure of abuse of dominance position, affirming that it is produced by a lack of imperative regulation of the State, where monopoly is fought but not prohibited, a figure that is aggravated when the economic power of mega-companies can influence the resolution of complaints brought to INDECOPI for violating free competition. The motivation for initiating this investigation is found in the importance of safeguarding the plurality of competitors to achieve a diversified market and thus better products for citizens, in that sense, we recommend that future research on dominant positions take into account a vision focused on human rights when addressing the economic power of companies in their relationship with the law.

Keywords: abuse of dominant position, free competition, consumer rights

ÍNDICE

DEDICATORIA	
AGRADECIMIENTOS	
RESUMEN	
ABSTRACT	
INTRODUCCIÓN	1
MARCO TEÓRICO	2
CAPÍTULO 1: EL MERCADO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO	3
1. Economía social de mercado y libre competencia	3
1.1. Historia del pensamiento económico universal	3
1.2. Historia de la economía social de mercado	7
2. ¿Qué es la economía social de mercado?	9
3. La competencia en el mercado	11
4. Límites de la competencia	13
5. Elementos de la libre competencia	15
6. Importancia de la libre competencia	16
7. Objetos de la defensa de la competencia	18
8. Tipos de formas de competencias	20
8.1. Competencia perfecta	20
8.2. La competencia imperfecta	21
8.3. El monopolio	21
9. Sistemas de defensa de la competencia	23
9.1. El sistema de prohibición	23
9.2. El sistema de abuso	24
10. El modelo del tratado de roma o modelo mixto	24
11. Posición de dominio y abuso de posición de dominio	26
11.1. Causas de la posición de dominio	28
11.2. El sujeto o actor dominante	30
11.3. Abuso de posición de dominio	31
11.4. Efectos del abuso de posición de dominio	33
CAPITULO II: ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL: CASO BACKUS	34

1. Constitución del Perú	34
2. Ley de represión de conductas anticompetitivas, decreto legislativo N° 1034.....	39
3. Normativa internacional.....	43
3.1. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea	43
4. Derecho comparado.....	45
4.1. Colombia	45
4.1.1. Constitución política de Colombia de 1991	45
4.1.2. Decreto N° 2153 de 1992.....	47
4.2. Argentina	52
4.2.1. Constitución de la Nación de Argentina y su Código Civil y Comercial	52
4.2.2. Ley 25.156, de defensa de la competencia	52
4.3. Chile.....	54
4.3.1. Decreto ley N° 211.....	54
4.4. España.....	54
4.4.1. Constitución Española	54
4.4.2. Ley de Defensa de la Competencia, Ley 25/2007	55
4.5. Bolivia	56
4.5.1. Constitución boliviana	56
4.5.2. Ley N° 1600, Ley SIRESE	57
4.6. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO.....	58
5. RESOLUCIÓN N°0282-2004/TDC-INDECOPI.....	63
5.1. Expediente N°001-2004-MC1/CLC.....	63
5.1.1. Narración de hechos.....	63
5.1.2. Problemática del caso	64
5.1.3. Resolución del problema.....	66
6. RESOLUCIÓN N°1011-2006/TDC-INDECOPI.....	68
6.1. Expediente N°001-2004-MC1/CLC	68
6.1.1. Narración de los hechos.....	68
6.1.2. Problemática del caso	69
6.1.3. Resolución de problema.....	70
7. RESOLUCIÓN N°1348-2010/SC1-INDECOPI.....	71
7.1. Expediente N°011-2008/CLC.....	71

7.1.1. Narración de hechos.....	71
7.1.2. Problemática del caso	72
7.1.3. Resolución del problema.....	73
8. RESOLUCIÓN N°1326-2005/TPI-INDECOPI.....	73
8.1. Expediente N°19512-2003	73
8.1.1. Narración de hechos.....	73
8.1.2. Problemática del caso	75
8.1.3. Resolución del problema.....	76
9. RESOLUCIÓN N°0192-2009/SC1-INDECOPI.....	77
9.1. Expediente N°001-2004-INC3/CLC	77
9.1.1. Narración de hechos.....	77
9.1.2. Problemática del caso	78
9.1.3. Resolución del problema.....	79
METODOLOGÍA.....	81
1. Metodología y/o Marco Operativo.....	82
A. Enfoque.....	82
B. Método.....	82
C. Técnica.....	82
E. Instrumento	82
2. Cronograma de trabajo.....	83
RESULTADOS Y DISCUSIÓN.....	84
CONCLUSIONES	117
RECOMENDACIONES.....	119
REFERENCIAS.....	120
ANEXOS	131

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se utilizó el método hermeneútico, el cual corresponde a las investigaciones documentales ya que proporciona distintos instrumentos interpretativos para poder entender el sentido de textos normativos, jurisprudenciales o dogmáticos. Asimismo, La presente investigación ha llegado a resultados acerca de la figura del abuso de posición de dominio, afirmando que la misma se produce por una falta de regulación imperativa del Estado, en donde se combate el monopolio, pero no se lo prohíbe, figura que se agrava cuando el poder económico de megaempresas puede influir en la resolución de denuncias llevadas al INDECOPI por vulnerar la libre competencia. Las limitaciones de la presente investigación se han referido a la ausencia de datos sobre posiciones dominantes en el mercado, ya que este ámbito ha sido poco estudiado por economistas, al ser datos sensibles para empresas que ostentan cuasi monopolios en diferentes rubros.

El derecho como regulador de conductas tiene injerencia también en las actividades económicas, en ese sentido, la presente investigación puede ser considerada como parte del análisis económico del derecho, en tanto, estamos analizando la interpretación y aplicación de las normas de regulación del mercado peruano, en defensa del modelo de libre mercado que cautela la Constitución del 93, en donde el modelo capitalista se encuentra orientado y limitado por fines sociales como la justicia y la dignidad humana, es por ello que, la denominada como economía social de mercado tiene como elemento central el equilibrio entre la competencia en el mercado y el bienestar de los consumidores y demás actores económicos, en consecuencia, consideramos que el derecho lejos de ser un mecanismo para blindar el poder económico de las megaempresas, debe de ser un mecanismo para limitar su poder y ponerlo al servicio del bienestar común. Es así que en las nuevas líneas de investigación está la existencia del abuso de posición de dominio en los mercados esenciales como los alimentos, la vestimenta y la venta de medicamentos.



MARCO TEÓRICO

CAPÍTULO 1: EL MERCADO, LA ECONOMÍA SOCIAL DE MERCADO Y EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

1. Economía social de mercado y libre competencia

La economía es la rama, junto al derecho, que ha ejercido una gran influencia en el pensamiento occidental actual. De ahí que, conceptos de la economía como: oferta y demanda, marxismo y neo-liberalismo, son discutidos de forma cotidiana. En consecuencia, la economía forma parte de nuestra cultura, siendo que toda persona humana, por pertenecer a la sociedad, está inmerso en relaciones económicas (Fernández, 2023).

1.1. Historia del pensamiento económico universal

En primer lugar, lo que hoy se denomina economía es producto de la discusión, el planteamiento y la mejora de las ideas nacidas en el siglo XVIII, ya que, al comienzo, la economía estaba inmersa dentro de otros saberes tales como la filosofía, la historia, la política y demás ciencias sociales. Para que la economía pudiera surgir como una rama completamente independiente tuvo que plantearse su creación por Adam Smith, al que se le conocerá posteriormente como el padre de la economía (Ramírez, 2020).

Adam Smith formó parte de la escena intelectual anglosajona que, en la etapa inicial de la primera revolución industrial, empezó a cuestionar el papel del conocimiento y su utilidad para orientar los cambios que traían los nuevos tiempos. Es así como Adam Smith, inicia su carrera académica asumiendo la cátedra del curso de filosofía moral, al cuestionar la utilidad del conocimiento de la filosofía, postula una nueva rama que aúna los conceptos del liberalismo clásico con sus premisas sobre la riqueza económica, el costo de la riqueza y su relación con la satisfacción de las necesidades del hombre, vinculándolos con el estudio pragmático de la realidad (Núñez, 2021). Así surge la economía.

La difusión de la rama económica se daría con la publicación de la obra emblemática de Smith, que postulaba el estudio del concepto de riqueza y el modo en que esta se produce. Así, Smith plantea los conceptos de oferta y demanda y su relación dentro de una sociedad individualista, esto último proveniente de la influencia del liberalismo en su pensamiento. Por ello, Smith planteó que la economía estudiaba al individuo en su relación con la sociedad, es decir con su entorno cultural.

En consecuencia, dentro de la teoría de la ciencia económica que postuló Smith, la idea básica era plantear que el motivo de la producción de la riqueza en una nación era la búsqueda de la satisfacción de los intereses de las personas. Transcurrido el tiempo y una vez logrado el reconocimiento internacional, los planteamientos de Smith serían materia de estudio para varios intelectuales que, tomando sus enseñanzas y desarrollándolas, darían origen a las escuelas liberales, cuyo principal exponente en el siglo XIX fue la Escuela de Manchester (Sánchez, 2021).

Por lo que concierne al derecho, la teoría económica planteada por Smith también postula una posición en referencia al Estado: el Estado debía velar por las necesidades básicas de las personas, en tal sentido, el Estado solo encuentra su fundamento en la búsqueda de la satisfacción de este objetivo. En consecuencia, toda acción estatal que no estuviera destinada a cubrir una necesidad básica no tenía justificación, en consecuencia, debía omitirse tal actuar (Uribe, 2022). Dentro del presente razonamiento, en consecuencia, el Estado debía ser reducido para que su actuar se encuentre restringido a la búsqueda de la satisfacción de las necesidades básicas de los individuos.

Por otro lado, la teoría económica de Smith gozó de gran acogida por parte de la escena intelectual, debido a que, el comercio en los países europeos se encontraba en un cambio profundo debido a la revolución industrial y apertura de los mercados, por lo que la visión de Smith era una forma de ver y entender al fenómeno económico del siglo XVIII. Sin embargo, la teoría de Smith no dejaba de ser una teoría postulada desde su comprensión de la economía, por lo que, transcurrido el tiempo, surge en Alemania una nueva teoría que comprende a la economía de forma distinta (Aguirre, 2022).

La revolución industrial trajo, como todo proceso histórico, tanto beneficios como perjuicios: proporcionó desarrollo y progreso industrial a las ciudades que lo necesitaban, pero también conllevó a una explotación de la mano de obra y contaminación. Ante tal situación, un intelectual alemán empieza a estudiar el fenómeno económico partiendo de las ideas de Smith, refutándolo o confirmándolo para formar su propia teoría económica, este hombre era Karl Marx (Vargas, 2021). Es posible que Marx haya sido seducido por las ideas liberales de Adam Smith, así pues, realiza el examen más completo del fenómeno económico de su tiempo, nombrado como capitalismo.

En consecuencia, Marx descifró los fenómenos económicos de su entorno, criticando la forma en la que la economía incidía en la vida de los hombres de forma nociva, ya que, se limitaba la libertad de decidir sobre el producto de su trabajo. De igual forma, Marx, al ver que tal explotación del hombre sucedía sin mayores impresiones, busca la forma en la que se encubre dicha explotación, llegando a la conclusión de que esta es producida por el Estado (Castaño, 2020). En consecuencia, el Estado debía ser eliminado por formar parte del sistema que hace posible la explotación del hombre y la limitación en su libertad.

A partir de ello, las teorías de Marx fueron usadas de forma frecuente para estudiar al Estado y la sociedad dentro de un país; el marxismo es una doctrina que concibe a la economía como la vía de realización de la vida de las personas. Las ideas de Marx fueron tomadas ulteriormente, por un economista anglosajón que, partiendo de estas mismas premisas, realizó una crítica al Estado de corte liberal, planteando una forma en la que poder conciliar la intervención del Estado con la economía de libre mercado.

John Maynard Keynes fue uno de los economistas más importantes del siglo XX, sus ideas, producto de la síntesis entre los postulados de Marx y los estudios de Keynes sobre matemáticas y estadísticas, darían cuerpo a una teoría que parte de una idea estatal de bienestar. El Estado, en aras de garantizar una economía estable, niega la eficacia del sistema económico del libre mercado (concepto postulado por la Escuela de Manchester) y su capacidad de auto estimulación, por lo que, el Estado debe necesariamente intervenir en la economía para así lograr un estado de equilibrio donde cada ciudadano sea beneficiado por la intervención estatal. Un Estado intervencionista es lo que propone Keynes, como política pública estatal basada en cálculos y estadísticas referidas a la nación y el cálculo del crecimiento de la riqueza aparejada al alza del bienestar social (Méndez, 2021).

Así pues, Keynes se vuelve un personaje relevante cuando su teoría es puesta en acción durante la época posterior a la gran recesión mundial que significó la caída histórica del dólar en el ya lejano 1929. No solo en su país de origen, sino hasta en el Perú, las ideas de Keynes lograron que, dentro del pensamiento colectivo, se aceptara una vez más la inserción directa del Estado en la vida de las personas (Pérez, 2020).

En la visión de Keynes, un intervencionismo estatal en la economía tiene como fin generar un tráfico de impuestos caudaloso para el erario público, asimismo, la idea de un Estado

intervencionista cumple la misión no solo de preservar la economía, sino, también de asegurar que toda persona posea los elementos idóneos para la satisfacción plena de su desarrollo personal.

Asimismo, a la teoría de Keynes se le contraponen otra que, en su momento, se le consideró como la utopía de la ideología liberal: hablamos de la escuela austriaca de economía. Esta escuela, cuyo fundador fue Carl Menger, tiene como postulado base la idea de acción humana (Delgado, 2021). En contraposición, con la teoría keynesiana que se basa en cálculos y operaciones, en donde, la inferencia se determina con variables en la acción, la escuela austriaca plantea una indeterminación de la acción humana, pues en esta confluyen un sin fin de factores que generan incertidumbre en su configuración (Pérez, 2020).

Lo que propone esta escuela es, sin más, retomar las bases del pensamiento liberal clásico y reformarlas con el aprendizaje de la experiencia histórica de los Estados totalitarios de la mitad del siglo XX. Estos totalitarismos se basaron, en esencia, en exaltaciones nacionales donde el colectivismo, postulado que nos remite a la idea de una unidad conformada por varios individuos que buscan un fin en común y funcionan como un todo unitario, era la base de las políticas estatales (Acosta, 2020).

El principal representante de esta escuela económica es Friedrich Hayek, jurista y economista austriaco, que arremete contra las bases del colectivismo, llamándolo camino de esclavitud y sendero hacia la servidumbre. Por tal motivo, a razón de Hayek, el Estado debería reducirse a lo más mínimo, entendiendo que, hay acciones que el Estado realiza de forma deficiente, existiendo un agente privado que puede realizar la misma acción de una mejor forma. Aunando esta visión al contexto histórico de la escuela austriaca, la idea de reducir al Estado tomó consistencia y es considerada esencial para este pensamiento.

En tal sentido, desde la historia del pensamiento económico, se fija que, después de la acogida de las teorías de Hayek, se crea una escuela que analiza y perfecciona el pensamiento hayekiano, esta escuela se la conocerá como “neoliberal”, llamada también monetarista, a cuyo tenor se suscriben los catedráticos de la Escuela de Chicago, principalmente Milton Friedman, quienes con sus planteamientos influenciados por la Escuela Austriaca, terminan por definir los últimos avances de la ciencia económica, produciendo que, en efecto, la teoría dominante en la actualidad sea la teoría monetaria de la economía (Ramírez y Vargas, 2022).

En resumen, la historia del pensamiento económico se fija en la forma de establecer la relación entre el Estado y el hombre, ya sea de forma positiva (incentivando su inserción en la vida de las personas) o en su forma negativa (reduciendo su actuar a límites que propicien la libertad a las personas). Dado todo este contexto previo, podemos adentrarnos en el origen histórico de la economía social de mercado.

1.2. Historia de la economía social de mercado

La economía social de mercado es una doctrina que tiene como punto de partida las ideas de la socialdemocracia junto a los conceptos de libre mercado: es la fusión de dos mundos: la filosofía política y la economía. La socialdemocracia como ideología política postula que, tanto el accionar del hombre y sus fines, se deben considerar en relación entre este y una finalidad mayor, que le subsiste y le es inherente por ser parte de la raza humana; la conjunción que nace del actuar de hombre y sus fines supra materiales, se condensan en el derecho a la dignidad humana (Fernández, 2020).

El interés social es la máxima expresión de la intervención colectiva dentro de la autonomía de la persona. Toda acción que se realice dentro de un grupo social siempre va a tener como límite lo que le imponga la sociedad como parte de su interés por la vida de sus integrantes. Por ello, de manera coactiva, el interés social responde, a grandes rasgos: imponiendo límites, dando permisos, interactuando con las decisiones personales con el fin de regular la vida en sociedad; por ello, su valía es de gran aporte para la construcción de un límite para el hombre como parte de su vida en sociedad (Blanco y Pérez, 2021).

Dicho esto, el interés social fue un factor por el que, durante mucho tiempo, muchos gobiernos no aceptaron las premisas de las teorías económicas monetaristas. En cada país del mundo se discutía acerca de la pertinencia de liberalizar el mercado totalmente. En consecuencia, ante las críticas sobre el manejo de la economía, se consolida un modelo que intenta conciliar las posturas económicas enfrentadas, originando un modelo mixto, en el que conviven tanto el libre mercado como el interés social de la comunidad, a este modelo se le denominará economía social de mercado (González, 2021).

La economía social de mercado es la fusión del modelo de Estado de bienestar con el libre mercado; como hemos visto, la interacción entre la historia económica, sus postulados y las políticas públicas siempre están en relación directa con una teoría del Estado en su conjunto,

en las que se propone su reducción o extensión, según sea su posición acerca del rol del estado. Por ello, la economía social de mercado comporta también una visión del Estado (Castro y Ramírez, 2021).

En los cursos básicos de economía, se suele explicar el funcionamiento de la economía social de mercado apelando al siguiente ejemplo: en un juego de fútbol entre dos naciones se fija como árbitro a un país extranjero, este árbitro estará encargado del cumplimiento de las reglas y, en caso de que estas se rompan, impondrá las sanciones pertinentes. Nadie puede dudar que el árbitro es de importancia para el juego, no obstante, tampoco puede afirmarse que el árbitro sea su actor principal. Los equipos serán quienes den el espectáculo dentro del campo, atacando, defendiendo, siendo la parte activa de juego, dejando al árbitro la parte pasiva, aunque tiene la potestad de regular las acciones dentro de campo de juego (Martínez y Ortiz, 2021).

Sucede de forma similar en la economía social de mercado, el interés social se manifiesta en la acción estatal, mediante la cual el poder político fija reglas de interacción entre los agentes económicos, para que, con dicha regulación, el juego que se da entre ellos como parte de la regulación autónoma entre oferta y demanda, sea lo más propicio para satisfacer los intereses de la sociedad. Este modelo no se aparta en esencia de los planteamientos liberales, solo impone reglas para la interacción en el mercado.

El Perú a lo largo de su historia, ha tenido sistemas económicos intervencionistas y de libre mercado, por ejemplo, en la política de Bustamante y Rivero se fijó legalmente la intervención masiva del Estado en la economía en aras de lograr un equilibrio social, para ello se aplicó una política de control de cambios y de subvención de precios; una vez fuera del poder Bustamante, se derogó tal control de cambios, instituyéndose en el país el modelo de libre mercado propuesto por las corrientes liberales, esto se logró mediante un golpe de Estado militar (Díaz y Morales).

En materia constitucional, el ingreso de la economía social de mercado como parte de nuestra política económica estatal se produce con la Constitución de 1979, norma originada en la Asamblea Constituyente de 1978, la cual estaba compuesta, en su mayoría por apristas y partidarios del Partido Popular Cristiano, ambos grupos tenían como principal ideología a la socialdemocracia, por lo que, implementaron tal modelo (Jiménez y Silva, 2020).

La prueba de la influencia de las ideas de la socialdemocracia en el gobierno, la tendríamos en el primer gobierno de Alán García, en el cual, apoyándose en las prerrogativas que otorgaba al Ejecutivo el texto constitucional, se implementó una política económica intervencionista, en la que se intentó nacionalizar a la banca; políticas que terminaron en un fracaso estrepitoso, conduciendo al Perú a la estanflación económica (Ramírez y Vargas, 2022).

En este ambiente caótico surge la constitución de 1993, la que mantiene el modelo de economía social de mercado, añadiendo a la redacción algunos elementos para limitar el actuar del Estado en la economía, conformando así el principio del Estado subsidiario. Además, se declaró la autonomía del BCR, el reconocimiento de la autonomía privada y la libre circulación de la oferta y la demanda. Por ello, a casi 30 años de vigencia de nuestra Constitución, podemos afirmar que la economía social de mercado se ha acoplado a la vida económica del país, ello debido a la especial configuración que tiene esta en nuestro medio, por lo que, el siguiente capítulo tratará específicamente de explicar el contenido y elementos de este paradigma económico (Acosta, 2020).

2. ¿Qué es la economía social de mercado?

La economía social de mercado es aquel modelo que surge de la fusión entre libre competencia e interés social, cuyo fin es el de generar un equilibrio imponiendo límites al mercado, el sistema económico, verá su accionar limitado por la sociedad en aras de preservar los presupuestos básicos que permiten generar estándares mínimos de bienestar.

Siguiendo a este paradigma económico, el Estado peruano se caracteriza por ser no intervencionista, se abstiene en su actuar porque considera que su línea de acción es subsidiaria de la línea de acción de la iniciativa privada, sin influir directamente en ella, le dota de las herramientas necesarias para que pueda cumplir sus metas con idoneidad. Por ello, la economía social de mercado impone la idea de Estado abstencionista, no solo en la vida económica, sino, en las políticas sociales que pueda llevar a cabo el Poder Ejecutivo, su regulación se encuentra fijada en el art. 58 de nuestra actual Constitución (López y Castro, 2021).

La economía social de mercado se fundamenta básicamente en tres principios: la solidaridad, la subsidiariedad y la libre competencia. Estos elementos deben de concurrir conjuntamente

pues, solo unidos pueden configurar la situación de mercado que los creadores de la economía social de mercado entendieron como eficaz para lograr redistribuir la riqueza y mantener la libre competencia (Alvarado y Rodríguez, 2020).

La solidaridad se refiere a la cualidad de este modelo económico, de no incitar plenamente el individualismo, sino, de extender una visión de comunidad, en donde, no obstante, no existir los subsidios y otros tipos de políticas públicas dirigidas a lograr la justicia social, sí se impone al Estado como deber, el de propiciar el bienestar común, distribuyendo los recursos y beneficios de la sociedad de forma equitativa, para evitar que el aparato estatal se convierta en una máquina de enriquecimiento para ciertas personas, en desmedro del bienestar de una gran mayoría (Campos, 2022).

La subsidiariedad del Estado se refiere, a que el Estado adquiere un papel secundario en la vida económica de la sociedad, ya que va a limitar su actuar a suplir vacíos o corregir distorsiones en la economía que no puedan ser solucionadas por el propio mercado; solo en esos casos excepcionales, el Estado está facultado para intervenir en la economía, y superadas esas circunstancias debe de volver a su papel pasivo, como mero observador y arbitro del cumplimiento de las leyes que regulan el comercio (Ramírez, 2021).

Por su parte, la libre competencia hace referencia al derecho al libre comercio, en donde, siempre y cuando se cumplan con los requisitos impuestos por la ley, todos los ciudadanos están facultados a iniciar un negocio en el rubro que deseen, asimismo, supone la libertad del ciudadano de adquirir los servicios y productos que necesite del proveedor que el considera el adecuado, sin ser impelido por un tercero a adquirir el producto de una empresa en particular. Estos derechos se van a traducir en una forma estatal, en donde por cada servicio o producto en el mercado habrá varios ofertantes, siendo necesaria esta pluralidad de participantes, ya que, la existencia de uno solo supondría un monopolio, y la de una cúpula cerrada de empresas un oligopolio (González, 2020).

Habiendo definido brevemente los elementos que componen la economía social de mercado, analizaremos uno en particular: la libre competencia, al ser un elemento vinculado directamente con nuestro problema de investigación, pues, el abuso de posición de dominio supone la afectación de este elemento.

3. La competencia en el mercado

Etimológicamente la palabra competencia se refiere a la existencia de una disputa o contienda entre dos partes o más sujetos, en el marco del mercado debemos de entenderlo como aquella contienda que existe entre dos actores en el mercado por un objetivo en común, que en el caso del mercado serán los consumidores. La finalidad es inclinar la balanza de la demanda en favor propio, para ello las empresas echarán mano de diversos factores resaltando la publicidad y la calidad del producto o servicio (Barrera, 2021).

Dentro de este juego de la competencia, la innovación cumple un papel importante, ya que el uso de las tecnologías producirán el mejoramiento y agilización del proceso productivo, además, de mayores estándares de calidad para el producto o servicio, pudiendo así generar con mayor facilidad la preferencia de los consumidores, consiguiendo el objetivo final que es alcanzar una posición de dominio dentro del mercado, por ello, es necesario diferenciar la competencia, de la simple concurrencia en el mercado, pues, para poder afirmar la existencia de la primera necesariamente la empresa debe de tener un papel activo dentro del mercado y cierta incidencia en la demanda, en el caso de la concurrencia, basta con que el empresario exista como actor en el mercado, aun cuando su participación sea irrelevante (Torres, 2022).

Entre estos conceptos existe además una relación de dependencia, ya que para que exista la competencia es necesario que suceda primero la concurrencia en el mercado, esta primera fase será protegida dentro del derecho económico con el derecho de libre acceso al mercado, mediante el cual todos los ciudadanos tiene derecho a ingresar en el mercado, siempre que cumplan con los requisitos exigidos por la ley: inscripción en registros públicos, licencia y pago de impuestos, ingresar al mercado que deseen en calidad de productor o proveedor. En este sentido, debemos de entender, que la competencia supone un añadido a esta primera etapa, ya que además del “estar juntos en el mercado”, supone una rivalidad dentro de él, consecuentemente, la competencia en el mercado será siempre un concepto confrontacional que supone un papel activo por parte de las empresas (Gómez, 2021).

El reconocimiento de la protección de la competencia en el plano jurídico, se origina en el reconocimiento de los derechos fundamentales a la libertad e igualdad, en tanto suponen que el hombre puede autodeterminar su conducta según sus propios designios, además, de ser igual a sus conciudadanos en oportunidades, estos dos derechos originan la planificación de

una situación ideal para el mercado, en donde toda persona es libre de ofertar o demandar lo que desee, siempre que se respeten las leyes, y además, tiene la facultad de exigir igualdad de condiciones y de trato en las relaciones comerciales, proscribiéndose todo trato preferencial (Salazar, 2020).

Asimismo, tenemos que la competencia en el mercado, depende de la existencia de otros derechos previos, los cuales presuponen condiciones necesarias para el comercio en un mercado diseñado bajo el modelo de la libre competencia, entre esos derechos encontramos, primero al derecho a la propiedad privada, este derecho otorga derechos reales sobre las cosas, creando un espacio de explotación exclusiva de un bien mueble o inmueble, sin este derecho sería imposible el comercio, ya que la acción de compra y venta se encuentra sustentada en el reconocimiento de la propiedad de la persona sobre un objeto (García y Pérez, 2022).

Además, el ánimo de lucro, base de la competencia dentro del mercado, se obstaculizaría, si es que la persona no podría ejercer propiedad sobre sus ganancias o utilidades, es por ello que el derecho a la propiedad privada es uno de los fundamentos de la libre competencia, en tanto supone el requisito básico para poder realizar transacciones comerciales, el segundo derecho del que depende, es el reconocimiento a la autodeterminación individual, por medio del cual el individuo tiene libre elección sobre sus decisiones, tanto en su faceta de consumidor, como en su faceta de proveedor o productor, este derecho tiene un plano negativo, ya que supone también la facultad de abandonar el mercado, es decir en su integridad este derecho garantiza tanto el libre ingreso como la libre salida del mercado, con el requisito único de la voluntad del propio individuo (León, 2020).

Este derecho tiene la finalidad de cautelar los intereses de los individuos dentro de sus relaciones comerciales, al facultarlos a guiar su actividad mercantil según consideren que cierta acción satisface de mejor forma sus expectativas o necesidades; el tercer derecho comprometido, es el de la igualdad formal ante la ley, según la cual todos los ciudadanos deben ser concebidos como iguales ante el derecho, y, por tanto, dentro de las relaciones comerciales. En el caso en concreto de la competencia, este derecho garantiza que a todos los actores económicos se les apliquen las mismas normas jurídicas, siendo estas eficaces

ante cualquiera de ellos, siendo posible que cualquiera de ellos exija ante un tribunal el cumplimiento de estas o la sanción cuando estas se infrinjan (Izquierdo, 2020).

Cuando el principio de igualdad en el mercado se rompe, nacen el despotismo y los privilegios, emergiendo así situaciones monopólicas, oligopólicas o de abuso de dominio; el concepto expuesto de libertad de competencia ha sido objeto de críticas, en tanto los economistas lo consideran como un modelo ideal, que no tiene en cuenta la realidad del mercado, en donde es imposible mantener una situación de igualdad entre los competidores, sin que esta afecte la eficiencia dentro del mercado. Es por ello, que han acuñado el término de “competencia estructural”, el cual se refiere al estado ideal en el mercado en donde todos los actores se encuentran en igualdad de posiciones, algunos economistas han denominado a esta situación como “competencia perfecta” (Flores, 2022).

4. Límites de la competencia

Ya hemos expuesto en el párrafo anterior los límites materiales de la competencia, referidos a la imposibilidad de mantener una tendencia de igualdad dentro de los actores del mercado, debido a las fluctuaciones de la oferta y la demanda, en este apartado presentaremos los límites jurídicos de la competencia, en tanto derecho subjetivo.

La libertad de competencia no es un derecho absoluto, por tanto, puede ser limitado por el Estado en búsqueda de la realización de otros objetivos que tengan mayor relevancia, es así como la libertad de competencia se ve limitada internamente, por objetivos que tienden a garantizar el bienestar común, un ejemplo de ello es la existencia de monopolios naturales en lo concerniente a los servicios básicos como el agua y la luz. Se entiende que los servicios básicos tienen esa denominación porque son indispensables para la vida humana, es decir no se puede excluir a nadie de su goce (Torres-Vargas, 2021).

En ese sentido este mercado no estará sujeto a la competencia, sino, que será dirigido por el Estado bajo principios de asistencia social, en donde no se busca un fin lucrativo o el acrecentamiento de la posición de dominio de una empresa, sino, por el contrario, extender la calidad del servicio para cautelar derechos superiores a la libre competencia, como la vida o la dignidad humana.

Otro ejemplo de limitación al derecho de competencia, es el que establece la propia Constitución cuando afirma que la libre competencia debe de orientarse en conformidad con el derecho a la salud, esto es, que el Estado tiene la facultad de poder inmiscuirse en las relaciones económicas de los privados, siempre que su actuar se halle fundamentado en la protección del derecho a la salud o integridad de la persona, el cual en la escala de derechos constitucionales es superior a la libertad de competencia, en ese contexto, el Estado podrá suspender el ingreso al mercado de productos considerados nocivos, como de hecho sucedió con el caso del limpiador Poett o la golosina Cheese Tris, los cuales fueron eliminados del mercado peruano por atentar contra la salud de los consumidores (Andrade, 2020).

Como es evidente, la limitación al derecho a la libre competencia se origina por la propia escala de derechos que ha creado la Constitución, al situar a la dignidad humana y la vida, por encima de la libertad, incluidas todas sus variantes, entre ellas la libre competencia. Es así que se ha creado el contexto en donde, esta libertad puede ser puesta de lado, si se considera que afecta a derechos superiores, lo cual no puede constituir nunca una acción inconstitucional, puesto que tal limitación responde a la propia graduación de derechos extraída del texto constitucional.

Es por ello por lo que, no tienen fundamento las críticas expuestas con motivos de los casos Poett o Cheese Tris, en donde defensores del radicalismo liberal, veían en la exclusión de los productos una afectación indebida en las libertades de los consumidores y de las empresas, y, en consecuencia, aseveraron que tal acto era inconstitucional por afectar a uno de los derechos fundamentales referidos a las libertades económicas. No obstante, como hemos visto el acto de restringir la competencia, cuando está sustentado en la protección de derechos más importantes según la jerarquía constitucional, es un acto perfectamente legítimo (Zavala, 2021).

Los límites de la libertad de competencia, tienen importancia para nuestro problema de investigación, ya que el abuso de posición de dominio se produce por el uso desviado o indebido de las libertades económicas reconocidas en la Constitución, en donde la propia competencia es afectada por el actuar indebido de sus actores, es por ello que, se ha establecido límites legales para las libertades, siendo necesario siempre el apoyo de la jurisprudencia, para poder discernir caso por caso, cuando es que nos encontramos ante un

uso indebido de las libertades económicas, efectuando para esos casos el control constitucional si es que de ese uso indebido se afecta a derechos como la vida, la dignidad o el bien común de la sociedad (Bustamante, 2022).

5. Elementos de la libre competencia

Los elementos de la libre competencia son principalmente tres y ya nos hemos referido a ellos brevemente con anterioridad, es necesaria la concurrencia de todos para poder afirmar que existe competencia en el mercado. El primero es la libertad de competir, conocida también como concurrencia libre al mercado, este elemento cumple con reconocer la primacía de la autonomía privada. Un mercado que se considere libre debe, necesariamente, permitir que entren en el juego del mercado tantos agentes económicos como deseen acceder, ya que, de ello depende que la interacción del mercado tenga un margen de regulación mayor y mejor. El segundo elemento es la autonomía de la voluntad, según el cual todos los ciudadanos, tiene libre disposición para el uso de su capital, siendo imposible, la coacción estatal para limitar los actos de adquisición de productos o servicios (Herrera, 2021).

Teniendo en cuenta a la autonomía de la voluntad, el derecho se puede dividir en dos grandes ramas: el derecho público y el derecho privado, cuya principal diferencia vendría a ser el rango de determinación de la voluntad y la subordinación. En consecuencia, en el derecho público existen normas que son producto de la voluntad de un legislador que, a pesar de los sesgos, técnicas y/o asesorías que pueda tener, promulga una ley que no deja de ser parte de su voluntad, por lo tanto, al momento de la aplicación de estas leyes se ejercita la manifestación de la voluntad del legislador, por lo que, en tanto estas sean aplicadas a los ciudadanos, destinatarios finales de las normas, no puede haber en estas más que una subordinación a una voluntad externa, sin medio alguno para contrariarla, debido a que no forma parte de la ejecución de una norma la aquiescencia de la persona a la que se aplica.

Por otro lado, tenemos el ámbito del derecho privado, en donde los agentes actúan de forma libre e independiente, relacionándose el uno con el otro, en esta parte del ordenamiento jurídico, el principio básico es el principio de la autonomía de la voluntad. Este consiste en reconocer que la voluntad de las personas reviste de importancia para determinar las relaciones que existen en la sociedad, las cuales se manifiestan mediante un acto de expresión de la voluntad del sujeto (Gómez, 2020).

Un ejemplo importante de la autonomía de la voluntad se produce en los contratos, estos son de gran importancia en las relaciones de competencia entre agentes económicos, en los cuales necesariamente deben existir por lo menos dos partes: un productor/proveedor y un consumidor, que se relacionan con la finalidad de satisfacer un interés en común de naturaleza patrimonial. Ambas partes tienen igual estatus en la relación: son libres e independientes de sujeciones externas, por lo que, al momento de contratar ejercitan su libertad y la autonomía de la voluntad de cada uno, ya sea al momento de decidir con quién contratar, como, también al momento de determinar el contenido del contrato (Vega, 2020).

En este sentido, el derecho privado tiene como principal característica el reconocimiento de la autonomía de las partes, sin subordinación, entre una y otra, por lo que, al momento de decidir un acto, situación o posición, prevalecerá lo acordado por las partes por sobre los objetivos del Estado. Reconocer esta importancia genera que el Estado se abstenga de participar en la vida económica de las personas, dejándoles la facultad de decidir lo mejor para ellas, por lo que, no podría existir una libre competencia sin que se reconozca la importancia de la autonomía de la voluntad (Navarro, 2020).

El tercer elemento de la libre competencia versa sobre sus resultados. En una libre competencia se debe permitir tanto el ingreso sin impedimentos de los agentes económicos, como la obtención de ganancias y que la imposición de precios sea fijada por el mismo mercado. En este sentido, tanto la fijación de precios, que se basa en la interacción de los agentes económicos en una relación de oferta y demanda, como la obtención de ganancias, son producidas de forma libre, sin que exista de por medio una intervención estatal, que intente limitar al mercado en nombre de la justicia social (Pérez, 2020).

6. Importancia de la libre competencia

Como afirmábamos la libre competencia se basa, principalmente, en el reconocimiento de la autonomía privada como parte de la consagración de los intereses económicos de las personas, desde un enfoque individual. Claro está que, esta competencia, entre más libre sea, esto es, entre mayor interacción exista entre los agentes económicos, está más próxima a ser una competencia perfecta, que es el escenario modelo que toda economía intenta conseguir.

Particularmente, en nuestro país hemos tenido la experiencia de tener un modelo intervencionista que fijaba los precios e impulsaba la industria nacional, imponiendo

gravámenes a las importaciones, para lograr la preferencia por los agentes económicos nacionales en los consumidores, este modelo causó un periodo de inflación en los años 60, 70 y 80, dado que, al no existir competencia, los productos y servicios decrecieron en calidad, asimismo, las empresas estatales que detentaron la administración de recursos tan importantes para el Perú como el petróleo, los minerales y la harina de pescado, fueron presas de la corrupción de funcionarios elegidos por el gobiernos de la Fuerzas Armadas, los cuales no tenían ninguna capacitación en administración de empresas (Ocampo, 2021).

Los efectos nocivos de restringir la competencia internamente, como en la política exterior, son una muestra y evidencia objetiva de la importancia que este elemento: la libre competencia, tiene para el progreso y salud económica del país; la competencia asegura un espacio en donde los consumidores pueden controlar a las empresas, dado que, si una empresa no brinda un servicio idóneo y de calidad, el consumidor le quita su preferencia y se traslada al consumo de la empresa competidora, este peligro de pérdida de clientes es lo que incita a que la empresa siempre esté en constante innovación y dispuesta a brindar un mejor servicio o producto, lo mismo sucede con el personal que contrata, al encontrarse expuesta a la competencia, deberá de contar con el personal de mejor calidad, ya que, no contar con un adecuado factor humano puede hacerle perder la competencia, ante una empresa que ha adquirido a los mejores empleados (Herrera, 2020).

Cuando es el Estado el único actor, y obliga a que solo se puedan consumir determinados productos/servicios producidos por empresas beneficiadas, lo que propicia es el despotismo, ya que, el consumidor no puede controlar la actividad de la empresa amenazando con ser consumidor de la competencia, sino que, se ve obligado a tolerar el abuso al solo existir una empresa proveedora, asimismo, esta situación se agrava cuando es el Estado empresa y fiscalizador a la vez, ya que, es complicado que una institución del Estado emita un dictamen negativo para una empresa que tiene como propietario al propio Estado (López, 2022).

La libre competencia impone reconocer, también, la importancia del individuo como personaje principal de la vida económica. Es el mismo individuo que, persiguiendo la satisfacción de sus intereses económicos, interactúa en la economía, siendo este mismo hombre el principal beneficiario de esta interacción ya que, satisface sus necesidades. Es de tal magnitud la importancia de la libre competencia que no son pocos los ordenamientos

jurídicos en donde no se dé cabida a la protección de esta por medio de la propia Constitución, como en el caso peruano, en donde se manifiesta de forma directa la importancia y defensa de la libre competencia en la norma fundamental (Ibarra, 2020).

Esta tarea ha sido encargada a INDECOPI, el cual debe de cautelar la eficacia de la libre competencia en el mercado, no obstante, hay quienes se muestran remisos a confiar esta labor al Estado, ya que, afirman que es el propio Estado el que distorsiona la competencia o en el que se amparan los poderes económicos para mediante la corrupción distorsionarla, y que la solución adecuada para cautelar la competencia es liberalizar radicalmente el mercado, eliminando toda intervención estatal, incluso la que se produce por medio de las licencias, para que así solo la acción privada de productores y consumidores pueda regular el mercado, bajo la premisa de que no se puede lograr un monopolio sobre un producto ante la existencia cada vez más grande de calidad e innovación, que exigen los consumidores en un mercado globalizado (Jiménez, 2021).

7. Objetos de la defensa de la competencia

Los objetivos de la defensa de la competencia se pueden dividir por su incidencia, en objetivos económicos y objetivos jurídico-políticos, la división no significa exclusión, puesto que, en el plano de la realidad el cumplimiento de estos objetivos se complementa generando un estado de bienestar integral.

En cuanto a lo económico, se dice que la defensa de la competencia tiene como finalidad la descentralización del poder económico, esto es importante, puesto que, una empresa con demasiada influencia en el mercado puede causar distorsiones dentro de él, al igual que en el caso del Estado, es conveniente que el poder se encuentre distribuido entre todos los actores, en vez de encontrarse concentrado en una sola persona (Méndez, 2021).

Entre los objetivos jurídico-políticos, encontramos a la protección de las libertades económicas individuales e igualdad de agentes, en este sentido, la distribución del poder que impide que una empresa llegue a dominar del mercado sin depender de los otros agentes, es la condición necesaria para asegurar la vigencia del libre acceso y salida del mercado, derechos que constituyen las libertades económicas, asimismo, la distribución del poder asegura la igualdad de los actores en el mercado, cada uno con una alícuota de poder igual (Díaz, 2020).

Por último, la defensa de la competencia tiene como objetivo asegurar la eficiencia en el mercado, entendida esta como efectiva distribución equitativa de los recursos, además de calidad y bajos precios en los productos ofertados. Sin la competencia estos factores no concurrirían como veremos más adelante cuando analicemos los supuestos de la competencia imperfecta y del monopolio (Estévez, 2021).

El cumplimiento de estos objetivos se afirma nos conducirá a la democracia dentro del mercado, en donde la riqueza se distribuya de forma igualitaria y todos los actores tengan igualdad de oportunidades. En este modelo de mercado, las fuerzas de la oferta y la demanda, como fuerzas neutrales no sujetas a ningún interés personal en específico, son las encargadas de regular el mercado con independencia de sus actores, una de las características de un mercado competente, es que la oferta y la demanda tengan independencia, y los actores en la economía, por el contrario, sea interdependientes unos de otros, sin que tengan capacidad de acción autónoma dentro del mercado (Camarena, 2020).

La defensa de la competencia se basa en una premisa de desconfianza hacia las grandes concentraciones de capital, considerando que la concentración del poder económico en pocas manos puede generar un ente externo al mercado, que desnaturalice sus preceptos en provecho propio. La situación se agrava cuando esta concentración la produce una empresa privada, ya que, cuando es suscitada por un ente público, es de esperarse que este tenga en cuenta el interés público, en cumplimiento de sus funciones como administración pública. En cambio, en cuanto se trata de una empresa privada lo más probable es que el mercado sea direccionado a satisfacer los intereses egoístas de la empresa dominante, y no sea conducido a su fin legítimo que es el bienestar general (Barrientos, 2020).

Habiendo recalcado y desarrollado cada uno de los objetivos de la defensa de la libre competencia, y los beneficios que reportan para la sociedad, pasaremos a exponer los tipos de forma de competencia que la teoría económica ha conformado: competencia perfecta, imperfecta y monopolio.

En la exposición desarrollaremos cada uno de los elementos característicos de cada uno de los modelos de competencia, y los efectos que producen en la sociedad, recalcando la conformación y consecuencias del monopolio, que es un tema vinculado con nuestro

problema de investigación, al ser la consecuencia lógica de la formación de una posición de dominio, y su uso abusivo.

8. Tipos de formas de competencias

Los tipos de competencias se refieren a las diversas configuraciones que puede tener la competencia dentro del mercado, que van desde la competencia perfecta, un estado ideal del mercado hasta el monopolio, un estado donde la competencia no existe, pues, solo hay un actor dentro de la economía que puede ser una empresa o el propio Estado, a continuación, desarrollamos los tipos de competencias.

8.1. Competencia perfecta

La competencia perfecta, es un estado ideal del mercado, en donde la oferta y la demanda se encuentran equilibradas, es decir todos los actores de la economía en lo que respecta a la producción tienen un nivel equitativo de dominio en el mercado, produciendo esto un contrapeso dentro de la influencia que ejercen cada uno dentro de la sociedad y en especial, con los consumidores (Quiroga, 2022).

Otra característica de la competencia perfecta es que no existen barreras para la entrada y salida del mercado, recalcando la importancia que tiene el ingreso en el mercado para la competencia, ya que si esta se restringe ya no podríamos hablar de libre mercado, sino, de economía planificada en caso que la prohibición de ingreso la produzca el propio Estado o de abuso de posición de dominio, en caso que la produzcan las empresas privadas en su intento por conseguir el dominio total de su mercado (Ramírez, 2020).

Este estado ideal del mercado ha sido concebido como una forma perfecta de competencia, en tanto la economía se encuentra descentralizada, ninguna de las empresas tendría el poder para controlar los precios, sino que de la propia competencia emergería un “precio competitivo” que conduciría al mercado a la mayor eficiencia, puesto que, se ofertarían los productos que el consumidor desee al menor precio posible y con la mejor calidad. Uno de los beneficios resaltantes de este estado del mercado, sería que la demanda y la oferta serían suficientes para equilibrar al mercado por sí mismas, sin la intervención de un ente externo (Espinoza, 2021).

8.2. La competencia imperfecta

La competencia imperfecta se refiere al estado del mercado, en que las condiciones de la competencia perfecta se cumplen parcialmente, uno de los elementos que evidencian la existencia de la competencia imperfecta es el control de los precios que puede ejercer una de las empresas que tienen una posición de dominio. Otro de los elementos que indican la inexistencia de una competencia perfecta, es la ausencia de gran cantidad de ofertantes y demandantes, de forma que ninguno de los actores de la economía pueda influir unilateralmente en el mercado, cuando se sucede una situación en que un conglomerado de empresas ejerce un poder unilateral dentro del mercado, nos encontramos ante una situación oligopólica (Juárez, 2022).

El oligopolio es una situación del mercado, en donde existen pocos actores económicos, lo que propicia una situación de interdependencia y de rivalidad entre los oligopolistas, lo cual puede ser resuelto de dos formas, bien en una competencia restringida en donde se disputen la preferencia de los consumidores o asociándose y creando el monopolio (Salazar, 2020).

8.3. El monopolio

El monopolio es un estado del mercado, en donde solo existe un actor, este es el extremo opuesto de la libre competencia, en el caso del monopolio la posición dominante se convierte en hegemonía, por ello el monopolista tiene plenos poderes en el mercado referente al precio, el acceso al mercado y la calidad del producto.

En resumen, los elementos del monopolio son los siguientes; primero, existe un solo ofertante dentro del mercado, lo que concentra la oferta en una sola persona jurídica, segundo, el acceso en el mercado se halla restringido, el monopolista para mantener su posición única en el mercado utiliza todos los medios para poder frustrar el ingreso de nuevos actores en el mercado, dado que la existencia de uno supondría un regreso a la competencia. El poder económico del monopolista se traduce muchas veces en poder político pudiendo controlar a los Poderes del Estado, con la finalidad de mantener el estado monopólico dentro del mercado (García y Pérez, 2022).

Asimismo, es necesario enumerar las consecuencias del monopolio en el mercado, primero, los bienes producidos por los monopolistas no tienen sustitutos en el mercado, lo cual pone

a los consumidores en la precaria situación en la que no tienen ninguna opción alternativa en el mercado, viéndose obligados a consumir los productos del monopolista. La calidad del producto se encuentra directamente relacionada con la existencia de varias opciones dentro del mercado, ya que si un producto tiene mala calidad defraudando las expectativas del consumidor, este puede cambiar al productor o proveedor, que le ofrezca una mejor opción para satisfacer sus necesidades, esto crea un ambiente en que los ofertantes tienen la necesidad de innovar y mejorar la calidad de sus productos, ofreciéndolos a buenos precios, para granjearse la preferencia de los consumidores y ganar en la competencia en el mercado (Mendoza, 2022).

Sin embargo, al solo existir un ofertante y no haber opciones, deja de ser necesaria la innovación y mejora del producto, ya que el consumidor para satisfacer su necesidad va a tener que acudir necesariamente al monopolista o dejar insatisfecha la necesidad que tiene del producto. En este sentido, se revela la importancia de la competencia para el bienestar de los consumidores, y el perjuicio que puede causar la ausencia de ella.

Otro efecto del monopolio para el consumo se da al nivel de asimetría de la información, el monopolista, aprovechando que es el único producto de su rubro, puede restringir la información que llega al público sobre el productor, en este caso, las autoridades estatales deberían de controlar este acto, no obstante, en la realidad el poder económico de la empresa monopolista tiende a crear corrupción en las instituciones estatales, dejando sin efecto a las normas de control de asimetría de la información (Orrego, 2020).

El último efecto, es sin duda uno de los más nocivos, ya que el monopolista está en la capacidad de controlar los precios en el mercado, es decir puede aumentar o disminuir el precio sin temer por las consecuencias económicas que estas nivelaciones pueden acarrear a sus utilidades, ya que, al solo ser ellos los ofertantes, el consumidor deberá asumir el costo, el que sea, o inhibirse de consumir el producto (Álvarez, 2021).

El peligro de esta consecuencia se puede manifestar en toda su potencialidad, cuando el monopolio afecta a los bienes básicos para la alimentación, denominados como “canasta básica”, por ejemplo, las carnes, verduras o medicamentos, en ese caso, al existir una necesidad ineludible de consumir estos productos, los consumidores tendrán que aguantar las nivelaciones del precio, siguiendo la tendencia del productor (Heredia, 2022).

Existen tipos de monopolio, que, no obstante, al presentar algunos de los elementos antes descritos, son aceptados por nuestro sistema jurídico, esto son los monopolios naturales o los causados por el inicio de actividad. Los monopolios naturales ya los definimos anteriormente y se refieren a mercados tan esenciales para el hombre que, deben de ser administrados por el Estado como proveedor único y los monopolios por inicio de actividad son un suceso normal en el mercado, en donde una empresa encuentra un nuevo rubro, siendo los pioneros en explotar ese nuevo mercado y en tanto, otros no ingresen al nuevo mercado, los iniciadores mantendrán un monopolio temporal sobre el nuevo mercado (Montes, 2021).

Dentro de las distorsiones que se pueden producir en el mercado, el monopolio es una de las más graves, siendo definida como la desaparición de la libre competencia y como un estado contrario a lo que se define como bienestar económico, tanto para los ofertantes como para los consumidores, nosotros nos unimos a esta percepción, por las razones antes expuestas sobre las consecuencias del monopolio en el mercado (Chávez, 2021).

9. Sistemas de defensa de la competencia

No existe un solo sistema de defensa de la competencia, ya que dependerá del tipo de organización económica de cada Estado, los alcances y límites que tendrán la competencia, entre los sistemas de protección encontramos los siguientes: el de prohibición, de abuso y el modelo del Tratado de Roma, a continuación, desarrollaremos brevemente las principales premisas de los mencionados sistemas.

9.1. El sistema de prohibición

El sistema de prohibición indica que toda limitación de la libre competencia es ilícita, salvo que la limitación se haya estipulado en una ley o se extraiga de la interpretación de la jurisprudencia emitida por autoridad competente. Este sistema está orientado a la competencia perfecta, debido a que se considera que ese es el estado en donde el mercado distribuiría mejor sus recursos, generando el mayor bienestar posible; desde este sistema la protección que otorgan las leyes de libre competencia se debe de centrar en la protección del ingreso al mercado y de igualdad entre las partes (Rodríguez, 2020).

En este sistema se defiende que sea la propia demanda y oferta las que regulen el mercado, no obstante, para casos excepcionales en donde el ingreso al mercado sea limitado por

algunos de los actores económicos, se faculta a las instituciones estatales encargadas de la defensa de la competencia, interferir en el mercado para solucionar la distorsión. Las facultades que al ente estatal se reconoce en este sistema de protección, son limitadas, ya que, si bien puede intervenir en el mercado, no tendrá la potestad de reglamentar directamente acciones de desconcentración del poder económico (Acosta-García, 2022).

9.2. El sistema de abuso

En este sistema se parte de la premisa de que toda limitación impuesta a la competencia es ilícita, salvo que esta sea declarada por una autoridad competente, a causa de una acción abusiva dentro del mercado. Esta teoría se encuentra sustentada sobre premisas peculiares, en donde se concibe que ningún acto dentro del mercado es en sí mismo nocivo, incluso el monopolio, lo único realmente nocivo es el abuso del poder económico, se de este en una competencia imperfecta o monopólica (Hidalgo, 2021).

En este sistema de defensa se va a reconocer la facultad del estado de intervenir activamente para evitar el abuso de una posición de dominio, pues, se entiende que aquel que tiene el poder siempre tiende a usarlo desmedidamente. Este sistema se diferencia del sistema de prohibición en que, el modelo de abuso actúa después de aparecida la distorsión en el mercado, mientras que el sistema de prohibición actúa preventivamente, antes de que la distorsión aparezca. Otra diferencia es que el modelo de abuso prioriza los resultados reales dentro del mercado, mientras que el de prohibición busca mantener la vigencia formal de la estructura de la competencia (Marques, 2020).

10. El modelo del tratado de roma o modelo mixto

El Tratado de Roma, es un Tratado Internacional en materia económica que creó la Comunidad Económica Europea, que tiene por finalidad uniformizar los criterios respecto de la regulación y funcionamiento del mercado, para poder generar bienestar y crecimiento para todos los Estados parte. En sus artículos 81 y 82 dan a conocer el sistema de defensa de competencia que ha adoptado el Tratado, en el artículo 81 se afirma que:

Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan

por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción; b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones; c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento; d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (Pág.64).

Bajo estos supuestos, se podría concebir al modelo del Tratado de Roma como expresión del modelo de prohibición, ya que cumple con la perspectiva de concebir como nociva a toda restricción en el mercado, asumiendo una postura preventiva hacia la comisión de estos actos, no obstante, en el mismo artículo se establece una excepción en donde los supuestos antes citados pueden dejar de aplicarse, la excepción se establece en el numeral 3 del artículo 81, de la siguiente manera, al afirmar que será lícito el acto que limite la competencia cuando:

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que: a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos; b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se traten (Pág. 65).

Esta excepción refleja la convivencia del modelo de prohibición y el de abuso dentro del Tratado de Roma, dentro del cual se toleran ciertas limitaciones a la competencia, siempre que su abuso sea evitado por una regulación, en donde se restrinja la concentración excesiva de capital en las manos de pocas empresas (Laime, 2020). Seguidamente el artículo 82, se limita lo que debe de entenderse por práctica abusiva:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en

una parte sustancial del mismo. Tales prácticas abusivas podrán consistir, particularmente, en: a) imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (Pág.64).

Este Tratado es una evidencia de la existencia de modelos mixtos, en donde se combinan las premisas de los sistemas de protección antes desarrollados, brindando una protección integral y a la vez flexible al libre mercado.

11. Posición de dominio y abuso de posición de dominio

El mercado capitalista organizado por la competencia premia la innovación con el éxito comercial, es decir, cada empresa tiene el incentivo de invertir en tecnología y capacidades humanas, puesto que de estos elementos dependerá su triunfo en la competencia, esta capacitación previa debe de traducirse necesariamente en productos o servicios que logren conquistar la preferencia de los consumidores, incluso la propaganda sin un sustento material real suele tener efectos temporales, sin repercusión a largo plazo (Ortega, 2020).

Un producto o servicio de mala calidad puede ser promocionado eficientemente, pero, cuando el consumidor se percate que las características ofrecidas por la propaganda no coinciden con las del producto o servicio real, dejarán de consumir y además, la empresa perderá confianza en el mercado; la confianza es el elemento esencial en el mercado, ya que es el nexo que conduce a que el consumidor se decida por vencer todos los costes de consumo y adquiera lo que se le ofrece, siendo más importante aún en el caso de mercados virtuales o de la bolsa de valores, mercados en donde las transacciones no se producen de forma tradicional, en físico, pero si a través de medios electrónicos que conectan a las partes de la transacción sin que estos puedan verse, incluso, superando barreras nacionales (Becerra y Pérez, 2021).

Aquella empresa que logre triunfar en la competencia por la calidad de lo que oferta, logrando generar la máxima confianza en el consumidor, conseguirá lo que los economistas han denominado como “posición de dominio”, es decir se encumbrarán como ofertante principal en su rubro. Los beneficios de esta posición de dominio además, de las ganancias, se remiten al efectivo dominio que la empresa puede ejercer en su rubro, por ejemplo conducir su mercado de forma unilateral, planteando las modalidades del servicio o producto que serán tendencia en el mercado, un ejemplo práctico de ello sería el siguiente: la empresa de ropa que alcanza una posición de dominio en el mercado de vestimenta, puede establecer las tendencias en moda, ya que su prestigio en el mercado y su alcance en cuanto a efectivos consumidores, le dan la potestad de marcar las tendencias en vestimenta en cada estación del año, mientras que, sus competidoras deberán limitarse a seguir el patrón impuesto por la empresa dominante, intentando brindar mejores productos para no perder en la competencia comercial (Llerena, 2022).

Aunque, muchos economistas alegan que la posición de dominio es de por sí una distorsión en el mercado, ya que una competencia perfecta necesariamente debe concebirse como la equidad en el dominio de las empresas competidoras del mismo rubro, y que en caso una de ellas destaque, debe limitarse ese dominio, ya que, naturalmente tiende a acrecentarse hasta el monopolio u oligopolio; consideramos que la primera propuesta es falsa, debido a que, resultaría incongruente que se afirme que el mercado capitalista basado en la competencia premia la innovación y la calidad en el producto, pero que se impida que las empresas alcancen su mayor nivel de producción. Caso contrario, cuando este éxito no se ha producido por los méritos de la empresa en el mercado, dentro de las relaciones de oferta y demanda, sino que el Estado mediante leyes ha forzado dicha situación, en esas circunstancias si consideramos que nos encontramos ante una distorsión en el mercado (Ruiz, 2020).

En conclusión, afirmamos que la posición de dominio, entendida como la primacía de una o un grupo de empresas lograda en su mercado, por sus propios méritos y la preferencia de sus consumidores que tienen en alta estima sus productos o servicios, no puede ser ni limitada ni sancionada, ya que, por sí misma no constituye una distorsión en el mercado, por el contrario, es la consecuencia lógica de la competencia (Zambrano, 2021). Para explicarnos mejor podríamos apoyarnos en el concepto de acción humana de Von Mises, según este autor las

relaciones económicas tienen un fondo psicológico que es evidente, puesto que no es un enigma que el emprendimiento es impulsado por la ambición humana, por su deseo de acrecentar su riqueza, para poder no solo sobrevivir, sino existir con ciertos grados de comodidad, en ese afán es que el ser humano se inserta en el mercado como productor o consumidor, por lo que sancionar o limitar el acrecentamiento de su riqueza, sería desincentivar su accionar en el mercado, ya que no tendría ningún sentido innovar e invertir en mejorar el producto o servicio brindado, si nunca se permitirá alcanzar una posición ventajosa en el mercado, realizar una acción de tal naturaleza extirparía el motivo de competir (Ramírez-Felix, 2021).

No obstante, la posición de dominio puede ser usada para acciones legales e ilegales, entre las que se encuentra la obstaculización de la competencia, en este caso tratamos de un uso abusivo de la posición de dominio, lo cual, sí amerita una sanción, esta se justifica por el hecho de que en el Perú no existe un mercado radicalmente liberalizado, sino, que el Estado puede establecer reglas de funcionamiento en el mercado, castigando por ejemplo el uso ilegítimo de la posición de dominio (Abarca, 2022).

11.1. Causas de la posición de dominio

Para Linares (2020) las causas de la posición de dominio son objeto de debate para los economistas, las posturas se han dividido entre dos grandes perspectivas, una que afirma que la posición de dominio la genera el propio mercado incitado por la empresa privada y una segunda, en que se afirma que la posición de dominio es generada por el Estado, el cual mediante sus requisitos para la licencia y su regulación en el mercado beneficia a ciertas empresas, muchas veces creando episodios de corrupción.

La primera propuesta es enarbolada por economistas contrarios a la propuesta de libre mercado, entre los que se encuentran los defensores del intervencionismo de raigambre marxista o keynesiano, los cuales defienden que el mercado sin regulación estatal es caótico, produciéndose una inefectiva redistribución de la riqueza, en donde esta se concentra en una minoría la cual explota a las grandes mayorías. La posición de dominio y su consecuente abuso, es producido por el propio mercado capitalista, el cual, en su naturaleza predatoria, tiende a concentrar los recursos y la riqueza en una empresa o conglomerado de ellas, creando las condiciones necesarias para la explotación y el abuso, elementos que se producen a nivel

integral en la sociedad (Marchan, 2021). Para estos economistas, la libre competencia se desnaturaliza necesariamente, pues, sin un ente rector que limite y prevea las condiciones idóneas para la competencia, las empresas en su ambición tenderán a crear mercados sin competencia, lo cual les permita dominar su rubro, incluso imponiendo condiciones monopólicas o pseudo monopólicas. Para estos autores la premisa de la autorregulación del mercado es una fantasmagoría imputable al idealismo, sin fundamento real, de los teóricos liberales que no se percatan de la ineficacia de su sistema (Romel, 2022).

Por el contrario, la contraparte afirma que la única forma de evitar las posiciones dominantes es liberalizar radicalmente al mercado, que el ente que propicia estas condiciones de mercado es el Estado, organismo sujeto a la corrupción por parte de los poderes económicos y que, mediante los impuestos, además, de los costos de licencias desincentiva el ingreso de nuevos competidores a los mercados.

Además, de ello consideran que los abusos de posiciones de dominio han presentado sus efectos más nocivos, en los sistemas económicos en donde el Estado se ha convertido en principal protagonista de la economía, siendo ejemplos palpables, los sucedidos en Rusia bajo el gobierno de los soviets y el descalabro económico producido por el salto adelante de Mao Tsetung en China. En el plano local tenemos los ejemplos de Venezuela, cuando la injerencia en el mercado del Estado, mediante la expropiación eliminó la competencia causando un periodo de inflación, que se traduciría en éxodos humanos de la población venezolana a lo largo del orbe (Castro-Barriga, 2020).

En el Perú, hemos tenido un ejemplo de intervencionismo estatal que propició posiciones de dominio, en el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas impuesto mediante un golpe de Estado, en los años de 1968 a 1980, principalmente en los primeros siete años en que gobernó Velasco, periodo conocido como el septenio; en estos años las FFAA mediante el Estado, expropiaron empresas que producían las principales exportaciones del Perú: minería y recientemente harina de pescado, después de expropiadas, las empresas fueron rebautizadas bajo nombres como PETROPERU, convirtiéndose a instituciones de índole pública (Agüero, 2021).

La poca eficiencia de la administración militar, sumado a los efectos nocivos de suspender el pago de la deuda externa y la reforma agraria, crearon un proceso inflacionario que vería sus

peores efectos en los primeros años de la década de los 80, agravando la situación el gobierno aprista mediante el intento de nacionalización de la banca. El Estado en la década de los 70, se propuso forzar la industrialización del país, dando subsidios a empresas nacionales, otorgándoles beneficios tributarios e impidiendo las importaciones directamente o agravando sus impuestos.

Esta situación fue perjudicial para los consumidores, los que se veían expuestos al abuso de las empresas subvencionadas por el Estado, como es el caso de telefónica, empresa que se encargó de las telecomunicaciones, cuya ineficiencia era de conocimiento público, sin embargo, sus productos y servicios fueron adquiridos al no existir competidores. Estos hechos condujeron a la destrucción de la economía peruana; se trató de resolver el proceso de inflación con emisiones de billetes sin fondos reales y la aplicación de subsidios, por el temor de ver emerger las protestas sociales por el alza de los precios de la canasta básica por la inflación, el gobierno se propuso pagar del erario el costo excedente, manteniendo los precios de los productos básicos (Curasaca, 2022).

Estos hechos condujeron al colapso económico, con altas tasas de desempleo y recesión económica, la cual fue resuelta en el año 90, mediante la aplicación de los postulados del Consenso de Washington, en el que intervino el economista Hernando de Soto, las características de este modelo económico son el protagonismo de la inversión privada nacional y extranjera, el control de las políticas públicas y el rol subsidiario del Estado, aunque, este proceso causó en un inició mayores índices de pobreza, a largo plazo logró armonizar la salud de la economía peruana (Fuentes, 2020).

Estos hechos aportan evidencias acerca de que es el Estado el que causa mayoritariamente la posición de dominio, cuando analicemos el caso de Backus, podremos observar como el Estado participó de forma indirecta para obstaculizar el ingreso de la empresa Brahma, la que tenía intereses de invertir en el mercado cervecero peruano dominado por el conglomerado de empresas denominado como Backus.

11.2. El sujeto o actor dominante

Se define al sujeto o actor dominante en el mercado como a aquella empresa que, debido a su triunfo en la competencia ha llegado a ocupar el lugar principal en la pirámide del mercado, ahora bien, el hecho de que una empresa llegue a ocupar un puesto dominante en

el mercado, no es una distorsión en el mercado, ni una consecuencia incompatible con la competencia, puesto que, en la realidad siempre hay algunas empresas que invierten de mejor forma sus recursos, además, de granjearse la preferencia de sus consumidores con la calidad de su producto.

Es por ello por lo que se considera que la competencia perfecta es un estado irreal, en tanto que supone que siempre los actores se encontrarán en posiciones equitativas, no pudiendo influir una más que otra en el mercado, en cambio, la realidad demuestra que la competencia siempre tiende a ser ganada por uno de los competidores, el cual se encumbra en el mercado ejerciendo su influencia dentro de la competencia.

Además, como afirmábamos en líneas anteriores resultaría incongruente con el impulso del progreso y de generar riqueza, el hecho de que se limite la competencia en sus efectos, impidiendo que la empresa que realice mayores esfuerzos sea premiada con el dominio de su rubro, es una consecuencia natural y esperable desde la lógica de la competencia, por el contrario, aquel estado en que los actores, a pesar de competir, no han logrado sobrepasarse unos a otros, supondría una competencia estéril y de suceder así en la realidad, serían pocos los que ingresarían al mercado como productores o proveedores, puesto que su lucro siempre se vería limitado, lo mismo es válido para los casos en que el Estado, mediante las leyes regula el nivel hasta el que puede lucrar una empresa.

En resumen, la empresa dominante puede ser cualquier actor que haya triunfado en la competencia, ahora bien, puede suceder que haya un grupo de empresas que ocupen papeles dominantes dentro del mismo mercado, deciden unirse para conformar corporaciones, y poder así consolidar su posición en el mercado, evitando competir entre sí, asegurando así su vigencia en el mercado y su superioridad frente a otros autores, en este caso quedará en cuestión cuáles son los límites que debería de imponerse a esta acumulación de capital o si debemos dejar que seguir fluyendo.

11.3. Abuso de posición de dominio

El abuso de posición de dominio, es definido como aquella acción o conjunto de acciones que son realizadas por una sola empresa o por un grupo de ellas, que habiendo logrado una posición de dominio en el mercado, obstaculizan el ingreso al mercado de nuevos actores y tienden a absorber a los ya existentes, con el fin de eliminar la pluralidad de actores

conformándose ellos en los únicos o principales agentes productores o proveedores en el mercado, dominando casi por completo la oferta, tendiendo a llegar al monopolio o al oligopolio (Pimentel, 2020).

El abuso de posición de dominio como afirmábamos se puede producir de dos formas, la primera es la obstaculización para el ingreso de nuevos actores al mercado, en este caso la empresa dominante puede realizar varias acciones, por ejemplo exigir a sus distribuidores la exclusividad en la compra a cambio de beneficios, es decir la empresa dominante se compromete a realizar descuentos en la compra, siempre que los distribuidores se comprometan a comprarle solo a ella y no a la nueva empresa competidora, en este caso se frustrará la distribución de los productos de la empresa competidora, mediante un contrato de exclusividad (Davalos, 2022).

Una segunda forma de obstaculización se produce mediante el Estado, es sabido que el Estado emite licencias y gravámenes tributarios para la actividad productora, en caso de que la empresa dominante haciendo uso de su poder económico, logre persuadir al Estado de aumentar el costo en tiempo y dinero en licencias y tributos, probablemente, desincentivará a los competidores a emprender el negocio, al hacer más costoso el proceso de inicio de producción tanto en dinero como en tiempo (Thomas, 2021).

Una tercera situación puede producirse cuando el competidor ya ingresó al mercado, y se dispone a iniciar la competencia con la empresa dominante, en esas circunstancias la empresa dominante, con el fin de evitar el ingreso cabal de la empresa competidora, puede hacer uso de medios ilegales, tipificados en la figura jurídica denominada como “competencia desleal”, en la que se engloban desde la publicidad engañosa hasta el uso de demandas judiciales para lastimar la confianza de los consumidores en la nueva empresa (Montesinos, 2020).

Estos tipos de actos son altamente lesivos del derecho a la libre competencia, y deben ser sancionados pues distorsionan las bases del libre mercado; el siguiente tipo de acción de abuso de posición de dominio, es la absorción, la empresa dominante puede alcanzar tal primacía, que deje muy por detrás a sus competidores, estas empresas viéndose en una situación tan desventajosa y poco lucrativa, se ven entre la opción de cancelar sus emprendimientos o aceptar la oferta de compra de la empresa dominante y recuperar el capital invertido, como es lógico dado los beneficios económicos muchas de las empresas

optan por esta segunda opción, lo que convierte a la empresa dominante en empresa hegemónica en el mercado (Buroncle, 2022).

11.4. Efectos del abuso de posición de dominio

Los efectos de la posición de dominio, pueden afectar tanto al mercado como a los consumidores, entre los efectos para el mercado está: la restricción de la fluidez en la oferta, al existir un único ofertante, todas las acciones de iniciativa pertenecerán a esta empresa, asimismo, el establecimiento de los precios dependerá únicamente de la voluntad del empresario, el cual podrá aumentar el costo del producto por encima del costo real de la producción, ya que al no existir competidores el consumidor no podrá poner en cuestión el precio establecido por la empresa dominante (Telles-Alceres, 2021).

Esta incidencia en las ofertas trastornará la relación de regulación que debe de existir entre oferta y demanda, ya que el mercado incita la competición mediante las relaciones que se ejercen entre productores/proveedores y consumidores. En consecuencia, el consumidor también se verá afectado por la obstaculización de la competencia, pues, se le ha sustraído las opciones en el mercado, además, debe de aceptar la calidad del producto que se le ofrece, pues, es el único que encuentra disponible en el mercado.

La calidad del producto puede descender, sin que el consumidor encuentre la forma de dejar de adquirir dicho producto/servicio, pues la competencia ha sido eliminada y también la necesidad de innovación, la empresa puede anquilosarse cómodamente, pues, nadie le disputará los compradores, estos efectos pueden incluso alcanzar a los empleados de las empresas, los que dejan de ser capacitados y los sueldos disminuyen o se mantienen, dado que no necesitan ser incentivados por las ganancias para efectuar un mejor proceso de producción (Sana, 2020).

CAPITULO II: ANÁLISIS NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL: CASO BACKUS

1. Constitución del Perú

En el artículo 58, se establece constitucionalmente que “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.” (Pág. 43). Este precepto indica el tipo de sistema económico que maneja el Perú, señalando que la iniciativa es libre, la cual se refiere a la capacidad y libertad que tienen los individuos, empresas y organizaciones para emprender actividades económicas sin intervención excesiva del gobierno, en otras palabras, consiste básicamente en que los agentes económicos tienen libertad para producir, consumir, invertir y comerciar según sus intereses y preferencias, sin restricciones injustificadas por parte del Estado; sin embargo, es importante destacar que la iniciativa libre no implica ausencia total de regulación, ya que ciertas normativas son necesarias para prevenir abusos, proteger el medio ambiente, asegurar la competencia leal y promover el bienestar social. Este concepto se fundamenta en los principios de la economía social de mercado, donde la oferta y la demanda determinan los precios y la asignación de recursos.

Igualmente, el mencionado artículo afirma que el Estado es el encargado de guiar el desarrollo del país, pero no se debe confundir con que se encuentre regulando y normando cada actuación del mercado, sin embargo, el Estado si va a intervenir en determinadas áreas de interés social, tales como: promover el empleo y otorgar a sus ciudadanos centros de salud, educación, seguridad y servicios públicos al alcance de todos. Es por ello por lo que su modelo de economía social de mercado consiste en que el Estado interviene para corregir las fallas del mercado y promover el bienestar general, pero sin llegar a ejercer un control excesivo sobre la economía, pues, se reconoce la importancia del mercado como mecanismo de asignación de recursos, pero también se acepta la responsabilidad del Estado de intervenir para garantizar condiciones equitativas, proteger los derechos laborales, y proveer los servicios básicos. Finalmente, se basa en la competencia libre y justa, pero también en la solidaridad social y la responsabilidad corporativa, ya que, el mercado no tiene el deber de ser solidario, pero el Estado sí.

Luego, en el artículo 59, la Constitución menciona que:

El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades. (Pág. 43).

Del texto constitucional se interpreta que el Estado debe ser un ente que impulse el crecimiento de la economía y, de esa manera, garantice la libertad de trabajo y empresa, la cual se refiere al derecho que tienen los individuos y las empresas para elegir su empleo, actividad económica y forma de organización empresarial sin restricciones injustificadas por parte del Estado. En un sistema que respeta la libertad de trabajo y empresa, los individuos tienen la autonomía para elegir su empleo según sus habilidades, intereses y preferencias, y para emprender iniciativas empresariales con relativa facilidad.

Además, fomenta a que sus ciudadanos conformen pequeñas empresas, la cual consiste en una entidad comercial de tamaño reducido, generalmente con un número limitado de empleados y recursos financieros más modestos en comparación con las grandes corporaciones. Estas empresas suelen ser gestionadas por propietarios o emprendedores que asumen roles múltiples dentro del negocio. Operan en una variedad de sectores y desempeñan un papel crucial en la economía al generar empleo, promover la innovación y contribuir al crecimiento económico. Finalmente, el Estado debe promover a las pequeñas empresas mediante una variedad de políticas y programas diseñados para apoyar su crecimiento y desarrollo.

En la misma línea, en el artículo 60 expone que:

El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. 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. La

actividad empresarial, pública o no pública, recibe el mismo tratamiento legal. (Pág. 43)

Este precepto recoge al pluralismo económico, el cual consiste en un principio de igualdad entre las diversas formas de propiedad y empresa, es decir, no se concede privilegio para ninguna forma de empresa, sea privada o pública, todos compiten en igualdad de condiciones y no se establece regímenes tributarios especiales según la naturaleza de una empresa. Su objetivo es que las diversas formas de empresa y propiedad compitan con una base de condiciones y restricciones igualitarias y que la economía nacional esté sustentada por múltiples empresas y propiedades.

De igual modo, se reconoce el principio de subsidiariedad del Estado, el cual consiste en la intervención del gobierno en la economía para establecer o participar en empresas cuando el sector privado no puede o no quiere satisfacer determinadas necesidades o cumplir ciertos objetivos de interés público. Este enfoque reconoce que el mercado, por sí solo, puede no ser capaz de proveer ciertos bienes o servicios esenciales de manera eficiente o equitativa. Por ello, el Estado interviene en la actividad empresarial para garantizar la provisión de bienes o servicios que son considerados esenciales para el bienestar general, pero que no son rentables o atractivos para el sector privado debido a sus características particulares, como altos costos de inversión, riesgos elevados o externalidades negativas. Sin embargo, esta participación subsidiaria del Estado se encuentra sujeta a los siguientes requisitos, los cuales son: primero, solo podrá intervenir el Estado cuando se produzca una distorsión en el mercado que no puede solucionarse dentro del mismo y segundo, cuando exista un interés colectivo o que su intervención sea esencial para el beneficio de sus ciudadanos. Finalmente, tanto las empresas privadas, como públicas van a ejercer sus actividades en base a los mismos reglamentos y condiciones, ya que, no significa que las empresas donde intervenga el Estado tengan menos condiciones o más beneficios.

Luego, en el artículo 61, la Constitución establece que “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” (Pág. 44). Esta norma evidencia la importancia para el Estado de mantener la vigencia de la libre competencia, es por ello por lo que ha emitido una norma en la propia Constitución

prohibiendo los actos monopólicos dentro del mercado, ya que estos actos son perjudiciales para la sociedad debido a que tienden a restringir la competencia, limitar la oferta de bienes y servicios, y aumentar los precios a niveles injustificados. Pues, al controlar gran parte o la totalidad de un mercado, los monopolios pueden reducir la innovación, desincentivar la calidad del producto y disminuir la eficiencia económica. Además, al tener un poder excesivo en la toma de decisiones y en la fijación de precios, los monopolios pueden explotar a los consumidores al imponer tarifas elevadas y ofrecer opciones limitadas.

Asimismo, hace referencia al abuso de posición de dominio, acto que también limita taxativamente a la libre competencia, ya que, cuando una entidad tiene una posición dominante en un mercado, existe el riesgo de que utilice su poder de manera injusta para obstaculizar la entrada de nuevos competidores, distorsionar la competencia y perjudicar a los consumidores. La prohibición de este abuso fomenta un entorno empresarial más equitativo al evitar prácticas anticompetitivas, promoviendo así la innovación, la diversidad de opciones y la eficiencia económica. Por último, el mencionado artículo refiere que ninguna concertación es legítima para establecer un monopolio, ya que su aparición dentro del mercado desataría las consecuencias negativas antes mencionadas.

Por otra parte, en el artículo 63, la Constitución prescribe que “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones. La producción de bienes y servicios y el comercio exterior son libres” (Pág. 45). Esta norma establece que tanto la inversión interna, como la externa se encuentran en igualdad de condiciones, esto implica que tanto los inversores nacionales como extranjeros deben enfrentar las mismas regulaciones, requisitos legales, impuestos y protecciones jurídicas al realizar inversiones en un país determinado. Además, la inversión extranjera se refiere al flujo de capital que proviene de inversionistas, empresas o gobiernos de un país hacia otro país con el propósito de adquirir activos físicos, bonos o acciones, y de esa manera obtener una serie de beneficios a futuro. Este tipo de inversión puede adoptar diversas formas, como la creación de filiales o sucursales en el país receptor, la adquisición de participaciones accionarias en empresas locales, o la inversión en proyectos de infraestructura. Por ello, la importancia de establecer un reglamento equitativo para todos los inversionistas, ya que, la inversión supone el crecimiento del capital de un país.

A su vez, cuando se menciona que la producción de bienes, servicios y el comercio exterior son libres, se está haciendo referencia a un principio fundamental de los sistemas económicos basados en la economía de mercado. Esto implica que tanto los productores como los consumidores tienen la libertad de elegir qué bienes y servicios producir o consumir, así como la libertad de comerciar con otros países sin restricciones excesivas impuestas por el gobierno. En un contexto de libertad de producción y comercio exterior, las empresas tienen autonomía para determinar qué productos o servicios fabricar, en qué cantidades y a qué precios, respondiendo a la demanda del mercado y a las señales de precios. Asimismo, los consumidores tienen la libertad de elegir entre una variedad de opciones de bienes y servicios, lo que fomenta la competencia y la eficiencia económica. Por otro lado, en el ámbito del comercio exterior, la libertad implica la ausencia de barreras arancelarias, cuotas de importación o restricciones comerciales que limiten el intercambio de bienes y servicios entre países. Esto permite a las empresas buscar oportunidades de mercado más allá de las fronteras nacionales, acceder a insumos y tecnologías extranjeras, y participar en cadenas de valor globales. En consecuencia, el Estado al conceder dichas libertades, incentiva a que el mercado no solo se promueva entre sus nacionales, sino, que invita a que empresas extranjeras participen en el desarrollo económico del Perú.

Finalmente, el artículo 65 de la Constitución determina que:

El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo, vela, en particular, por la salud y la seguridad de la población (Pág. 46).

En este artículo el Estado asegura que el interés de los consumidores prima en el mercado y, para tal supuesto, garantiza el derecho a la información, el cual consiste en un principio fundamental que garantiza que los consumidores tengan acceso a información clara, precisa y completa sobre los bienes y servicios que están adquiriendo. Este derecho les permite tomar decisiones informadas y conscientes al realizar compras, lo que contribuye a proteger sus intereses y promover la competencia en el mercado. Además, el derecho de información implica que los consumidores tengan acceso a información veraz y no engañosa, y que puedan comparar diferentes opciones de productos o servicios antes de realizar una compra.

Esto les brinda mayor poder de negociación y les permite elegir la opción que mejor se ajuste a sus necesidades y preferencias. Asimismo, el Estado se encarga de proteger el derecho a la salud y seguridad de sus ciudadanos, pues, si bien es cierto que existe libertad de mercado, esto no quiere decir que se pueda constituir un negocio para ofrecer servicios o productos dañinos o que atenten contra la vida de los consumidores.

2. Ley de represión de conductas anticompetitivas, decreto legislativo N° 1034

La presente ley establece y sanciona administrativamente las conductas consideradas como anticompetitivas, las cuales consisten en acciones llevadas a cabo por empresas o actores económicos que tienen como objetivo restringir, distorsionar o eliminar la competencia en un mercado determinado. Estas conductas pueden adoptar diversas formas, como acuerdos entre competidores para fijar precios, dividir mercados o limitar la producción; prácticas de discriminación de precios o ventas atadas que excluyen a competidores; abuso de posición dominante en el mercado para imponer condiciones desfavorables a otros participantes; y fusiones o adquisiciones que reducen significativamente la competencia en el mercado.

En su artículo 7 se establece que:

7.1. Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: (a) Una participación significativa en el mercado relevante. (b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios. (c) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución. (d) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica. (e) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos. 7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita. (Pág. 4)

Esta norma establece que un actor económico que haya alcanzado una influencia tal que lo haya situado en una posición de dominio sobre determinado mercado, no significa que haya cometido ilícito alguno. Además, esta posición de dominio otorga a la empresa la capacidad

de determinar los precios, la oferta, y las condiciones de mercado de manera significativa, sin enfrentar una competencia efectiva por parte de otros actores en ese mismo mercado, pues, este agente económico posee una notoriedad significativa en el mercado y cuenta posiblemente con un mejor servicio. Pero si la entidad abusa de dicha posición de dominio se constituye una conducta ilícita, pues, tiene la posibilidad de controlar y distorsionar las condiciones de la ley de oferta y demanda, por ejemplo, al tener el control casi exclusivo sobre la oferta, puede manipular la cantidad de productos o servicios disponibles, limitándolos artificialmente para mantener precios altos sin temor a perder clientes, ya que los consumidores tienen pocas alternativas.

De los argumentos expuestos, se puede deducir que se altera la libre competencia cuando una empresa comete los actos antes descritos, permitiendo abusos inaceptables por parte del agente económico hacia los consumidores y competidores. Finalmente, la posición de dominio en favor de un actor económico es un efecto debido a diversos factores, tales como una participación activa y efectiva por parte del agente económico, las condiciones de la oferta y la demanda, el nivel de desarrollo que el agente haya alcanzado, los requisitos de las fuentes de financiamiento y suministro, las diferentes barreras burocráticas y la existencia de consumidores y proveedores con un método de negociación especial.

Asimismo, el artículo 10 establece las conductas abusivas que se pueden realizar en el caso de la posición de dominio, primero se analizará el primer párrafo:

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 (Pág. 5).

El párrafo evidencia que se considera como un abuso de la posición de dominio, cuando el actor económico aprovechando de su posición exclusiva en un mercado, anula de manera indebida a los demás agentes que formaban parte de su competencia, con el propósito de obtener mejores beneficios y evitar el ingreso de potenciales competidores, por ejemplo, pueda que el agente establezca acuerdos exclusivos con proveedores clave, impidiendo que

sus competidores accedan a esos productos o podría utilizar su influencia para presionar a los proveedores para que no suministren productos a otros competidores. Esto anularía injustamente a otros competidores al limitar su acceso a productos y recursos clave, socavando la competencia y creando un entorno injusto que favorece únicamente a la empresa dominante.

Luego, el segundo párrafo del mencionado artículo determina lo siguiente:

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; 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; c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que no guarden relación con el objeto de tales contratos; d) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia (Pág. 5).

Asimismo, respecto al párrafo citado se delimita las conductas que puedan ser consideradas como abusivas de la posición de dominio, las cuales pueden consistir en que el agente se niegue a negociar con terceros, por ejemplo, es una empresa de tecnología líder en el mercado de sistemas operativos para dispositivos móviles, y decide negarse a conceder licencias a fabricantes de teléfonos competidores, impidiendo así que estos puedan ofrecer alternativas a sus consumidores. La empresa podría justificar esta negativa utilizando prácticas discriminatorias o imponiendo condiciones excesivas en los acuerdos de licencia, lo que obstaculizaría la competencia y mantendría su posición de dominio.

No obstante, no se constituye como abuso de posición de dominio el hecho de que el agente otorgue descuentos o beneficios que constituyan una forma usual de comercialización, por ejemplo, una cadena de supermercados, que tiene una posición de dominio en el mercado, implementa una política de descuentos progresivos para los proveedores en función del

volumen de productos que estos venden a la cadena, como una forma de incentivar la compra en grandes cantidades y premiar la fidelidad de los proveedores. Estos descuentos se ofrecen de manera transparente y sin discriminación, aplicándose de manera igualitaria a todos los proveedores que cumplen con las mismas condiciones. En este caso, el otorgamiento de descuentos por volumen de compra no constituiría un abuso de posición de dominio, ya que se trata de una práctica comercial generalmente aceptada y que se ofrece bajo condiciones equitativas para todos los proveedores.

Igualmente, se considera como conducta abusiva de la posición de dominio si un agente económico abusando de dicho status, condiciona la celebración de determinado contrato al cumplimiento de prestaciones adicionales que no forman parte del objeto de dicho acuerdo, por ejemplo, una empresa de software que tiene una posición dominante en el mercado y ofrece un sistema operativo para computadoras, decide que para que los fabricantes de computadoras obtengan la licencia del sistema operativo, también deben aceptar la instalación de un software antivirus desarrollado por la misma empresa, el cual es innecesario para el funcionamiento básico de las computadoras. En este caso, la empresa de software estaría subordinando la celebración del contrato de licencia del sistema operativo a la aceptación de una prestación adicional, en este caso, la instalación del software antivirus. Esta práctica no guarda relación con el objeto del contrato original, que es la licencia del sistema operativo, y podría considerarse un abuso de posición de dominio, ya que obliga a los fabricantes de computadoras a aceptar condiciones no relacionadas para acceder al producto esencial en el mercado.

También son consideradas como conductas abusivas de la posición de dominio aquellas que tengan como objetivo obstaculizar la entrada o la permanencia en el mercado a un competidor o incitar a terceros a no contratar con alguna empresa que signifique competencia para el agente económico. Asimismo, si dicho agente económico demanda judicialmente de manera reiterada e injustificada a posibles competidores para que se restrinja u obstaculice su entrada al mercado. Finalmente, en los párrafos tercero y cuarto del mencionado artículo, se establece que “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.” y “Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas” (Pág. 6), en referencia a este

último, se cita el artículo 9 del mismo cuerpo normativo que expone “en los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene, o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores” (Pág. 5)

3. Normativa internacional

3.1. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

El presente tratado regula cuestiones generales de aplicación para los Estados miembros acerca del mercado único, la competencia, la política económica y monetaria, la cooperación en áreas como el medio ambiente, la educación y la investigación, así como las políticas exteriores y de seguridad comunes. Además, establece los principios de libre circulación de bienes, servicios y capitales.

Asimismo, en su artículo 101, en el contexto del mercado único, se prohíben los acuerdos entre empresas, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros, y que tengan como objetivo o resultado obstaculizar, limitar o distorsionar la competencia dentro del mercado único. Esto incluye acciones como: fijar los precios de compra o venta u establecer otras condiciones de transacción; limitar la producción, el mercado o las inversiones; recortar las fuentes de abastecimiento; acordar con terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes; y subordinar la celebración de un contrato al cumplimiento de prestaciones adicionales que no guarden relación alguna con el objeto del contrato. Además, el tratado constituye como efecto de estos acuerdos o decisiones prohibidas, la nulidad de pleno derecho. No obstante, si dichos acuerdos tienen la finalidad de contribuir a mejorar la producción de los productos o de fomentar el progreso económico, las disposiciones del tratado serán inaplicables.

De esta manera el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea prohíbe el abuso de la posición dominante en el mercado por parte de una o varias empresas, cuando dicho abuso pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. Por lo tanto, busca garantizar que las empresas no utilicen su posición dominante para restringir la competencia de manera injusta, perjudicando a los consumidores y a otras empresas, pues, tales prácticas son incompatibles con el mercado único y quedan prohibidas. Asimismo, el abuso de la posición dominante

puede manifestarse de diversas formas, como imponer precios injustos, limitar la producción o acordar con terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, por ejemplo, una empresa productora que ostenta una posición dominante en el mercado, pues, es la única que provee de suministros a diversos agentes económicos, pero resulta que abusa de dicha posición al imponer precios injustos a sus clientes que dependen de esta, además de acordar con ciertos actores económicos condiciones contractuales desiguales para el suministro del producto, ofreciendo precios más altos y plazos de entrega más largos a algunos clientes en comparación con otros, a pesar de que solicitan prestaciones equivalentes. Este comportamiento anticompetitivo perjudica a los agentes económicos afectados al aumentar sus costos de producción y limitar su capacidad para competir en el mercado. También, distorsiona la competencia al favorecer a ciertos agentes sobre otros, lo que podría resultar en una reducción de la variedad y la innovación en el mercado de determinado producto.

De igual manera, el artículo 102 establece que la explotación excesiva de una empresa que goce de la posición de dominio en el mercado, será prohibida si se determina que puede impactar negativamente en el comercio entre los países miembros. Tales prácticas excesivas podrán consistir, particularmente, en: imponer precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; acordar con terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y que de esa manera se ocasione a estos una desventaja competitiva; y condicionar la celebración de un contrato a la aceptación de prestaciones que no guardan relación con el objeto de dicho contrato.

A diferencia del artículo 101 que regula los acuerdos entre dos o más agentes económicos que son considerados como perjudiciales para la libre competencia, este artículo establece las conductas que no derivan de un acuerdo, sino, ya constituye una decisión individual por parte de un determinado agente económico o un grupo de empresas, por ejemplo, puede darse el caso de que una empresa que goza de una posición dominante en determinado mercado por contar con el mayor porcentaje de producción en determinado producto, entonces este al conocer su status sobre el mercado, aumenta el precio de sus productos y condiciona la adquisición del producto principal, a la compra de un segundo producto accesorio,

perjudicando de esa manera a los consumidores. Esta práctica es usual cuando un agente económico conociendo que es el único y el mejor productor de determinado material, abusa de su posición, ya que, no tiene temor a perder consumidores.

4. Derecho comparado

4.1. Colombia

4.1.1. Constitución política de Colombia de 1991

En el artículo 333 la Constitución establece que:

La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la nación. (Pág. 92)

Esta norma evidencia la importancia de la iniciativa privada voluntaria y libre de toda barrera burocrática, con el objetivo de fomentar el desarrollo económico y social mediante la creación de un entorno propicio para la inversión y la innovación, pues, al eliminar o reducir las barreras burocráticas, se busca promover la competencia, la eficiencia y la creatividad empresarial, lo que puede conducir a un aumento en la productividad, la generación de empleo y el crecimiento económico. Igualmente, el Estado colombiano reconoce como derecho de la persona, a la libre competencia, además de declararlo como un principio fundamental para el funcionamiento de la economía, la cual consiste en el derecho de todas las personas a participar en el mercado en igualdad de condiciones, sin discriminación ni obstáculos injustificados impuestos por otras personas o por el Estado, con el fin de garantizar la eficiencia en la asignación de recursos, la libre formación de precios y la diversidad de ofertas para los consumidores.

Asimismo, subordina a las empresas que forman parte de la base del desarrollo económico de Colombia, a que cumplan con las obligaciones de acuerdo a su función social. De igual manera, es obligación del Estado colombiano de promover y apoyar tanto a las organizaciones solidarias (como cooperativas, asociaciones mutuales o fondos de empleados) como al desarrollo empresarial en general. Luego, de acuerdo con el cuarto párrafo del presente artículo, la Constitución colombiana recoge como principio básico a la libre competencia, este principio implica que todas las personas y empresas tienen derecho a participar en el mercado en igualdad de condiciones, sin prácticas anticompetitivas que distorsionen la libre elección del consumidor o restrinjan la entrada de nuevos competidores. Además, establece la prohibición del abuso de las posiciones dominantes, pues, considera a la concentración económica como contraproducente, ya que, si bien el Estado colombiano no prohíbe la constitución de mercados monopólicos u oligopólicos, ni la eliminación de los existentes, sino más bien su objetivo es prohibir que esos monopolios se formen como causa de prácticas restrictivas de la competencia y, de esa manera se dé camino a los llamados abusos de la posición dominante en el mercado. Finalmente, el Estado intervendrá regulando la libertad de mercado cuando así lo exijan el interés social, el ambiente o el patrimonio de su nación.

En la misma línea en el artículo 336 de la Constitución colombiana, en el primero y segundo párrafo, se establece:

Ningún monopolio podrá establecerse sino como arbitrio rentístico, con una finalidad de interés público o social y en virtud de la ley. La ley que establezca un monopolio no podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una actividad económica lícita (Pág. 93).

Los párrafos citados establecen que ningún monopolio puede ser creado o establecido a menos que sirva como arbitrio rentístico, es decir, que genere ingresos para el Estado, y que tenga una finalidad de interés público o social, todo ello en cumplimiento con lo dispuesto en la ley. En otras palabras, esta disposición prohíbe la creación de monopolios con fines exclusivamente lucrativos o particulares, asegurando que cualquier monopolio que se permita, esté justificado por razones de beneficio público o social, y que, igualmente, esté

sujeto a la regulación y supervisión del Estado. El objetivo es evitar la concentración excesiva de poder económico en manos privadas y garantizar que los monopolios, cuando existan, operen en beneficio del interés general y no en perjuicio de la competencia y los derechos de los consumidores.

Por lo antes expuesto, la Constitución también se encarga de indemnizar a aquellos agentes económicos que puedan perjudicarse con el establecimiento legal de un monopolio, pues, la consecuencia del monopolio es concentrar la actividad económica de cierto producto o servicio en una sola entidad, por lo que los demás agentes económicos que tengan igual rubro, quedarán sin ámbito de acción y lo más probable es que caigan en banca rota y procedan a liquidar su negocio, por ello la importancia de establecer una compensación a causa de una decisión que emana de una ley lícita y legal a favor de una sociedad. Por consiguiente, esta es una forma de prevenir el abuso de posición de dominio, ya que, la norma expresamente señala que sólo existirán monopolios a favor del Estado.

Por otro lado, en los párrafos siguientes del presente artículo, se establece que la organización de los monopolios rentísticos estará sujetos a un régimen propio que, igualmente, debe estar fijado por la ley que lo declaró como tal a causa de la iniciativa gubernamental. Finalmente, establece que los ingresos generados por los monopolios de actividades relacionadas con juegos de azar y loterías deben ser utilizados para financiar y mejorar los servicios de salud en el país y, de igual manera, los monopolios que tengan como objeto social la venta de licores, sus ingresos estarán destinados preferentemente a los servicios de salud y educación.

4.1.2. Decreto N° 2153 de 1992

En su artículo 45 numeral 5, define a la posición de dominio como “Posición Dominante: La posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado” (Pág. 14), el objetivo de este artículo es delimitar el concepto de la posición de dominio en el mercado, la cual se va a distinguir principalmente por la capacidad que tiene una empresa o persona, para establecer de forma directa o indirecta, el precio, la calidad, la cantidad y demás condiciones dentro de un mercado.

Luego en el artículo 46 se establece una prohibición general:

En los términos de la Ley 155 de 1959 y del presentes Decreto están prohibidas las conductas que afecten la libre competencia en los mercados, las cuales, en los términos del Código Civil, se consideran de objeto ilícito. Las disposiciones sobre protección de la competencia abarcan lo relativo a prácticas comerciales restrictivas, esto es acuerdos, actos y abusos de posición de dominio, y el régimen de integraciones empresariales. Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico (Pág. 14).

En base a este artículo se evidencia la importancia de prohibir las conductas que afecten la libre competencia en el mercado, ya que, a causa de estas se puede generar distorsiones en los precios y reducir la calidad de los productos y servicios disponibles para los consumidores, además de obstaculizar la entrada de nuevas empresas al mercado y, de esa manera, limitar la libre competencia. Dichas conductas limitativas son consideradas como acto ilícito por el código civil colombiano. Asimismo, las disposiciones de la ley N° 1340 de 2009, el cual establece el régimen de protección de la competencia, será de aplicación en los casos de las prácticas comerciales restrictivas, es decir, los acuerdos, actos y abusos que se realicen a causa de ostentar una posición de dominio por parte de un agente económico. Finalmente, estas leyes buscan prevenir y sancionar prácticas anticompetitivas, como los acuerdos entre competidores para fijar precios, repartirse mercados o limitar la producción, así como el abuso de posición dominante en el mercado.

Adicionalmente, en el artículo 47 se establece qué pactos o acuerdos resultan ser contrarios a la libre competencia:

Se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

Los que tengan por objeto o tengan como efecto: 1. la fijación directa o indirecta de precios. 2. determinar condiciones de venta o comercialización discriminatoria para con terceros. 3. la repartición de mercados entre productores o entre distribuidores. 4. la asignación, repartición o limitación de fuentes de abastecimiento de insumos

productivos. 5. Los que tengan por objeto o tengan como efecto abstenerse de producir un bien o servicio o afectar sus niveles de producción. 6. Los que tengan por objeto o tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización (Pág. 15).

Por lo tanto, en base a este artículo se considera como un acuerdo contrario a la libre competencia y, por ende, un acto ilícito, a aquel que fije precios y condiciones de venta o comercialización discriminatoria contra terceros, por ejemplo, cuando dos empresas, una productora y la otra vendedora, que llegan a un acuerdo donde se establece precios preferenciales y condiciones exclusivas para la empresa vendedora, discriminando a otros minoristas, pues, la empresa productora se compromete a proporcionar todo su producto, mientras la empresa vendedora ofrece términos de pago favorables. Es por ello que la competencia se ve distorsionada y otros minoristas o vendedores se ven afectados por este acuerdo, ya que no pueden competir en igualdad de condiciones.

Asimismo, los acuerdos que tengan como efecto la limitación de fuentes de abastecimiento de insumos productivos y, de esa manera se impida a terceros el acceso a los mercados, serán considerados como contrarios a la libre competencia, por ejemplo, cuando un acuerdo entre un fabricante de productos que sirvan para la construcción de servicios tecnológicos y un vendedor de dichos servicios tecnológicos, establecen que solo la empresa fabricante le va a proporcionar de insumos a la empresa vendedora, ocasionando la limitación del acceso de competidores a los componentes esenciales para la fabricación de productos electrónicos, garantizando así la posición dominante de la empresa vendedora en el mercado. Finalmente, dichos objetivos a causa de un acuerdo son establecidos de manera que se pueda identificar cuándo un agente económico está realizando prácticas que vayan en contra de la libre competencia en un mercado.

De igual manera, en el artículo 48 de la presente ley ya no se regulan los acuerdos entre dos o más actores económicos, sino las conductas que pueden ser realizadas por un solo agente económico y también son consideradas como contrarias a la libre competencia, las cuales pueden consistir en una infracción a las normas sobre publicidad (contenidas en el estatuto de protección al consumidor), en persuadir a una empresa para que incremente los precios de sus productos y que desista en su intención de bajar sus precios, o en negarse a hacer negocios

con una empresa o discriminarla de alguna manera debido a su política de precios competitivos. Por lo tanto, estos actos van en contra de las normas diseñadas para promover un mercado justo y competitivo, pues, puede darse el hecho de que existan dos empresas que fabriquen productos similares, pero una de ellas decide lanzar una campaña publicitaria agresiva en la que promociona sus productos como los más avanzados y a precios muy competitivos, y como respuesta de la otra empresa, intenta influir en los proveedores de los insumos para los productos que se comercializan en ambas empresas, para que restrinja el suministro a la primera empresa y, además, se niega a vender sus productos a minoristas que decidan vender los productos de la primera empresa. En este ejemplo, la segunda empresa estaría violando el presente artículo, ya que intenta influir en los precios de la primera empresa y discrimina a los minoristas que optan por vender productos de la empresa competidora a precios más bajos.

Por otra parte, en el artículo 50, a diferencia de los artículos 47 y 48 precedentes, no fija aquellos actos que sean contrarios a la libre competencia, sino, establece aquellas conductas que se derivan del abuso de una posición de dominio, pues, mientras que los actos contrarios a la libre competencia se refieren a cualquier acción que viole las normas destinadas a garantizar un mercado justo y competitivo, como influir en los precios o discriminar a otras empresas, los actos abusivos de la posición de dominio implican el uso injusto o anticompetitivo de una posición de poder en el mercado, como imponer precios injustos o limitar el acceso de otros competidores a recursos clave. Es decir, mientras que los primeros se centran en acciones específicas que distorsionan la competencia, los segundos se centran en el aprovechamiento injusto de una posición de poder en el mercado para restringir la competencia de manera más amplia.

Por consiguiente, el artículo 50 recoge aquellas conductas que pueden considerarse como abusivas de una posición de dominio, las cuales pueden consistir en: disminuir los precios por debajo del costo normal con el objetivo de eliminar a uno y varios competidores o evitar el ingreso de potenciales competidores; aplicar condiciones discriminatorias para transacciones equivalentes con el objetivo de colocar a un consumidor o proveedor en una situación desventajosa frente a otro consumidor o proveedor pertenecientes al mismo rubro; subordinar el suministro de un producto a la aceptación de obligaciones adicionales que no

constituyen parte del contrato; contratar con un comprador con condiciones diferentes de las que se ofrecen a otro comprador cuando la intención sea disminuir o eliminar la competencia en el mercado; vender un producto a un determinado precio en una zona del territorio colombiano, pero cambiar el precio del mismo producto para su venta en otra zona, con la intención de disminuir o eliminar la competencia en esa zona del país; u obstaculizar el acceso a terceros a los mercados.

El objetivo de este artículo es determinar qué prácticas son consideradas como abusivas por parte de un actor económico que ostenta la posición dominante dentro de determinado mercado, ya que, es fundamental para promover la competencia justa y proteger los intereses de los consumidores y otras empresas en un mercado. Cuando una empresa tiene una posición dominante, tiene la capacidad de influir significativamente en los precios, la calidad y la oferta de productos o servicios en el mercado. Por lo tanto, si esta empresa abusa de su posición para restringir la competencia, puede perjudicar a los consumidores al limitar su capacidad de elección y aumentar los precios. Asimismo, identificar estas conductas y tomar medidas para prevenirlas o corregirlas es esencial para mantener un mercado dinámico, donde todas las empresas compitan en igualdad de condiciones y donde los consumidores se beneficien de una amplia variedad de opciones a precios justos.

Por otro lado, en una comparación con el decreto legislativo peruano que regula las prácticas abusivas de la posición de dominio, se desprende que el articulado colombiano sí delimita las conductas que serán consideradas como abusivas de la posición dominante, en cambio, el articulado peruano en su último numeral, deja carta abierta a la interpretación para considerar a otros supuestos como conductas ilícitas de abuso de la posición dominante en determinado agente económico. Igualmente, es importante el supuesto de hecho constituido en el articulado colombiano que considera como una práctica abusiva de la posición de dominio, el variar el precio de un producto en una zona determinada, pero para las demás zonas el precio del mismo producto se mantiene con el objeto de disminuir o eliminar la competencia en esa parte del país. Se interpreta este acto como una práctica continua, pues, eliminar al competidor e imponerse como producto dominante en una zona, no cambia mucho las circunstancias, pero si poco a poco la empresa va dominando el mercado en más de una zona,

utilizando esa estrategia, sí va a lograr un efectivo posicionamiento a nivel nacional, pasando quizás desapercibido.

4.2. Argentina

4.2.1. Constitución de la Nación de Argentina y su Código Civil y Comercial

La regulación de la posición de dominio en el ámbito argentino, se encuentra establecido en mayor medida en su código civil y comercial, sin embargo, el artículo 42 de su Carta Magna hace referencia al tema indirectamente, pues, enuncia que el consumidor goza de una diversidad de derechos y que las autoridades deberán encargarse de constituir las garantías esenciales para su prevención y, dentro de ese ámbito de protección, deberán incluir al tema relacionado con la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados. Es así como a través de los derechos que se les reconoce a los consumidores, se protege y prohíbe toda forma de distorsión en los mercados, es decir, tanto al abuso de la posición de dominio como los actos contrarios a la libre competencia.

Asimismo, en el artículo 11 del título preliminar del código civil y comercial argentino, menciona al abuso de posición dominante en el mercado, remitiéndose a que para dichas situaciones será de aplicación el principio de buena fe y al ejercicio abusivo de los derechos, lo que da a entender es que si bien la sola ostentación de la posición dominante no constituye ilícito alguno, el ejercicio abusivo de esta posición o derecho sí va en contra de la ley, la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Sin embargo, no hay que confundir al abuso de posición dominante con el abuso del derecho, ya que, una situación abusiva supone una forma de dominio excesivo e injustificado que un sujeto ejerce sobre otros en el contexto de un acto jurídico concreto, en cambio, la posición dominante establecida en el artículo 11 no está referida a una desproporción de fuerzas entre dos o más sujetos, sino, que se refiere a una situación que se puede dar solo en el contexto de un mercado.

4.2.2. Ley 25.156, de defensa de la competencia

Esta ley recoge todo lo concerniente a la prohibición y su sanción de aquellos actos que, relacionados con la producción e intercambio de bienes y servicios, tengan como objetivo limitar o distorsionar la competencia o el acceso al mercado, o que constituyan un abuso de una posición dominante, de modo que puedan afectar al interés económico general. Además,

cuando se den los supuestos de abuso de posición de dominio o actos contrarios a la libre competencia, se debe identificar la obtención de ventajas competitivas como producto de dicha infracción.

Asimismo, en su artículo 2 se enumeran las conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia, las cuales consisten en: fijar o manipular el precio de venta o compra de los productos, así como el mero hecho de intercambiar información con el mismo objetivo; establecer obligaciones de producir o comercializar solo una cantidad limitada de bienes o servicios; coordinar posturas en las licitaciones o concursos; impedir o dificultar el ingreso al mercado a terceros; subordinar la venta de un bien a la adquisición de otro; condicionar los contratos a una obligación de no hacer; negarse injustificadamente a satisfacer pedidos concretos; o vender bienes o prestar servicios a precios inferiores a su costo, sin razones fundadas en los usos y costumbres comerciales, con la finalidad de desplazar la competencia en el mercado.

Luego, en el artículo 4 se establece que se entiende que una o más personas ostentan una posición dominante, cuando es la única oferente de determinado producto o servicio dentro del mercado argentino, o no está expuesta a una competencia sustancial. Igualmente en su artículo 5 describe aquellas circunstancias que se deben dar para poder arribar a la conclusión de que se trata de la existencia de una posición dominante en el mercado, dichas circunstancias son: primera, se deberá evaluar el grado de sustituibilidad del bien o servicio, es decir, si el bien o servicio es fácilmente sustituible por otros productos, lo que significa que los consumidores pueden cambiar a otras opciones si el precio cambia, además de las condiciones de tal sustitución y el tiempo requerido para la misma; segunda, determinar el grado en que las restricciones normativas limiten el ingresos de productos al mercado; y tercera, evaluar el grado en que el presunto responsable pueda influir en la formación de precios o restringir la demanda en el mercado y, de igual manera, el grado en que sus competidores puedan contrarrestar dicho poder. Por lo tanto, para poder concluir si en determinado caso existe una posición de dominio, primero deberán evaluarse las circunstancias anteriormente expuestas, por ende, si, por ejemplo, el grado de sustitución de un producto por otro es alto, es decir, que significa que se puede reemplazar fácilmente por otros, en dicho caso no existirá una posición de dominio.

4.3. Chile

4.3.1. Decreto ley N° 211

En su artículo 3 se regulan las prácticas que impiden una libre competencia, sin embargo, específicamente en el literal b), se prohíbe al abuso de la posición de dominio, la cual consiste en la explotación abusiva por parte de un agente económico o de un conjunto de ellos, los cuales fijan precios de compra o venta, imponen a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado, o imponiendo a otros abusos semejantes. Asimismo, en los demás literales, se enumeran a los actos o acuerdos que impiden la libre competencia o que tienden a producir dicho efecto, los cuales son: primero, conciliar un acuerdo entre competidores que les confiera poder en el mercado, el cual consista en fijar los precios de compra y venta de determinados productos o en asignarse zonas en el mercado para excluir a los competidores, y segundo, realizar prácticas de competencia desleal, con el objetivo de alcanzar una posición dominante o mantenerla. De hecho, esta es la única ley que se pronuncia acerca de las prácticas contrarias a la libre competencia, entonces al realizar una comparación con las legislaciones peruanas o colombianas, las cuales cuentan con un tratamiento más específico sobre el tema, se concluye que en la legislación chilena no existe una definición propia de abuso de posición dominante y que su artículo 3 es de carácter muy genérico, ya que, se limita a enumerar una serie de conductas que entorpecen la libre competencia, pero no se menciona, por ejemplo, cuáles son las prácticas que consisten específicamente en un abuso de una posición de dominio.

4.4. España

4.4.1. Constitución Española

En su artículo 38, reconoce a la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, la cual se basa en los principios de libre empresa y competencia, donde el mercado determina la asignación de recursos, los precios y la producción de bienes y servicios, además, favorece al sector privado, ya que es predominante en la economía española, con numerosas empresas privadas operando en una variedad de sectores, desde la industria manufacturera hasta los servicios financieros y el turismo. Sin embargo, el gobierno también desempeña un papel significativo a través de la regulación, la provisión de servicios públicos esenciales y la

aplicación de políticas económicas. Igualmente, los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general.

Por otro lado, en su artículo 128, se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica, pero solo el sector público podrá actuar como agente económico en el mercado cuando exista una ley aprobada y su objeto social deberá consistir en un servicio esencial para sus ciudadanos, asimismo, podrá intervenir especialmente cuando exista un caso de monopolio. En otras palabras, el artículo 128 hace referencia a que el Estado reconoce la importancia de la participación del sector público en la economía, ya sea a través de la gestión directa de recursos o servicios esenciales, especialmente en situaciones donde exista un monopolio natural o donde se requiera garantizar el acceso equitativo a dichos recursos. El artículo también señala que mediante ley se pueden reservar al sector público recursos o servicios esenciales, esto implica que el gobierno tiene la facultad de establecer regulaciones y medidas para asegurar que ciertos recursos o servicios básicos estén bajo control público, garantizando su disponibilidad y acceso para toda la población. Asimismo, el artículo menciona la posibilidad de intervenir en empresas cuando sea necesario para proteger el interés general, esto significa que el Estado puede tomar medidas para regular o controlar empresas privadas en situaciones donde se considere que sus acciones pueden afectar negativamente a la economía o a la sociedad.

4.4.2. Ley de Defensa de la Competencia, Ley 25/2007

Esta ley reprime de forma contundente al abuso de una posición de dominio, reconociendo sus diversas modalidades y su grado de infracción. Asimismo, en su artículo 2 establece el concepto de abuso de posición de dominio, el cual prohíbe la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en un sector del mercado nacional. Además, enumeran una serie de actos que se consideran como abusivos de la posición de dominio, los cuales son: primero, la imposición de precios u otras condiciones comerciales no equitativas; segundo, la limitación de la producción o distribución en perjuicio, injustificado, de las empresas o de los consumidores; tercero, la negación injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos; cuarto, la aplicación en los acuerdos de las relaciones comerciales, de condiciones desiguales para servicios equivalentes, con el objetivo

de colocar a unos competidores en situación desventajosa frente a otros; y quinto, el establecimiento de condiciones accesorias para la celebración de contratos, que por su naturaleza no guarden relación con el objeto de dichos contratos.

Luego, en su artículo 1, de carácter un poco más general, enumera a aquellas conductas colusorias, es decir, todos los actos o acuerdos que tengan por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado español y, en particular, los que consistan en: la fijación de precios o de otras condiciones comerciales; la limitación de la producción o distribución de determinado producto; el reparto del mercado o de las fuentes de aprovisionamiento; la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes para perjudicar a terceros; y la subordinación de la celebración de un contrato a la aceptación de una prestación fuera del objeto de este acuerdo. Y como efecto de dichos actos o contratos, se declararán nulos de pleno derecho. Asimismo, el artículo 5 menciona una excepción a la prohibición de los artículos 3 y 1, pues, las conductas que por su escasa importancia, no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia, por lo tanto no serán ilícitas.

Finalmente, es importante resaltar que la legislación que se pronuncie acerca de las conductas referentes al abuso de la posición de dominio y, en general, aquellas que impidan la libre competencia, también deben tener en cuenta, como lo hizo efectivamente la legislación española, el reconocimiento de que será nulo de pleno derecho dichas conductas ilícitas, es decir, que automáticamente y teniendo, además, una base legislativa, los órganos competentes de juzgar dichas conductas contrarias a la libre competencia, podrán declarar su nulidad sin la necesidad de mediar otros mecanismos, lo cual implica que dicho contrato, acuerdo o decisión jurídicamente nunca existió.

4.5. Bolivia

4.5.1. Constitución boliviana

En su artículo 312 numeral 1 se subordina constitucionalmente a que toda actividad económica deberá contribuir al fortalecimiento de la soberanía económica de Bolivia, además de que se prohíbe la acumulación privada de poder económico que ponga en peligro a la soberanía económica de Bolivia, esta última disposición busca evitar situaciones en las que

empresas privadas ejerzan una influencia desproporcionada sobre la economía, lo que podría comprometer la capacidad del Estado para tomar decisiones económicas en beneficio del país.

Asimismo, en su artículo 314 se prohíbe el monopolio y el oligopolio privado, por el contrario, sí está permitido que el Estado establezca un monopolio. De igual manera, prohíbe cualquier otra forma de asociación o acuerdo de personas naturales o jurídicas privadas, bolivianas o extranjeras, que persigan el control y la exclusividad en la producción o comercialización de bienes y servicios, ya que, se busca promover la competencia económica y proteger los intereses de los consumidores y la soberanía económica del país, pues, al prohibir estas prácticas, se previene que un pequeño grupo de empresas o individuos ejerza un control excesivo sobre la economía, lo que podría llevar a la explotación de los consumidores, la limitación de la diversidad de productos y servicios disponibles en el mercado y la vulneración de la libre competencia.

4.5.2. Ley N° 1600, Ley SIRESE

En su artículo 16, se establecen los acuerdos anticompetitivos, prohibiendo a las empresas y entidades a participar en contratos, decisiones o prácticas, cuyo propósito fuera impedir o distorsionar la libre competencia, por medio de: la fijación conjunta de precios; el establecimiento de limitaciones a la producción, a los mercados o a las inversiones; y otras prácticas anticompetitivas. Este artículo no es muy específico en describir todas aquellas conductas que pueden resultar anticompetitivas, sin embargo, otorga la posibilidad al ente juzgador de poder calificar a la conducta anticompetitiva en cada caso.

Asimismo, en su artículo 17 se enumeran a las prácticas abusivas, las cuales están prohibidas y consisten en realizar prácticas que tengan el objetivo de perjudicar a sus competidores o consumidores, dichas prácticas podrán consistir en: la imposición de precios de compra o venta u otras condiciones comerciales no equitativas; la limitación de la producción o de las fuentes de suministro en perjuicio de los consumidores; la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalente; la subordinación de un contrato a la aceptación de una obligación adicional que no es inherente al objeto del contrato; y exigir que quien solicite el suministro de un servicio, asuma la condición de socio o accionista.

Por lo tanto, en comparación con la legislación peruana, colombiana o argentina, la última práctica abusiva de posición de dominio, que consiste en obligar a un agente económico, posiblemente minorista, a que asuma la condición de socio o accionista, no se ha repetido en otra legislación antes mencionada. Dicha práctica se daría, por ejemplo, si una empresa que tiene una posición dominante en la prestación de un servicio regulado, como el suministro de agua potable, exigiera a aquellos que solicitan el servicio que se conviertan en socios o accionistas de la empresa para poder recibir el suministro. Esto crearía una situación en la que los clientes se vean obligados a adquirir una participación en la empresa para acceder a un servicio básico, aprovechando así su posición dominante para obtener beneficios adicionales y restringir la competencia en el mercado. Esta práctica sería considerada abusiva porque coacciona a los consumidores a participar en actividades comerciales que no desean para acceder a un servicio esencial.

4.6. CONFERENCIA DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE COMERCIO Y DESARROLLO

En este informe se analizan los desafíos que enfrentan las autoridades responsables de regular la competencia, especialmente en países en desarrollo, al abordar los casos de abuso de posición dominante. Por ello, se realiza una comparación de cómo se trata este tipo de abuso en diferentes sistemas legales, donde se detallan las definiciones aplicadas a varios conceptos, como la de posición de dominio o prácticas anticompetitivas, ya que, como ya se ha analizado en las páginas precedentes, entre los países hay ciertas diferencias en cuanto a los propósitos, los conceptos y los modos de analizar a las prácticas anticompetitivas y entre ellas, a la posición de dominio y su abuso, ya que se debe recalcar que lo que se sanciona es su abuso, más no la posición dominante en sí, porque una empresa puede lograr una posición de dominio a través de medios legítimos.

Asimismo, el análisis del abuso de la posición dominante se divide en tres partes: primera, delimitación del mercado o mercados pertinentes; segunda, determinar si el agente económico domina el mercado pertinente; y tercera, determinar si sus actos constituyen un abuso de una posición de dominio. Estos tres elementos son distintos, pero deben evaluarse simultáneamente, ya que, las pruebas que sirven para afirmar uno de ellos, pueden servir para los otros. Sin embargo, cabe resaltar que la definición de mercado y la determinación del

abuso de la posición dominante son análisis interrelacionados, pero la determinación del abuso de la posición de dominio se debe analizar por separado.

La definición de posición dominante que expone la Junta de Comercio en este informe se formuló en base a las legislaciones y las decisiones judiciales más importantes. Por lo tanto, para una definición jurídica se debe tener en cuenta los criterios de estructura y supuestos de comportamiento, este último es el más habitual, ya que, las legislaciones adoptan enfoques distintos para determinar la existencia de la posición dominante y su abuso en un mercado. Por ello, se cita a la definición que formula la “Ley tipo de defensa de la competencia de la UNCTAD”, la cual enuncia que la posición dominante consiste una situación donde una empresa o conjuntos de empresas, están en condiciones especiales de controlar el mercado pertinente de un determinado producto o servicio.

En base al concepto citado, se concluye que las definiciones basadas en criterios de conducta, se centran generalmente en la notable libertad de un agente económico frente a las limitaciones que establece la competencia, es decir, la capacidad de actuar de un modo en que el actor económico sometido a diversas limitaciones, no podría. Asimismo, según el criterio de la Junta de Comercio, la definición más influyente en torno al comportamiento, es la que plasmó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, la cual consiste en que una posición de dominio otorga a un agente económico la posibilidad de impedir la libre competencia en un mercado, pues, le otorga la capacidad de actuar con independencia de sus competidores, clientes y consumidores.

No obstante, en la práctica, una empresa no puede actuar sin tomar en cuenta a sus competidores o clientes, sin embargo, existe el hecho de que cuando una empresa goza de una posición de dominio, dispone de cierta libertad de acción en cuanto a los precios, cantidades, calidades o innovaciones, a diferencia de las empresas que no están en una posición dominante. Por lo tanto, la empresa que goza de una posición dominante, usualmente, no está sujeta a las limitaciones efectivas que impone la libre competencia, además, la existencia de una posición de dominio puede ser efecto de varios factores que, por separado no son necesariamente determinantes, pero uno de los más importantes es la existencia de cuotas de mercado muy considerables.

En la misma línea, se hizo una comparación entre las legislaciones de diferentes países, que delimitan a la libre competencia y, a su vez, a la posición de dominio. Primero, la ley de competencia de Sudáfrica la define como la capacidad de controlar los precios, de eliminar a sus competidores o de actuar con un grado de autonomía respecto a sus competidores, clientes o proveedores. Segundo, en el Perú, se entiende que un agente económico goza de una posición de dominio sobre un mercado, cuando puede actuar de un modo independiente y evitando a sus competidores, clientes o proveedores, como efecto de factores tales como la participación relevante de las empresas en determinados mercados, las condiciones de la oferta y la demanda de los productos, el desarrollo tecnológico o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y producción, así como a redes de distribución. Tercero, la legislación colombiana es ligeramente distinta, ya que, define a la posición de dominio como la posibilidad de un agente económico de cambiar directa o indirectamente las condiciones del mercado. En cambio, otros países definen a la posición de dominio considerando únicamente indicios estructurales, por ejemplo, en Indonesia se establece que un agente económico goza de una posición de dominio cuando su cuota de mercado supera el 50%.

También, varias leyes sobre la competencia combinan elementos estructurales y de comportamiento en la delimitación de la posición de dominio, de hecho, la legislación de Egipto considera que una empresa goza de una posición dominante cuando posee una cuota superior al 25% de dicho mercado y debido a esa porción le permite a la empresa ejercer una influencia efectiva en los precios y volumen de la oferta. Otro caso es la ley de Viet Nam sobre la competencia, ya que esta combina elementos de estructura y comportamiento, pero como alternativas, ya que, se considera una posición de dominio cuando la cuota del mercado que posee cierta empresa es del 30% o mayor, o si esta es capaz de distorsionar la competencia de modo considerable.

Por otro lado, en la práctica, para determinar si un agente económico se encuentra en una posición de dominio, las autoridades encargadas de analizar este tipo de casos, aplican un enfoque holístico y no preceptivo, es decir, considera a los elementos como interconectados e interdependientes, reconociendo que el todo es más que la suma de sus partes y se examina en fondo del asunto en conjunto. Por ello, la definición de mercado y la determinación de la

cuota en dicho mercado, constituyen elementos generales para un análisis más profundo. Sin embargo, con frecuencia se utiliza como único filtro al criterio basado en la cuota de mercado, ya que, se afirma sin más trámite que los agentes económicos cuya cuota de mercado es inferior al porcentaje predeterminado, no están en una posición dominante.

Y en base a ello, para la situación de los demás que sí sobrepasaron dicho porcentaje, se examina atendiendo a varios factores, tales como las barreras de entrada, salida y expansión; la posición relativa de los competidores en el mercado; las condiciones de la demanda; y cualquier otro factor que apoye a determinar si la empresa goza de una posición de dominio. Estos elementos pueden ser vistos como un análisis organizado para identificar quiénes o qué elementos podrían restringir la capacidad de una empresa para ejercer un poder significativo en el mercado, ya sean sus competidores, posibles competidores futuros o sus propios clientes.

Además del criterio de porcentaje de la cuota en el mercado, la evaluación de la posición dominante debe transcurrir un proceso con múltiples facetas. El objetivo es analizar quién o qué limita el ejercicio abusivo de la posición de poder de una empresa en el mercado. Entre los diversos factores que deben examinarse, se encuentran las variables, tales como las barreras de entrada y expansión, el poder de mercado de los competidores, la eficacia financiera, el poder de la demanda y la integración vertical. Además, estos factores deben evaluarse en base al modelo económico, ya que, si las barreras de entrada no son tan formales, no es probable que exista una posición de dominio porque, por ejemplo, un nuevo competidor entraría en ese mercado si aumentaran los precios o si se modifica otra característica del producto. Asimismo, hay factores que se anulan entre sí, por ejemplo, si los compradores deberían afrontar costos elevados por el cambio de proveedor, el efecto sería que el ejercicio del poder de demanda quizás no sea rentable y la capacidad de expansión de los competidores no tendría ninguna importancia.

Igualmente, la mayoría de las legislaciones toman en cuenta el factor de analizar a las barreras de entrada para determinar si existe una posición de dominio, además de otras variables tales como la posición de los competidores en el mercado, el poder financiero, la integración vertical que incluye el acceso a la distribución de los insumos, y el poder compensatorio que incluye el poder de la demanda. Sin embargo, existen otros factores que se aplican de manera

universal para establecer la existencia de una posición dominante, los cuales son: la cuota de mercado que posee la empresa y sus competidores; la posición en el mercado y el comportamiento de los competidores en el mercado; las barreras de entrada y de expansión; las economías de escala y de alcance; el poder de la demanda; el acceso a los mercados ascendentes, es decir, la integración vertical; el tiempo que dura el poder de mercado; la solidez del mercado, y el acceso a los recursos esenciales. Eran menos frecuentes, aquellos factores como los recursos financieros de las empresas y sus competidores, los precios elevados y los beneficios.

Por otra parte, las prácticas abusivas se dividen usualmente en abusos de exclusión y abusos de explotación. Por su parte, los comportamientos de exclusión fuerzan a los competidores a abandonar el mercado, es decir, les impiden ingresar o los presionan para mantener una competencia débil o limitada. Asimismo, la diferencia entre estos comportamientos y una competencia activa puede resultar complicado, ya que, inicialmente pueden parecer similares. Por ejemplo, en el corto plazo, estrategias como la fijación de precios predatorios pueden parecer beneficiosas para los consumidores al ofrecer más productos a precios más bajos, simulando una competencia activa, sin embargo, a largo plazo, estos comportamientos excluyen a los competidores y permiten al agente económico aumentar los precios y reducir la calidad.

En cambio, los abusos de explotación consisten en prácticas donde la empresa dominante sube los precios y reduce la calidad o la variedad, o toma otras decisiones que le permiten crecer, pero de una manera inaceptable en el contexto de un mercado competitivo. Cada legislación acerca de la defensa de la competencia trata a estos abusos de explotación de modo distinto, ya que, algunas están más dispuestas a intervenir, pero otras consideran que esa intervención mediante la legislación ocasionaría un resultado más perjudicial.

Por lo tanto, las conductas abusivas abarcan tanto aquellas prácticas relacionadas con la fijación de precios como las que no tienen vínculo directo con estos precios. Ambos tipos de prácticas pueden generar efectos anticompetitivos, como por ejemplo, la imposición de un precio único a dos productos separados para obligar al cliente a adquirir ambos.

5. RESOLUCIÓN N°0282-2004/TDC-INDECOPI

5.1. Expediente N°001-2004-MC1/CLC

5.1.1. Narración de hechos

El 08 de enero del 2004, la Compañía Cervecería Ambev Perú S.A.C. interpuso una denuncia ante la Comisión de Libre Competencia en contra del grupo BACKUS, CERVESUR, San Juan, Maltería Lima, el Comité de fabricantes de cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias, Confederación de titulares de marcas cerveceras peruanas y la Sociedad Nacional de Industrias (SNI), alegando que el grupo BACKUS a través del Comité impedía su entrada al mercado nacional, ya que se le excluía de la participación del sistema de intercambiabilidad de botellas cerveceras. El argumento de Ambev se basa en que solicitó su incorporación al Comité, para poder ser participe del sistema de intercambio de envases, sin embargo, recibió una respuesta negativa en dos ocasiones, donde el Comité le refería a Ambev que no se encontraba realizando actividades de producción cervecera en el Perú.

Ambev refirió que el Comité de fabricantes de cerveza de la SNI como titular de las marcas de cerveza, no le permitían ser participe del sistema de intercambio de botellas, la cual consistía en que las empresas miembros del Comité podían utilizar cualquier botella sin importar la marca (intercambiabilidad); debido a la negativa de su incorporación a través de cartas remitidas por Backus, Ambev, adquirió los activos de la empresa Embotelladora Rivera S.A. lo cual provocó que la SNI le comunicara a Ambev que esa compra le generaba la calidad de miembro industrial de la SNI. La calidad de miembro para Ambev y el uso del sistema de intercambiabilidad de envases se relacionaba directamente con la adquisición y adecuación de los equipos para el embotellamiento y la construcción de la fábrica con características específicas para su producción.

Por otro lado, Backus, Cervesur y San Juan procedían con la constitución e inscripción de una asociación bajo el nombre de Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas, la cual fue elevada a escritura pública y posteriormente, la Confederación gestionaba ante INDECOPI la inscripción de la transferencia de marcas colectivas a favor de la Confederación. Desde la óptica de Ambev, la inscripción de la Confederación constituía un abuso de posición de dominio y ponía en riesgo su ingreso al mercado, asimismo, al realizarse la transferencia de las marcas colectivas a la Confederación, se generaba la

exclusión de Ambev en el sistema de intercambio de envases, debido a que el estatuto no permitía el ingreso de empresas extranjeras.

Este hecho significó para Ambev un intento para evitar su ingreso al mercado peruano, por lo que Ambev, solicitó una medida cautelar ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, con la finalidad de que se detengan las acciones de transferencia de las marcas colectivas y además se le den las condiciones para que pueda adquirir diez mil botellas nuevas de color ámbar de 620ml., ya que, de esta manera podría ser participe del sistema de intercambios. Asimismo, Ambev agregó que cesen las acciones de transferencia de las marcas colectivas a razón de que, al consolidarse este acto, Ambev sería excluido del sistema de intercambio de envases, así como que se generen modificaciones a los reglamentos o estatuto que impidan su participación en el sistema de intercambio de envases.

Esta medida cautelar fue admitida por la Comisión, la cual dictó las siguientes medidas, la no transferencia de las marcas colectivas a la Confederación u otra entidad, la no modificatoria de los estatutos del comité, así como las del reglamento General de uso de marcas Colectivas. Ello provocó que Backus a través del Comité presente un recurso de apelación contra la medida cautelar otorgada por la Comisión, indicando que carece de requisitos de verosimilitud del derecho y que Ambev no señalaba o acredita el peligro en la demora. Además, Backus mencionó que esta medida afecta económicamente a todas las empresas de su grupo, debido a que se le están limitando derechos como la propiedad, la libre contratación y sobre todo la libertad de empresa. Por otro lado, Backus refiere que Ambev pretende valerse de todo el sistema de distribución y comercialización existente; negando la existencia de un sistema de intercambiabilidad.

5.1.2. Problemática del caso

La problemática consistió en determinar la existencia de abuso de posición de dominio por parte de Backus, ya que Backus utilizaba un sistema de intercambio de envases solo para las empresas pertenecientes a su grupo y a través del Comité de Fabricantes le negó a Ambev la participación en el sistema de intercambio de envases, lo cual evidenció una amenaza para el ingreso de Ambev al mercado cervecero peruano, después de que Ambev adquieren la calidad de miembro en la SNI, Backus internamente realizó la creación de la Confederación, ello limitaba la participación de Ambev en el sistema de intercambio, en consecuencia, estos actos

constituirían el abuso de posición de dominio generando en el mercado políticas anticompetitivas.

Otra problemática radicó en establecer la existencia de un sistema de intercambio de envases, ya que las empresas pertenecientes al grupo Backus y al Comité de fabricantes, podían disponer del envase de cualquier marca, por ende, Ambev intentó ser partícipe de este sistema, siendo negada su participación hasta en dos oportunidades para finalmente ser admitido y recibir la calidad de miembro en la SNI, en este punto, resulta incoherente el argumento de Backus sobre la inexistencia del sistema de intercambio, debido a que, Ambev solicitó en dos ocasiones su inclusión al sistema de intercambio de envases y recibió negativas con argumentos respecto a su actividad comercial y en ningún momento, se le indicó a Ambev que el sistema de intercambio no existe.

Asimismo, se tiene la problemática de la creación y formación de la Confederación, según Backus solo tiene como finalidad garantizar la calidad de su producto, en cambio, Ambev simboliza la materialización del abuso de posición de dominio, a través de la Confederación se pretende evitar la participación de otras empresas cerveceras en el mercado peruano, prueba de ello es el intento de inscripción de las marcas colectivas ante INDECOPI a favor de la Confederación, lo cual excluye a Ambev de participar en el sistema de intercambio y genera medidas anticompetitivas. La constitución de la Confederación deviene en una suerte de instrumento destinado a retirar y evitar el ingreso de empresas cerveceras, lo cual solo generaría insatisfacción al consumidor final, debido a que, en el mercado solo se contaría con un proveedor de productos y no con una variedad de productores.

Además, se tiene la problemática de la medida cautelar solicitada por parte de Ambev que requería la paralización de la transferencia de las marcas colectivas al Comité, ya que se le vulneraba su acceso a participar del sistema de intercambio de envases y la posibilidad de adquirir diez mil botellas de color ámbar de 620ml., y que se limiten todos los actos destinados a excluir su participación en el mercado cervecero. La medida cautelar fue admitida por la Comisión, ante ello Backus refirió que esta medida cautelar vulnera los derechos económicos de las empresas que constituyen el grupo Backus y agrega que la medida cautelar carece de los requisitos de verosimilitud del derecho y de peligro en la demora. Ante estos argumentos Ambev señala que las acciones realizadas por Backus

pretenden evitar su ingreso en el mercado peruano ya que prepara un escenario anticompetitivo consolidando empresas que limitarían su participación, asimismo, menciona que el peligro en la demora se manifiesta en la negativa de la participación del sistema de intercambio de envases, la razón es que Ambev pretende utilizar estos envases y de ello depende la adquisición de maquinaria y equipos adecuados exclusivamente para los envases de cerveza, estas máquinas y equipos se ajustarían a los envases utilizados en el sistema de intercambio, asimismo, la construcción de la fábrica depende de las mismas condiciones lo cual se relaciona directamente con el inicio de sus operaciones en el territorio nacional.

5.1.3. Resolución del problema

En base a estos antecedentes, el Tribunal de INDECOPI concuerda con la Comisión, respecto a la posición de dominio de Backus, debido a que cuenta con un posicionamiento del 98% en el mercado peruano, lo cual le permitió desarrollar un sistema de distribución eficaz y cuenta con una excelente capacidad de producción de cerveza, generando que el ingreso de un competidor al mercado cervecero tenga grandes costos, lo cual acredita la posición de dominio en el mercado por el grupo Backus. En cuanto al abuso de posición de dominio, el Tribunal considera que las facultades de sancionar a Backus se encuentran en la Comisión, las sanciones deben ser razonadas y probadas, además de cumplir un rol correctivo en el mercado. Cabe mencionar que tanto la Comisión como el Tribunal no considera como una amenaza que Backus tenga una participación de casi el 100% del mercado cervecero, a pesar de que, Backus es una empresa con posición de dominio en el mercado cervecero y a través de sus acciones limita la participación de los competidores al obstaculizar el ingreso de la competencia, debido a que cuenta con redes de distribución y producción estratégicos que serían difícilmente alcanzados por una nueva empresa.

Por otro lado, el Tribunal, previo análisis, llegó a la misma conclusión de la Comisión, refiriendo que no existe un sistema de intercambio de envases, debido a que hay solo un productor de cerveza, el grupo Backus, quien concentra casi el total de empresas cerveceras a nivel nacional, por lo que el sistema de intercambiabilidad se da en un solo grupo ante la inexistencia de competidores. Para el Tribunal, al aludir a un sistema de intercambio es necesaria la existencia de dos o más empresas cerveceras, lo cual es inexistente en nuestro país, dado que solo existe un grupo, Backus, siendo un grupo de empresas cerveceras quien utiliza sus propios envases, lo cual desacreditaría lo referido por Ambev, desvirtuando el

sistema de intercambio de botellas, por ende, no se puede alegar que existe un intercambio de envases dado que existe solo un grupo cervecero que utiliza y reutiliza sus propios envases, asimismo, el Tribunal señala que no hay indicios de que Backus pretenda destinar y limitar el uso de los envases para sí mismo y posteriormente excluya a otras empresas, como refirió Backus y es replicado por el Tribunal, la creación de la Confederación nace ante la necesidad que tiene Backus de proteger sus activos. Tanto el Tribunal como la Comisión no toman en cuenta las cartas remitidas por Backus a Ambev cuyo contenido es la negativa de ser partícipe de la SNI y en consecuencia del sistema de intercambio de envases, además, las cartas no aluden la inexistencia del sistema de intercambio de envases, por otro lado, las acciones de Backus hacen suponer la existencia de dicho sistema; en consecuencia, después del ingreso de Ambev a la SIN, Backus crea la Confederación con la finalidad de evitar que Ambev ingresar como miembro al Comité y por ende sea excluido del uso de los envases.

Para el Tribunal, la creación de la Confederación no implica una afectación o política anticompetitiva por parte de Backus, el Tribunal considera el argumento brindado por Backus el cual refirió que solo tiene como finalidad garantizar la calidad de su producto y al realizarse de forma transparente no cometen ninguna infracción, asimismo, el Tribunal refiere que la Comisión cuenta con la potestad de sancionar las infracciones cometidas por las empresas, las cuales deben evitar que estos actos se sigan dando y corrige las acciones realizadas.

Asimismo, para el Tribunal, la apelación de Backus contra la medida cautelar a favor de Ambev, carece de razones que demuestren una conducta de Backus destinada a excluir u obstaculizar el ingreso de otras empresas cerveceras, también refirió que no se evidenció el peligro en la demora, ya que no existe un sistema de intercambio y no existen impedimentos para que Ambev se establezca en el mercado peruano, por lo que el Tribunal revocó la medida cautelar otorgada por la Comisión de Libre Competencia a favor de Ambev, permitiendo al grupo Backus la disposición de las marcas colectivas y la continuidad del contrato de transferencia el Comité de fabricantes del SNI y la Confederación de Titulares de marcas cerveceras, así como las modificatorias de sus reglamentos, refiriendo que la medida cautelar no fue proporcional ni razonada y vulnera derechos de las empresas que componen el grupo Backus. Los argumentos esgrimidos por el Tribunal versan sobre la medida cautelar y la existencia de los requisitos de procedibilidad, ignorando la posición de dominio de Backus

en el mercado cervecero, cuyas acciones repercuten y afectan enormemente a otras empresas cerveceras que paulatinamente se alejan del mercado.

6. RESOLUCIÓN N°1011-2006/TDC-INDECOPI

6.1. Expediente N°001-2004-MC1/CLC

6.1.1. Narración de los hechos

Ambev denunció el abuso de posición de dominio por parte de Backus, en los contratos celebrados entre Backus y los distribuidores minoristas. El 12 de febrero del 2004, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, inició la investigación de abuso de posición de dominio en la modalidad de celebración de contratos de exclusividad, en contra de Backus, requiriendo a las cerveceras Backus y Cervesur las copias de sus contratos celebrados con sus distribuidores minoristas, con la finalidad de verificar la existencia de cláusulas de exclusividad, asimismo en este requerimiento se incluyó a todo tipo de contrato que obligue a los distribuidores a vender productos exclusivos de Backus y Cervesur. Las empresas en cumplimiento del requerimiento enviaron los contratos modelos y una lista de empresas con quienes habían realizado los contratos, solicitando la exoneración de presentar cada uno de los contratos celebrados de forma individual.

Posteriormente, el 20 de febrero, la Comisión requirió a Backus y Cervesur copias simples de los contratos de distribución, suministro, fianza, comodato y contratos afines celebrados con los distribuidores mayoristas, respecto a este requerimiento Backus y Cervesur refirieron haber cumplido con la primera solicitud del 12 de febrero y además solicitaron la reserva de los contratos modelo presentados ese día. Respecto al pedido de reserva la Comisión le indicó a Backus y Cervesur que debían realizar el trámite de su pedido de confidencialidad y además preguntó si los contratos celebrados con los distribuidores mayoristas fueron elevados a escritura pública, en caso de ser así, la Comisión les solicitó la copia de los documentos hechos en notaría.

Después, el 21 de abril, Backus y Cervesur argumentaron ante la Comisión que los contratos celebrados con los distribuidores mayoristas no forman parte de la investigación de abuso de posición de dominio, refiriendo que solo debían abocarse a los contratos con los distribuidores minoristas, por ende, no se encontraban obligados a cumplir el último requerimiento de la Comisión, de remitir todos los contratos y la lista de sus distribuidores

mayoristas. En respuesta, la Comisión refirió que el pedido de los contratos obedece a la solicitud de confidencialidad, los cuales eran cruciales para concretar el trámite de confidencialidad, bajo esa premisa, Backus y Cervesur entregaron los contratos celebrados con sus distribuidores mayoristas a la Comisión, respondiendo que los contratos no se elevaron a escritura pública y que dichos contratos no forman parte el proceso de investigación.

Posteriormente, el 17 de mayo, Backus llegó a desistirse de su solicitud de confidencialidad y además pidió la devolución de las copias de los contratos presentados anteriormente para tal fin, argumentando que dichos documentos no forman parte de la investigación y contienen información comercial confidencial que generaría una situación de desventaja si no se usaban con cautela. Al respecto, la Comisión negó el pedido de devolución de los contratos y aclaró que la investigación tiene como objeto determinar la existencia de prácticas de abuso de posición de dominio mediante la celebración de contratos de exclusividad, por lo que los contratos celebrados con los distribuidores mayoristas permitirían establecer un mejor entendimiento del mercado desde los niveles macro a sus niveles micro.

Backus y Cervesur, no se encontraron de acuerdo con la medida tomada por la Comisión, ni con la negativa de devolución de los contratos, estas situación les pareció excesiva, por lo que, plantearon una impugnación en contra de las resoluciones de requerimiento de la Comisión donde se les pedía los contratos celebrados con los distribuidores minoristas y posteriormente, los contratos celebrados con los distribuidores mayoristas, asimismo, Backus y Cervesur refirieron que los contratos entregados contenían información comercial no vinculada a la investigación de la Comisión y que la información era confidencial, por ende, existía el riesgo de poner a Backus y Cervesur en una situación de desventaja en el mercado frente a competidores que podrían utilizar dicha información en beneficio propio.

6.1.2. Problemática del caso

La problemática consistió en determinar la existencia del abuso de posición de dominio a través de contratos de exclusividad celebrados entre Backus y las distribuidoras minoristas, el objetivo de la Comisión era realizar una revisión de los contratos y verificar si existían cláusulas de exclusividad, con lo que se comprobaría el abuso de posición de dominio, mediante la exclusión de los productos de los competidores. Al inicio Backus y Cervesur

remitieron contratos modelos con la finalidad de evitar el envío de contratos con los distribuidores minoristas, mediante ese pedido se pretendía desviar y dilatar la investigación.

Otro problema es determinar si los requerimientos de la Comisión, sobre los contratos con los distribuidores mayoristas se enmarcaban en su línea de investigación, por una parte, Backus y Cervesur consideraron que estos contratos no podían ser materia de investigación porque distaban de la investigación primigenia y además el contenido de estos contratos era confidencial, este argumento es contradictorio con lo referido por Backus a la Comisión, debido a que sus contratos eran elevados a escritura pública sin la calidad de reservado o confidencial, denotando negativas para el cumplimiento del requerimiento de la Comisión.

Asimismo, surge el problema respecto a lo referido por la Comisión, que indujo a error a Backus y Cervesur para obtener los contratos con los distribuidores mayoristas, ya que la Comisión señaló que esos contratos eran necesarios para darles la calidad de confidencial, la intención de la Comisión era determinar la existencia del abuso de posición de dominio por parte de Backus, pero Backus a través de sus actitudes evasivas y negativas procuró dilatar la investigación y desvirtuarla, asimismo es menester señalar que tanto los contratos con los distribuidores minoristas y distribuidores mayoristas nutren de información a la Comisión sobre el mercado peruano.

Además, otro problema fueron las acciones realizadas por la Comisión, según Backus, resultaban excesivas e irrazonables, por lo que presentó una impugnación en contra de la Comisión por los requerimientos de los contratos con los distribuidores mayoristas al considerarlos impertinentes y alejados de la línea de investigación, por otro lado, para Backus y Cervesur la negativa de devolución de los contratos presentados y el intento fallido de darles la calidad de confidencial generaría un riesgo a sus intereses, pero se denotó que a través de estas acciones, Backus y Cervesur pretendían desvirtuar y evitar la investigación de abuso de posición de dominio.

6.1.3. Resolución de problema

Respecto a la existencia del abuso de posición de dominio a través de contratos de exclusividad, el Tribunal refirió que primero, la Comisión debe establecer la situación jurídica de los contratos, ya que la solicitud de Backus sobre confidencialidad de los contratos aún no ha sido dictada, por lo que el Tribunal le exigió a la Comisión pronunciarse sobre el

pedido confidencialidad de Backus. Al respecto es necesario mencionar que el pedido de confidencialidad nace posterior a la entrega de los contratos, lo cual ocasionó que la investigación se dilate y la Comisión aun no confirme la existencia de cláusulas de exclusividad.

Respecto a la impugnación presentada por Backus y Cervesur en contra de las resoluciones de la Comisión que solicitaban los contratos, el Tribunal refirió lo siguiente, que para admitir a trámite una impugnación deben de considerarse dos supuestos, el primero, que los actos de la administración generen indefensión o limiten la continuación del procedimiento y el segundo, que solo proceden contra los actos administrativos que ponen fin al procedimiento, en el presente caso, el Tribunal mencionó que las actuaciones de la Comisión son de mero trámite y no concurren los supuestos referidos líneas arriba, por lo que declaró improcedente el recurso de apelación presentado por Backus y Cervesur.

Es necesario mencionar que la Comisión no va más allá de sus facultades y realiza las diligencias pertinentes dentro del marco legal para determinar si existe un abuso de posición de dominio por parte de Backus. Por el contrario, Backus y Cervesur mediante sus acciones han pretendido limitar y desviar la investigación de la Comisión, inicialmente solicitando la devolución de los contratos presentados, luego refirieron que los contratos presentados contienen información confidencial concluyendo con una presentación de un recurso de impugnación. Evidentemente esta controversia aleja a la Comisión de la investigación de abuso de posición de dominio.

7. RESOLUCIÓN N°1348-2010/SC1-INDECOPI

7.1. Expediente N°011-2008/CLC

7.1.1. Narración de hechos

El 31 de julio del 2008, los distribuidores mayoristas de cerveza denunciaron a Backus por abuso de posición de dominio, argumentando que Backus cambio su modalidad de ventas a televentas mediante el cual obligaba a los distribuidores mayoristas a comprar el 6% del pedido total en cerveza Cusqueña, de no aceptar esa condición el pedido no procedía. Asimismo, Backus condicionó que en los eventos debe existir una compra del 20% de cerveza Cusqueña y además prohibía la venta de la cerveza Pilsen Trujillo, ello motivó a los

distribuidores mayoristas a solicitarle a Backus el cese de esas prácticas a través de una carta notarial.

Posterior a la denuncia, la Secretaría Técnica de la Comisión solicitó a los denunciantes la presentación de pruebas para acreditar los indicios del abuso de posición de dominio, por lo que presentaron la carta notarial enviada a Backus, donde se manifestó la disconformidad de adquirir de manera obligada la cerveza Cusqueña, lo cual no fue suficiente para que la Secretaría Técnica de la Comisión admita a trámite la denuncia debido a que solo se evidencia una afectación a las ganancias a la poca escasa venta de la cerveza Cusqueña. Dicha respuesta fue cuestionada por los distribuidores mayoristas e interpusieron el recurso de apelación, mencionando que la cerveza Cusqueña no se vende y genera pérdidas económicas, la compra de otras marcas de cerveza está condicionada a la compra de la cerveza Cusqueña, y lo más resaltante de este caso, es que el abuso de posición de dominio genera consecuencias contra los distribuidores mayoristas y no contra los competidores.

7.1.2. Problemática del caso

Una de las problemáticas que surge es respecto a la compra obligatoria de la cerveza Cusqueña por la compra de otras marcas, la Secretaría Técnica de la Comisión orientaba los hechos como una infracción de conducta anticompetitiva contenida en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, a pesar de lo cual no evidenció ninguna infracción ignorando que no existe competencia cervecera para Backus, y por el otro lado, la segunda problemática respecto de los distribuidores mayoristas, quienes alegaron un abuso de posición de dominio a través de la compra obligatoria de cerveza Cusqueña en cada compra y la prohibición de venta de la cerveza Pilsen Trujillo en eventos.

Por último, un tercer problema es sobre el recurso de apelación presentado por los distribuidores mayoristas frente a la decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión, la cual solo se limitó a establecer la procedibilidad de la denuncia y no en realizar un análisis sobre la existencia del abuso de posición de dominio, ya que Backus al ser el único proveedor estableció las condiciones y reglas del mercado a los distribuidores mayoristas, quienes al no tener otras alternativas se someten a tales condiciones, llegando de esta forma a materializar el abuso de posición de dominio, resultando contraria la decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión que solo se aboca a subsumir los hechos en conductas anticompetitivas.

7.1.3. Resolución del problema

El Tribunal se abocó a analizar si la denuncia presentada contaba con los requisitos de admisibilidad, dándole la razón a la Secretaría Técnica de la Comisión y terminó confirmado su decisión ante la ausencia de un requisito de procedibilidad, de lo contrario se iniciaría con un proceso sancionador, por otro lado, el Tribunal mencionó que se deben de realizar acciones necesarias para determinar si hay indicios razonables de conductas anticompetitivas. Es necesario mencionar que el Tribunal no se pronunció respecto a la obligatoriedad de la inclusión de cerveza Cusqueña en la compra de cervezas de otra marca, siendo una condición de obligatorio cumplimiento para validar la compra.

En cuanto al recurso de apelación, el Tribunal confirmó la decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión, argumentando que los denunciantes no cumplieron con la entrega de información completa para comprobar el abuso de posición de dominio por parte de Backus, sin considerar las condiciones de compra obligatoria de cerveza Cusqueña y la restricción de venta de una marca en particular, lo cual para el Tribunal, ante la ausencia de pruebas no se admitió la denuncia, evidenciando que el Tribunal omitió pronunciarse sobre la afectación ocasionada a los distribuidores mayoristas, lo cual es una muestra del poder de Backus en el mercado sobre los distribuidores mayoristas. Resulta ilógico que se pretenda sancionar por una conducta anticompetitiva a una empresa que ocupa el 98%, lo cual evidencia el control y poder de disposición del mercado, donde establece sus requisitos y reglas las cuales no fueron abordadas por el Tribunal.

8. RESOLUCIÓN N°1326-2005/TPI-INDECOPI

8.1. Expediente N°19512-2003

8.1.1. Narración de hechos

El 7 de noviembre del 2003, Backus solicitó el registro de la marca de producto con las siguientes características: envase cilíndrico con boca redonda, pico ranurado, con relieve sobresaliente, cuello delgado que se amplía hasta la base, con tronco cilíndrico y una base redonda, de vidrio transparente color amarillo ámbar, con las siguientes dimensiones, diámetro de la base, 7.5 cm., altura es de 27.5cm., capacidad del envase de 620 ml., para que se diferencie como cerveza, de la clase 32 de la nomenclatura oficial. El 23 de abril del 2004 Ambev se opuso a la solicitud de Backus alegando que el envase que pretende registrar carece

de distintividad, ya que es una forma usual de envase en el mercado cuya única diferencia para el consumidor es la etiqueta, y no ofrece elementos diferenciadores de otros envases, asimismo agregó que en dos ocasiones se le denegó a Backus el registro del envase.

Backus respondió la oposición refiriendo que sus envases tiene un diseño que se distingue de otras y por ende, le corresponde su registro, debido a que su envase no es utilizado por otras empresas cerveceras y que es una forma de diferenciarse de los competidores, ya que existen marcas como Cristal, Pilsen, Cusqueña, Heineken, Quolmes, Corona, Foster, Holsten y Polar, de las cuales solo las tres primeras utilizan el envase que pretende registrar, también refirió que el diseño de la botella es la forma de comunicación menos onerosa y exacta con el consumidor, ya que los consumidores relacionan estos envases con Backus. La respuesta de Ambev al respecto es que el Comité de Fabricantes de Cerveza, hace más de 30 años acordaron estandarizar el uso de un mismo envase en botellas de 620ml, cuya única diferencia radica en la etiqueta, lo cual ha generado que el uso del envase sea habitual y al ser usada por las diferentes marcas de cerveza se entiende que es de uso público, por otro lado, las marcas suelen identificar a la empresa, en el presente caso, se asocia al producto con la empresa, es decir, la cerveza se asocia con Backus, debido a que Backus es el único proveedor de cerveza.

Backus presentó un escrito de la empresa Owens-Illinois, con la finalidad de desvirtuar lo argumentado por Ambev, dicho escrito contenía los planos y diseño del envase de 620ml. y la afirmación de que Owens-Illinois fabricó y vendió envases en color ámbar de 620ml. solo a Backus, asimismo, Backus planteó una denuncia en contra de Ambev por prácticas restrictivas de libre competencia, a razón de la oposición de Ambev frente al registro del envase de Backus y la denuncia interpuesta por Ambev, en contra de Backus por la negativa de ingreso al sistema de intercambiabilidad de envases.

Durante el proceso, tanto Ambev como Backus sustentaron sus posturas, Ambev refirió que para evaluar si el envase es genérico o usual, debe considerarse la percepción del consumidor, en el Perú, el consumidor asocia el envase como la forma habitual de envasar cerveza, lo cual generó una visión común sobre la presentación de la cerveza, es decir, que los competidores deben utilizar el mismo tipo de envases para que sus productos sean considerados cerveza y puedan ser elegidos por los consumidores. Asimismo, Ambev dio un alcance sobre el concepto de distintividad originaria, señalando que para que un producto sea registrado como

marca debe contener una distinción y una aptitud diferenciadora, en el caso en concreto, el envase en comparación con otras marcas carece de una fuerza distintiva, ya que el consumidor está acostumbrado a ver un mismo tipo de envase, además, agregó que el uso habitual y común de la botella de 620ml. afectó la percepción de los consumidores, quienes ven el envase solo como un contenedor de cerveza y no como un signo o elemento distintivo.

Por otro lado, Backus señaló que el registro del envase de 620ml. es para distinguir únicamente la cerveza de otras bebidas, ya que el envase no era usado por otras empresas, y que la sala y Ambev confundieron el concepto de usual y distintividad, además, le pidió a la sala que utilice nuevos criterios respecto a la registrabilidad de su envase, ya que, al presentarse nuevos elementos, deviene en un nuevo proceso, el cual debe utilizar los parámetros propios del tiempo en el que se tramitó la solicitud. Asimismo, Backus aclaró que no aplicó ninguna medida anticompetitiva, refiriendo que Ambev puede introducir al mercado sus productos en envases diferentes al de 620ml, ya que para Backus el uso del envase de 620ml. es parte de su grupo económico, si bien es cierto al inicio no pertenecía al grupo Backus ello no limitó que pueda ser registrable a su favor. Asimismo, le responde a Ambev sobre el término “dominio público”, el cual es inexistente dado que el término apropiado sería “genericidad”, el cual no aplica al envase que se pretende registrar, ya que al ser un grupo con una variedad de marcas cada una contiene una etiqueta que lo diferencia, pese a ello, el consumidor suele relacionar la cerveza con el envase, mas no con la marca, lo cual obedece a una razón histórica del uso del envase amarillo ámbar de 620ml.

8.1.2. Problemática del caso

Un problema radica en determinar si se debe admitir el registro del envase color amarillo ámbar de 620ml a favor de Backus, ya que para Ambev este envase por el tiempo de circulación en el mercado pasa a ser de dominio público, además, de carecer de un factor distintivo de otras marcas, debido a que, el consumidor relaciona la cerveza con el envase y no con la empresa, por el contrario, Backus señaló que el envase fue estandarizado por el Comité de Fabricantes de Cerveza, el cual resultó en una forma sencilla y económica de llegar al consumidor.

Otro problema es determinar si la denuncia de Backus contra Ambev sobre prácticas restrictivas de libre competencia, cuenta con las razones y medios de prueba suficientes para

admitir a trámite la denuncia y además si la denuncia de Ambev en contra de Backus, por la negativa de ingreso al sistema de intercambiabilidad de envases se relaciona con la iniciativa de Backus de registrar el envase de 620ml.

Finalmente, otro problema surge en base a los argumentos alegados por Backus y Ambev, para el registro del envase, cuyas perspectivas están orientadas a favorecer sus posturas, llegando a darle más de una interpretación a lo que debe de entenderse como la percepción del consumidor, la habitualidad y dominio público. Es así como se afirma que el uso por más de una década del envase ha generado en el consumidor la relación de la cerveza con el envase, por otro lado, se argumenta que el registro evitaría que los consumidores se confundan y se puedan distinguir de otras marcas.

8.1.3. Resolución del problema

Para poder admitir a trámite el registro del envase de 620ml. en favor de Backus, es necesario acreditar la distintividad, para el Tribunal, este elemento no se encuentra presente, si bien es cierto que, hace más de tres décadas las empresas cerveceras convinieron utilizar un envase único, recurrieron a la empresa Owens-Illinois, quienes se encargaron de crear y diseñar el envase ámbar de 620ml., lo cual facilitó el uso de envases entre las empresas existentes, ya que la única diferencia de estos envases era una etiqueta; conforme se extendió el uso de este envase por todo el territorio, los consumidores empezaron a vincular el envase con la cerveza, mas no las marcas cerveceras, a razón de la posición de Backus en el mercado, al no existir otra empresa cervecera, la percepción se generalizó y se estandarizó la concepción de la cerveza en un envase de 620ml. de color ámbar, asimismo, para el ingreso de otras empresas cerveceras para competir en el mercado y que su producto sea reconocida como cerveza tendría que utilizar el envase 620ml. de color ámbar, el cual Backus pretende registrar, es por ello que el Tribunal deniega el registro del envase.

Por otro lado, el Tribunal respecto a la denuncia de Backus en contra de Ambev, sobre las prácticas restrictivas de libre competencia, mencionó que existen denuncias anteriores de Ambev en contra de Backus, las cuales no tienen calidad de prácticas restrictivas de libre competencia, acotando que las denuncias no son acuerdos o decisiones destinadas a restringir a Backus, para el Tribunal la participación de Backus en el mercado desvirtúa prácticas anticompetitivas por el poder que este ejerce en el mercado, declarando inadmisibles la

denuncia de Backus en contra de Ambev al no reunir los medios probatorios necesarios. Asimismo, el Tribunal, refiere que el argumento de Ambev sobre el ingreso al sistema de intercambiabilidad de envases es parte de otro proceso y le corresponde pronunciarse al magistrado que esté a cargo del proceso.

Finalmente, el Tribunal respecto a la registrabilidad del envase por presentar nuevas características, precisó lo siguiente, la Oficina de Signos Distintivos está facultada para realizar dichos procedimientos, sus decisiones son fundadas y motivadas, bajo el principio de legalidad, y ha negado en dos ocasiones el registro del envase ante la ausencia de distintividad, asimismo, la resolución de la Oficina de Signos Distintivos se dio en aplicación de las leyes vigentes, por lo que el Tribunal confirma las resoluciones que negaron la inscripción del envase de 620ml. Por otro lado, el Tribunal mencionó que el envase de 620ml., resulta ser genérico, debido a sus cualidades y características que no llegan a distinguir el producto de la empresa o de sus competidores. En ese sentido, se resalta la distintividad, la cual se puede definir como la capacidad de distinguirse de los competidores, para la Oficina de Signos Distintivos toda marca que sea usual, genérica y carezca de distintividad no es registrable como marca.

9. RESOLUCIÓN N°0192-2009/SC1-INDECOPI

9.1. Expediente N°001-2004-INC3/CLC

9.1.1. Narración de hechos

Ambev denunció a Backus, Cervecería San Juan, Cervesur, Maltería Lima, San Ignacio, Comité de Fabricantes de cerveza de la Sociedad Nacional de Industrias, Confederación de Titulares de Marcas Cerveceras Peruanas y la Sociedad Nacional de Industrias ante la Comisión de Defensa de la Libre Competencia, por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de reserva de la información.

El 14 de marzo del 2006, la Secretaría Técnica de la Comisión le solicitó a Backus, Cervesur y Cervecería San Juan la información de los contratos de exclusividad celebrados con clientes minoristas, centros de distribución y mayoristas, así como las ventas totales anuales por cada cliente minorista, los detalles geográficos de ubicación de los distribuidores mayoristas y la lista de todos los clientes con quienes celebró los contratos de exclusividad. Backus, Cervesur

y Cervecería San Juan cumplieron con el requerimiento de la Secretaría Técnica de la Comisión, a través del envío de un CD-ROM, bajo el nombre de Cuarto Cuestionario-Confidencial-Grupo Backus, y adicionalmente, Backus solicitó que el contenido sea declarado confidencial bajo reserva, posteriormente, se declaró fundado el pedido de confidencialidad de Backus, exceptuando la información referida a la delimitación de las áreas geográficas de distribución en la ciudad de Lima y la información de los agentes que suscribieron los contratos de exclusividad.

Posteriormente a la decisión de la Secretaría Técnica de la Comisión, Backus interpuso un recurso de apelación contra la Resolución que declaró fundado el pedido de confidencialidad, ya que, no se encontraba de acuerdo con la exposición de la información relacionada a las áreas geográficas, las cuales, para Backus contenía información de sus procesos de comercialización y cuentan con la calidad de secreto comercial refiriendo que su organización tiene una cadena de distribución, las cuales comprenden las áreas geográficas y su delimitación es a través de un análisis que resulta ser un secreto comercial, asimismo, Backus agregó que los contratos de exclusividad, tienen carácter reservado. Por otro lado, Ambev señaló que la revisión de la información de las áreas geográficas no le generaría un daño a Backus, debido a que es información disponible para cualquier tercero que desee abastecerse de productos, asimismo, Ambev mencionó que la información que Backus pretende proteger como reservada y confidencial, previamente fue declarada como pública por Backus y resulta extraño que ahora pretenda darle una calidad diferente argumentando que es información que ponen riesgo su secreto comercial.

9.1.2. Problemática del caso

La Secretaría Técnica pretendía determinar la existencia del abuso de posición de dominio por parte de Backus en contra de Ambev, a través de la investigación de los contratos de exclusividad con los clientes minoristas y mayoristas, así como con los centros de distribución mayoristas. Para ello la Secretaría Técnica requirió información a Backus, la cual fue entregada bajo el pedido de confidencialidad, por ello la Secretaría Técnica realizó la evaluación de la naturaleza de la información y si correspondía otorgarle la calidad de confidencial.

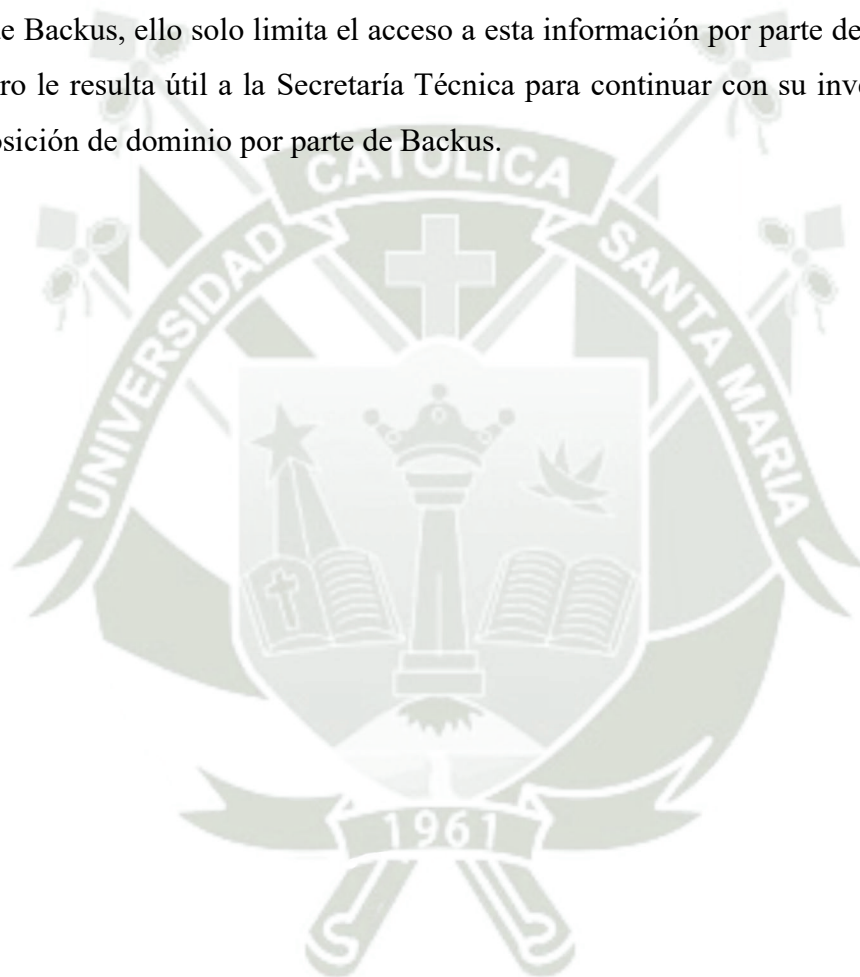
Otra problemática versa sobre la apelación presentada por Backus en contra de la resolución de la Secretaría Técnica, respecto a la tratativa de la información entregada por Backus, Backus argumentó que sí corresponde considerar toda la información presentada como información reservada y confidencial, ya que el contenido es secreto comercial, por el contrario, Ambev señaló que la información proporcionada por Backus es de acceso público para cualquier persona que desee adquirir sus productos.

9.1.3. Resolución del problema

El Tribunal confirma la resolución de la Secretaría Técnica, es decir, confirma la negativa de darle el carácter de confidencialidad a la delimitación de áreas geográficas asignadas a cada uno de los centros de distribución de Lima. El Tribunal menciona que la información solicitada por la Secretaría Técnica es pertinente para realizar un análisis, ya que la misma constituye un medio probatorio y es adecuado para poder responder a la pregunta si se está configurando el abuso de posición de dominio, asimismo, cabe mencionar que se rechazó el pedido de confidencialidad a razón de que esta información fue divulgada previamente y quienes accedieron a esta información la calificaron como pública.

Por otro lado, el Tribunal reformuló el pedido de confidencialidad por parte de Backus para establecer la reserva de información, ya que alude al secreto comercial, para el Tribunal, en la información remitida por Backus sí existe un contenido de desarrollo de su política comercial, la cual tiene relevancia y merece un trato reservado, es decir que la hace susceptible de protección. Cabe mencionar que, por regla, los participantes de un proceso administrativo cuentan con el derecho de acceder a toda la información del expediente, pero tiene limitaciones, por ejemplo, cuando se pone en riesgo la intimidad personal o la seguridad nacional, entre otros. En el presente caso, Backus cuenta con información relacionada directamente con su política comercial y la Comisión está facultada a declarar la reserva de la información siempre y cuando el secreto comercial o información afecte potencialmente el desarrollo comercial de la empresa. Si bien es cierto que como parte de la investigación es necesario recabar todas las pruebas para determinar la existencia de los actos de abuso de posición de dominio por parte de Backus, se debe considerar que parte de la información proporcionada por Backus, merece ser protegida del acceso de las partes del procedimiento, debido a que podría originarse una afectación a sus secretos comerciales.

Cabe mencionar que tanto Backus como la Secretaría Técnica no se percataron del contenido de la información brindada, que en su totalidad no ameritaba darle la calidad de confidencial, no obstante, existe una parte específica en la cual Backus desarrolla su política comercial, cuyo contenido tiene relevancia comercial y su acceso generaría perjuicio, asimismo, esa información no fue divulgada anteriormente, con ello se acredita que corresponde darle la calidad de confidencial. Es por ello por lo que el Tribunal limita y establece qué tipo de información debe tener carácter de reservada, para proteger información vinculada al secreto comercial de Backus, ello solo limita el acceso a esta información por parte de Ambev y de terceros, pero le resulta útil a la Secretaría Técnica para continuar con su investigación de abuso de posición de dominio por parte de Backus.





METODOLOGÍA

1. Metodología y/o Marco Operativo

A. Enfoque

Se ha elegido un enfoque cualitativo para este proyecto de tesis, ya que pretendemos centrarnos en la interpretación como principal operación. Según Martínez (2023) la interpretación requiere la interacción entre el sujeto y el objeto, lo cual permite la inclusión de opiniones valorativas y subjetivas. Esta investigación permite introducir premisas subjetivas que han sido producidas por el investigador a lo largo del trabajo reflexivo de su investigación.

B. Método

El método hermenéutico se centra en la interpretación de los textos legales, considerando no solo el lenguaje literal de las leyes, sino también el contexto histórico, social y cultural en el que fueron creadas. Este enfoque reconoce que los textos legales no existen en un vacío, sino que son productos de un entorno específico y de intenciones particulares. Por lo tanto, para entender plenamente una ley o una decisión judicial, es esencial examinar las circunstancias que rodearon su creación y aplicación (Von Savigny, 2024).

Asimismo, se ha utilizado el estudio de casos, para el análisis de sentencias relevantes que detallan como Backus ha logrado evadir las sanciones estatales y presentan narraciones fácticas objetivas sobre las actividades monopólicas y de abuso de posición de dominio que realiza la mencionada empresa.

C. Técnica

La Observación documental se enfoca en la recopilación y análisis de información proveniente de documentos escritos, visuales o electrónicos. A diferencia de la observación directa, que implica la recolección de datos a través de la interacción y observación de personas o eventos en tiempo real, la observación documental se centra en fuentes preexistentes, tales como libros, artículos, informes, legislaciones, archivos, tratados, jurisprudencia (Palacio et al., 2022).

E. Instrumento

El archivo virtual es una colección organizada de documentos y recursos digitales almacenados y gestionados en un entorno digital, accesible a través de internet o una red

interna. A diferencia de los archivos físicos, que están compuestos por documentos en papel y otros materiales tangibles, los archivos virtuales contienen información digitalizada, como textos y bases de datos (McCrudden, 2023).

2. Cronograma de trabajo

ACTIVIDADES	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
	2024	2024	2024	2024	2024	2024
Borrador de Tesis						
1. RECOLECCIÓN DE DATOS	X	X				
2. ESTRUCTURACIÓN DE INFORMACIÓN			X	X		
3. RESULTADOS Y DISCUSIÓN					X	
4. INFORME FINAL						X



RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Interrogante Específica 1: ¿Para evitar la posición de dominio y destrabar el ingreso de nuevos competidores debería realizarse cambios en la Constitución peruana?

Habiendo definido generalmente el régimen económico, la ESM, problemas que conlleva la ESM, recursos de la ESM para regular el funcionamiento económico y el Estado actual del mercado peruano, resultan muchos los problemas que enfrenta el mercado y economía peruana frente a la oligopolización del Perú existen mucha incidencia a la monopolización o a la posición de dominio, por lo que es necesario buscar analizar a mayor profundidad la causa de esta problemática nacional.

La redacción de la Constitución Política de 1993 fue dada en un periodo histórico en que las grandes potencias mundiales impulsaban el neoliberalismo hacia la mayoría de occidente; el Perú no fue la excepción ya que, muchos de los preceptos que permitieron la privatización masiva parten de la Constitución. En este sentido, la Carta Magna es el pilar del ordenamiento jurídico, por lo que existe un artículo específico en su redacción que, acaba propiciando una serie de hechos y hechos jurídicos que han desencadenado en las problemáticas del mercado actuales.

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”. De este artículo surgen dos preguntas, ¿por qué el Estado combate las malas prácticas del mercado, pre asumiendo su existencia? Y, si ninguna ley o concertación puede autorizar ni establecer monopolios, ¿qué hay de los monopolios o posiciones de dominio ya establecidas?

Para responder a la primera cuestión, la redacción de este artículo es clara, el Estado asume el rol de proteger la libre competencia, y en este sentido asume también el rol de combatir las malas prácticas del mercado; la cuestión es, analizar el por qué el Estado se dispone a combatir, cuando podría establecer que, fundamentado en un desarrollo económico y sociológico, se prohíbe todo monopolio o posición de dominio, dado el daño que esto causa al mercado y a la sociedad. Esta no imperatividad de la redacción constitucional resulta en

que se tenga por existente el monopolio y la posición de dominio, y, sin cuestionar esta misma existencia, el Estado se subordina a combatirla.

Para responder a la segunda cuestión, expresamente no existe pronunciamiento de la Constitución con respecto a los monopolios o posiciones de dominio ya existentes en el mercado; esta contradicción es muy notoria, puesto que por un lado se regula mediante el DL 701 los supuestos de abuso del mercado, sin pronunciarse sobre el fondo del asunto: la existencia de los monopolios es resultado de una mala redacción constitucional.

Para ahondar en esta cuestión se puede citar un artículo que ejemplifica esta problemática, de Navarro (2022) “Estudio de los Monopolios en el Perú y la Necesidad de Cambiar el Artículo 61 de la Constitución Política del Estado”; “Si bien desde la nueva política económica consagrada en la Constitución Política de 1993 se establece que la economía que rige en el país es una economía social de mercado; resulta que esta concepción se torna debilitada en el artículo 61 de la Constitución, puesto que no prohíbe la existencia de monopolios, oligopolios y posiciones de dominio, y al no prohibirla, no se tiene la fuerza imperativa de la ley para reprimir estas conductas”.

Navarro describe una cuestión que viene siendo abordada en esta investigación, la no prohibición es equivalente a la permisibilidad; no hay prohibición directa de los monopolios, oligopolios y posiciones de dominio, por lo que, en el Perú, efectivamente con la información citada anteriormente, existen monopolios, oligopolios y posiciones de dominio. Existe entonces una relación coherente entre la no prohibición y la existencia de estas malas prácticas del mercado, y consiguientemente se prueba también la ineficacia de las normas dispuestas para su regulación, es entonces que se plantea que, esta cuestión atraviesa mayormente por una reforma de la redacción constitucional que de la ley.

Adicionalmente Navarro ejemplifica en la pandemia la existencia de un cuasi monopolio en concreto: el monopolio del oxígeno. Describe que, en su investigación, se identificó que, durante el auge de la pandemia, donde se evidenciaron casos de mayor gravedad y donde la dispensación de oxígeno acababa siendo una necesidad para la sobrevivencia de las personas, existieron dos empresas, LINDE de Alemania y AIR PRODUCTS de Estados Unidos que se vieron enormemente beneficiadas dado que controlaban el 95% de la industria del oxígeno del país.

Este ejemplo sirve de base para ir contextualizando la cuestión planteada, dado que no existe prohibición directa, cualquier empresa de cualquier rubro mercantil puede, sustentada en el ejercicio de su derecho a la libre empresa e iniciativa privada, tomar un rubro del mercado y ejercer su monopolio, o posición de dominio sobre la competencia para mantener su inherencia. El mercado cervecero peruano ha sido partícipe de un problema similar, el caso entre Backus y Ambev. Según Infobae y La República, en el año 2003, la empresa cervecera brasileña Ambev, bajo su producto, la cerveza Brahma, buscaba una oportunidad de insertarse en el mercado cervecero peruano, en el cual Backus (tal y como ocurre actualmente) ostentaba un cuasi monopolio del 90% del rubro cervecero peruano. Ambev reunió los requisitos para ingresar a la competencia en el mercado peruano, y se presentó bajo un comercial que hacía una comparación de datos objetivos de ambos productos, el de Ambev y el de Backus; resultando de la comparativa que, la cerveza Brahma era más barata y contenía más producto, la legislación peruana no restringe la publicidad comparativa, siempre y cuando esta sea con datos objetivos, tal cual, en el ejemplo, precio y contenido.

Sin perjuicio de esto, Backus inició acciones legales contra Ambev, llevando a esta empresa al tribunal de Indecopi, por presunta publicidad engañosa y denigratoria, a lo que en primera instancia ganaría Backus, posteriormente sería declarado sin efecto en segunda instancia, determinando que el actuar legal de Backus era injustificado y desproporcionado. Las hostilidades de Backus contra Ambev no cesaron, siendo que, Backus buscaría interponer trabas legales para la inscripción de Brahma a la asociación de cerveceros peruanos, además de contrarrestar la competencia con publicidad hostil en respuesta a Brahma.

El desgaste financiero, mediático y legal que ejerció Backus contra Ambev es una evidencia de que los monopolios en el mercado solo buscan perdurar, así sea necesario obstruir la competencia. El Estado no tuvo acción alguna frente al caso Ambev vs Backus, dado que, en la Constitución no hay prohibición directa de estas prácticas, como fue mencionado anteriormente, y resulta insuficiente el recurso administrativo del DL 701, que, bajo multas, pretende corregir conductas mercantiles que tienen un surgimiento desde la ambigüedad constitucional del artículo 61.

Ambev terminó por retirarse del mercado, el ya mencionado desgaste financiero, mediante campañas de competencia injusta a precios que Ambev no podía seguir dado que el

monopolio era dominado por Backus; la presión mediática, que constantemente se ejercía en contra de Ambev por ser una marca nueva que buscaba introducirse en el mercado y el desgaste legal, por la cantidad de procesos que Backus buscó abrirle a Ambev para perjudicar su inserción en el mercado, fueron factores que acabarían permeando la estabilidad de Ambev en el mercado peruano, o en el intento por formar parte de este.

En el análisis de este caso, es incoherente observar la actuación del Estado frente a la legislación constitucional. Aunque la Constitución no prohíba los monopolios, sí faculta al Estado para buscar incentivar la iniciativa privada, el libre mercado y combatir todo aquello que pudiese perjudicar o influir negativamente en su funcionamiento. En este sentido es extraño observar que el Estado peruano no haya tomado parte alguna en regular ninguno de los rubros mercantiles que actualmente en el mercado peruano yacen oligopolizados o monopolizados, y sobre todo el observar que el Estado realmente no participa activamente de la incentivación de la competencia en el mercado: el caso de Backus como la única empresa cervecera del país, el caso de InRetail como la casi única empresa con las farmacias más reconocibles del país, el caso del grupo El Comercio con casi el monopolio de la prensa escrita, y demás casos antes desarrollados anteriormente que ponen en evidencia la inacción del Estado peruano frente a la oligopolización y monopolización del mercado nacional.

Esta inacción solo resulta en perjuicio para los consumidores, y para las empresas que buscan competir en el mercado (como en su momento lo fue Ambev); siendo que la competencia en un mercado liberal es determinante para su desarrollo y su mejor funcionamiento, es fundamental que el Estado tome parte activamente de la regulación del mercado peruano, ya sea mediante el DL 701, mediante su facultad constitucional, o mediante una futura reforma constitucional que le faculte a mayor intervención imperativa sobre las malas prácticas mercantiles, la monopolización y las posiciones de dominio.

Del análisis de la interrogante específica puede extraerse que, existen defectos tanto legislativos como de función ejecutiva del Estado, dado que no se tiene la facultad constitucional idónea para perseguir este tipo de malas prácticas, ni existe la intención del funcionario público por intervenir en la correcta regulación del mercado. Como fue desarrollado anteriormente, la única forma de destrabar el mercado peruano es que el Estado, mediante su facultad ejecutiva y en mérito al régimen económico y de mercado que la

Constitución establece, intervenga en su regulación; de otra manera, como ha sido observado, la tendencia de la empresa en el mercado capitalista es de acaparar y monopolizar, siendo esta la situación actual del mercado peruano que se encuentra oligopolizado en diversos sectores económicos como el de la aviación, la industria cervecera, la prensa, los alimentos envasados, las farmacias, entre otros.

Por otro lado, la inserción de nuevos competidores a los distintos rubros mercantiles que en el Perú se encuentran dominados por una o varias empresas, también debe hacerse viable mediante la intervención del Estado. Esto, lejos de ser un intento de sobre extender las facultades del Estado, responde a la necesidad que surge cuando, el mercado no puede regularse por su cuenta; ejemplificado con el caso que fue desarrollado, Ambev buscó en su momento ingresar al mercado cervecero peruano, objetivo que no consiguió por una más que evidente hostilidad de mercado que la empresa Backus, que ostenta el monopolio cervecero, le ejerció mediáticamente, legalmente y en una injusta competencia de precios.

Casos como el de Ambev y Backus no pueden existir nuevamente en el Perú sin que el Estado pueda intervenir en favor de la regulación del mercado, el correcto funcionamiento de la libre iniciativa privada y la ESM que la Constitución establece. Prácticas como las ejercidas por Backus, una empresa con el monopolio cervecero e inherencia sobre todo el mercado peruano, sobre nuevas empresas que buscan ingresar al mercado de forma natural y permitir la competencia natural del libre mercado, no solo deben ser perseguidas vía administrativa con el DL 701, deben ser constitucionalmente prohibidas y reguladas mediante la modificación del artículo 61.

De forma conclusiva para esta pregunta específica, se tiene que el mercado peruano no está regulado y presenta defectos en su funcionamiento en forma de monopolios, oligopolios y posiciones de dominio, en este sentido, es preferente realizar cambios constitucionales que, conforme a la ESM, busquen cambios directos en los artículos 58 y 61 en la carencia de competencia dentro del mercado peruano, respecto del art. 58 debería otorgársele un papel al Estado activo en la economía y sobre el art. 61, no solo combatir sino prohibir los monopolios.

Interrogante Específica 2: ¿Cómo han solucionado el problema de la posición de dominio generada por el Estado, otros países latinoamericanos?

Como ha venido siendo desarrollado, la legislación peruana es insuficiente para los problemas que el funcionamiento del libre mercado y su regulación implican, en ese sentido, el Estado peruano posee parte de la responsabilidad de la oligopolización actual del mercado peruano, y consiguientemente del perjuicio que esto ha ido generando a otras empresas y, sobre todo, a la población. Para proveer de una perspectiva mayor en esta cuestión, se presentarán ejemplos de otras legislaciones donde se regulan las mismas cuestiones, sobre el mercado, la iniciativa privada, y el rol del Estado.

La legislación colombiana, en su Constitución establece en el Título XII del Régimen Económico y de Hacienda Pública, en el Capítulo I, artículo 333:

“La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin la autorización de la ley. La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades. La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial. El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional. La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.”

La Constitución colombiana utiliza esta redacción para legislar los aspectos generales del funcionamiento de la economía en su jurisdicción. Empieza por el establecimiento de la iniciativa privada como derecho de libre ejercicio, al igual que en la Constitución peruana, sin embargo, esta legislación añade una condicional: el ejercicio de la iniciativa privada solo existe dentro de los límites del bien común.

Para ejemplificar y hacer el contraste se cita el artículo 58 de la Constitución Política del Perú: “La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. La legislación de la Constitución peruana es en extremo distinta, dado que se establece imperativamente que la iniciativa privada es libre, sin ningún condicional ni aclaración; esto

perjudica el desarrollo de las responsabilidades que provienen del ejercicio de la iniciativa privada libre. Retomando a la Constitución de Colombia, como fue mencionado, la redacción del artículo 333 establece, al igual que la Constitución peruana la libertad de iniciativa privada, pero la legislación colombiana sujeta este ejercicio a que no perjudique el bien común; además, establece supletoriamente que, no existirá de base, ningún requisito, ni permiso previo, salvo una autorización de la ley.

Esta redacción, a opinión propia, permite un mejor control del Estado sobre el funcionamiento de la iniciativa privada: i) se establece el bien común como principio anexo a la iniciativa privada y ii) se establece una cláusula que permita a la ley autorizar la imposición de requisitos o permisos previos para el ejercicio de la iniciativa privada. El bien común es un concepto que, si bien está incluido dentro de la teoría de la economía social de mercado, que la Constitución peruana reconoce, no existe de forma expresa en la legislación peruana, y queda más en un ámbito interpretativo que necesitaría del conocimiento teórico de la economía social de mercado

Continuando con el análisis, el artículo 333 de la Constitución colombiana establece también a la empresa como base del desarrollo en el ámbito del libre mercado y la iniciativa privada, es la empresa quien materializa estos preceptos para impulsar el funcionamiento del mercado y la economía. A esto, se le añade una intrínseca responsabilidad y función social que implica obligaciones; frente a la sociedad la empresa no puede ser solamente el instrumento que crea riqueza obviando demás implicaciones cívico-morales, si una empresa minera trasnacional actuase en territorio colombiano generando el doble de desarrollo y riqueza que todas las previas mineras existentes, pero perjudicando a la sociedad mediante la emisión de residuos que dañen el ambiente y ecosistema, sería inconstitucional su ejercicio de la iniciativa privada, dado que: i) está sujeta al bien común y ii) tiene una función y responsabilidad social.

Aunque pueda parecer innecesaria, o sobre entendida, la responsabilidad social de la empresa, en la realidad peruana, resulta un factor muy secundario al desarrollo de la iniciativa privada. Citando a Barbachan (2016) en su artículo “La Responsabilidad Social Empresarial en el Perú: Desafíos y Oportunidades”, existen ciertos ámbitos donde puede evidenciarse la efectividad de la responsabilidad social de la empresa, se describen: i) ámbito ambiental, ii) ámbito social, iii) ámbito laboral y iv) ámbito económico. Estos criterios son utilizados por

el autor para estudiar el impacto de la responsabilidad social de la empresa en el Perú, y establece que, si bien ha existido un crecimiento de esta, aún partimos de cifras excepcionalmente bajas. Para ejemplificar bajo los criterios dos y cuatro, sobre el ámbito social y de medio ambiente, citando al diario de periodismo ambiental, MONGABAY; el 15 de enero de 2022, la multinacional REPSOL vertió cerca de once mil barriles de petróleo crudo en las costas de Lima y Callao, afectando directamente al comercio pesquero, la pesca artesanal, el turismo y diversas prácticas que eran sustento de familias habitantes de la zona costera limeña.

La acción del Estado a este acontecimiento ha resultado insuficiente, el INDECOPI afirma que ya ha existido la presentación de una demanda contra REPSOL, sin embargo, el director ejecutivo del IDLADS Perú, afirma que existe poco interés del Estado por avanzar en los trámites del caso, siendo que aún no se ha culminado correctamente la notificación de las partes, a más de dos años del suceso. Este ejemplo, aunque extrapolado, evidencia que el Estado ni su legislación, pueden responder efectivamente ante una empresa que incumple con su responsabilidad social ambiental, y el perjuicio que éstas puedan generar a la sociedad. En un Estado de derecho, la legalidad resulta fundamental para identificar defectos en la práctica de la norma, es así como, se podría inferir que ciertas de las problemáticas actuales se deben a una mala redacción constitucional que no implica correctamente los supuestos a su aplicación. Dar a la empresa una responsabilidad social constitucional, tiene un rango distinto de eficacia, a imponerle esta responsabilidad en la malla administrativa.

La inexistencia de la responsabilidad social de la empresa también es evidenciable en el criterio del ámbito laboral. Según INTEDYA, el Perú figura en la lista de países latinoamericanos con mayores casos de abusos laborales, lista que encabezan Chile, Costa Rica y Ecuador; el abuso laboral se describe como una situación o circunstancia de poder, mediante la cual el empleador hace uso en exceso de sus facultades administrativas, coaccionando y forzando al empleado a ejercer labores para las que no está capacitado, labores fuera de su horario de trabajo o labores en días fuera de sus días de trabajo, entre otras circunstancias que también lo propician. Estas faltas de responsabilidad social de la empresa evidencian que es necesaria una reforma que permita regular estas problemáticas que son vigentes coyunturalmente.

Finalmente, se cita la regulación que hace la Constitución de Uruguay sobre la iniciativa privada, en su artículo 36: “Toda persona puede dedicarse al trabajo, cultivo, industria, comercio, profesión o cualquier otra actividad lícita, salvo las limitaciones de interés general que establezcan las leyes”. Similar a la legislación colombiana, la Constitución uruguaya liga el concepto de iniciativa privada al interés general, y, por lo tanto, al bienestar general. Esta premisa no está presente en la legislación nacional, y a ello puede deberse la marcada incidencia de monopolios y posiciones de dominio del mercado peruano: siendo que no existe una responsabilidad social constitucional de la empresa, no existe mayor impedimento de malas prácticas mercantiles más que la posible sanción económica que provenga del DL 701.

Las regiones latinoamericanas que fueron citadas, y otras que quedaron fuera del análisis, no están exentas de adolecer de problemas de malas prácticas del mercado, sin embargo, no ha podido encontrarse evidencia de que exista mayor, o tanta incidencia, de monopolios, oligopolios o abusos de posición de dominio del mercado, que en el mercado peruano, lo que denota que, existen factores jurídico legales que pudiesen estar influenciando en la situación mercantil actual; esto claro, sin perjuicio de mencionar que estos defectos del libre mercado, como fue desarrollado anteriormente, obedecen más al sistema económico neoliberal que a la directa inherencia de las leyes vigentes.

Esta tendencia por favorecer el mercado por sobre políticas vigentes, está siendo una constante en la región: a pesar de las legislaciones que se emiten, siguen existiendo problemas con la iniciativa privada y la empresa, que actúa conforme los intereses particulares por sobre el colectivo. Informa Mongabay, en el año 2023, en Colombia, existieron cerca de 4 delitos ambientales cometidos por empresas privadas que perjudicaron su amazonia y bahías pesqueras, concerniente a la extracción de petróleo, tala indiscriminada y minería informal. Este ejemplo resulta útil al caso, dado que, si en materias de mayor relevancia, como lo es la conservación del medio ambiente, no ha podido tenerse una acción del Estado regulatoria eficaz, existe mucha menos probabilidad de que el Estado actúe eficazmente en contra de otras empresas privadas que actúen perjudicando el mercado bajo posiciones de dominio o monopolios, en el caso peruano, en la industria cervecera, por ejemplo.

Existe una mezcla de inacción y poca intención legislativa que propicia la situación actual del mercado peruano; haciendo un contraste con las legislaciones citadas, a pesar de los

esfuerzos por regular estas problemáticas, el resultado en la praxis acaba siendo decepcionante. Ciertos recursos legales permiten a las autoridades iniciar labores de fiscalización sobre malas prácticas mercantiles, pero este paso necesario, no es usualmente el camino que toman los funcionarios a quienes corresponde esta labor. Citando a Harnecker (1972) en su libro “Monopolios y Miseria”, realizó una investigación que evidenció una inherencia monopólica casi absoluta en el Chile post revolución industrial, y, al año de publicado este texto, 1972, determinaba la existencia de alrededor de 35.000 empresas industriales, y que, sin embargo, solo 144 de ellas dominaban a todas las restantes; ya sea mediante conglomerados que compran la competencia, o simples prácticas deshonestas para el mercado como las que fueron desarrolladas en esta investigación: concertación de precios entre conglomerados para dejar fuera a la competencia, prácticas mediáticas hostiles y de publicidad ambigua o engañosa con el claro objetivo de perjudicar a la competencia o maniobras legales que eviten el funcionamiento pleno de la competencia, entre otros.

Resulta curioso que estos criterios explicados por Harnecker, concuerden con lo ocurrido en el caso Backus vs Ambev; i) concertación de precios entre conglomerados para dejar fuera a la competencia: Backus, mediante su marca de cerveza Cristal y anexas, representaban casi en su totalidad el mercado en el que quería competir Ambev con su marca de cerveza Brahma, los precios que podía manejar Backus para sus cervezas no podían ser afrontados por Ambev, que, sumado a los gastos de inserción al mercado resultaron en que Brahma no pudiese competir frente a Cristal; ii) prácticas mediáticas hostiles y de publicidad ambigua o engañosa: el terreno mediático fue también utilizado por Backus para mantener su monopolio sobre el mercado cervecero, ejerciendo un desgaste mediático publicitario en contra de Brahma, resultando también en que, no pudiese competir en el mercado peruano; finalmente iii) maniobras legales que eviten el funcionamiento pleno de la competencia: como Backus en contra de Ambev dificultando su inscripción a la Asociación de Cerveceros Peruana, o las denuncias presentadas a INDECOPI, resumen esta conducta que tenía como fin, desgastar a la empresa que buscaba competir en el mercado peruano.

Como venía siendo desarrollado, existe un margen de ineficacia en la regulación del mercado el cual no ha podido ser abordado legislativamente con resultados positivos. A las problemáticas que surgen la ley llega tarde, o regula insuficientemente, permitiendo que

continúen los abusos mercantiles. Informa el diario de economía EFE, que durante el periodo de la pandemia por la COVID-19, debido a las circunstancias de inmovilidad social y las restricciones de libre tránsito, las empresas de delivery por aplicativo móvil tuvieron un auge que les permitió situarse rápidamente en una posición de dominio en el mercado, cuasi monopólica. Consiguientemente, como se ha venido sosteniendo en esta investigación, las posiciones de dominio o monopolios facilitan malas prácticas mercantiles y laborales, es así como, desde el inicio del auge de estas empresas, dada la ausencia de regulación, estas se han podido evitar tanto las regulaciones propias del mercado, como las regulaciones laborales respectivas. Se aproxima que, en países como Chile, a fecha de 2023, existirían 300,000 trabajadores precarizados bajo estas empresas, con jornadas de 14 a 16 horas, sueldos por debajo del mínimo legal, sin prestaciones de ley ni reajuste de precios.

La ausencia de responsabilidad civil de las empresas en Latinoamérica es resultado, sin perjuicio de mencionar a los defectos propios del mercado, de una mala regulación y una ineficacia del funcionario público. La empresa, no se regula por sí misma, para ello existen mecanismos legales que delimitan su ámbito de acción, en el mercado, en lo laboral, en lo social, entre otros factores. Sin una propia regulación, la empresa, bajo la iniciativa privada, tiene una marcada tendencia a las malas prácticas mercantiles y laborales, y, de ser el caso, y de tener los medios suficientes, de establecerse en posiciones de dominio o monopolios, que solo perjudican el funcionamiento del mercado.

La Constitución brasileña establece en su artículo 173 inciso 4: “La ley reprimirá el abuso de poder económico que tienda a la dominación de los mercados, a la eliminación de la concurrencia y el aumento arbitrario de los beneficios”, además, complementa con el artículo 219: “El mercado interno integra el patrimonio y será incentivado de manera que se haga viable el desarrollo cultural y socioeconómico, el bienestar de la población y la autonomía tecnológica del país en los términos de la ley federal”. Esta forma de regulación se puede analizar desde los siguientes puntos: i) la ley reprime el abuso del poder económico que tienda a la dominación; ii) la ley busca regular el aumento arbitrario de beneficios y; iii) el mercado está íntimamente ligado al desarrollo y el bienestar de la población. Estos tres factores son similares a los que han sido evaluados anteriormente en la legislación colombiana, por ejemplo; existe una inclinación legislativa por una mayor especificación en

la regulación del mercado, dado que, como es evidenciable, existen defectos que operan al margen de lo permitido.

Si bien estas cuestiones legislativas, no siempre llegan a ser eficaces en la regulación práctica de estos supuestos, las constituciones internacionales, como la colombiana y brasileña, optan por darle a esta regulación una facultad que parte de la inherencia supra ordenadora de la Constitución. Esta legislación constitucional, tampoco está exenta de su inaplicación práctica, pero puede aportar un carácter normativo superior al que, por ejemplo, una norma administrativa podría darle. La Constitución peruana, deja este margen regulatorio en una ambigüedad o confianza interpretativa que no es tan idónea para abordar la problemática del mercado.

Las razones por las cuales esta ambigüedad o confianza interpretativa no son idóneas trascienden la misma norma, sino que, se basan en la evaluación práctica del funcionamiento del mercado. La tendencia al monopolio es una constante del mercado, sobre todo de las empresas que mayor facultad económica poseen, este es un defecto del mercado, no un defecto jurídico. Podrían ser interpretados estos defectos del mercado más como hechos que como hechos jurídicos, no necesariamente son efectos irrestrictos de una mala regulación, en ocasiones son la naturaleza de la iniciativa privada.

Siendo tomadas estas desviaciones del mercado como hechos materiales, es donde el derecho opera como ente regulador de conductas humanas, adhiriéndose a entender las causas reales para elaborar supuestos de aplicación de regulación. El hecho de buscar regular constitucionalmente, o, simplemente modificar, añadir o replantear cuestiones ya reguladas, no tiene como finalidad poner fin al hecho en sí, dado que esta intención legislativa pecaría de un positivismo absurdo, más bien se busca una mejor aproximación del derecho al hecho, lo que, en un esfuerzo legislativo constante y continuado, resulta en una mejor regulación.

Ocurre esta situación similar con el mercado, dado que no ha sido un factor tan longevo o vigente, o reconociblemente inherente, como lo puede ser el honor, la dignidad o la libertad, sí supone un hecho al que debe dársele especial regulación, específica regulación si fuese necesario. En un mundo casi en su totalidad regido por el mercado capitalista, y consiguientemente a ello, el mercado, resulta casi imposible de estructurar una legislación sin una propia regulación del funcionamiento del mercado y su impacto económico sobre la

sociedad. Es de esta premisa de la cual debemos de construir la regulación al mercado: desde la ponderación del mercado sobre los derechos de las personas y su vida en comunidad.

El mercado es un surgimiento posterior a, por ejemplo, el tratamiento de la dignidad humana, uno es inherente y el otro es constructo; uno surge de la misma condición humana y el otro surge de la interacción humana entre sí y con su entorno. El mercado, pues, no debe, ni debería (a futuro) poseer una inherencia mayor que la misma condición humana, es aquí donde se debe establecer el punto de inflexión al que el derecho debe buscar regular: la preponderancia del ser humano por encima del funcionamiento del mercado.

Un estado de derecho se rige mayormente por su construcción jurídica, es esta condición la que permite la garantía de los derechos anexos y regulados en la Constitución. Sobre el mercado, la Constitución peruana no provee mayor complementación ni explicación, ni contextualización ni recurso interpretativo, es meramente declarativa, y esto, contrastado, por ejemplo, con otras regulaciones del mercado que pueden encontrarse (y fueron citadas en esta investigación) en la región latinoamericana, denota una insuficiencia legislativa; constituciones como la de Colombia o Brasil, buscan legar el concepto del mercado, o más bien, el hecho del mercado en la sociedad, como un factor complementario y secundario que debe de responder al bienestar y desarrollo social.

Recalcando nuevamente, el establecer una mejor definición, o proveer de un mayor contexto, o estructurar un criterio de interpretación en la Constitución, no tiene como intención erradicar la problemática, sino, permitir un acercamiento más preciso del derecho a esta, y así posibilitar que exista una mejor solución en forma de regulación legal. A esto añadido la facultad que el texto constitucional provee a las disposiciones contenidas en este, que son, en efecto, mucho más predominantes que una norma desde otro aparato legislador.

Así como la legislación peruana establece el DL 701 en la regulación de prácticas monopólicas y abusos de posición de dominio, distintas legislaciones a lo largo de la región han optado por un acercamiento similar a esta problemática, citando a Gutiérrez (2007) en su artículo “La Legislación de Competencia en América Latina y el Caribe: historia, vigencia, aplicación y reformas”; dedica una breve recapitulación de las aproximaciones legislativas de la región latinoamericana a la problemática del mercado, dando así resultado a: la ley 11,210 en Argentina, siendo la primera regulación antimonopolio de la región; la ley orgánica

antimonopolio en México; la ley 155 en Colombia; la ley 13,305 en Chile y la ley 4,137 en Brasil como referentes iniciales de este tipo de legislación. Sin embargo, a pesar de una tradición jurídica que ha dirigido sus esfuerzos legislativos por abordar los abusos del mercado en forma de monopolios o abusos de posición de dominio, el resultado de lo que el autor llama la tercera etapa, ha sido jurídicamente proactivo y pragmáticamente ineficiente, ya que, la región latinoamericana enfrenta actualmente una deficiente regulación del mercado, que ha permitido la instauración de monopolios o abusos de posición de dominio en el mercado.

A efectos de esta investigación se desarrolló como ejemplo el caso peruano, que actualmente yace mercantilmente hablando, oligopolizado en sus principales rubros mercantiles: farmacias, proveedores de gas, luz eléctrica, entidades bancarias, alimentos procesados y un largo etcétera. Esta situación ha propiciado complicaciones en el funcionamiento del mercado peruano, como fue ejemplificado también en el caso Backus vs Ambev, en el que, en términos simples, la empresa cervecera de mayor inherencia y cuasi monopolio nacional, activamente impulsó una campaña de desgaste para sacar del mercado a una empresa competidora.

La región Latinoamérica, como conjunto, y citando nuevamente a Gutiérrez, se encuentra en un estado de desarrollo y aplicación asimétrica en cuestiones de regulación de mercado y libre competencia, y, ha probado ser insuficiente a lo que los hechos demandan. A pesar de que es notable la tradición legislativa que ha existido en el continente para abordar esta problemática, los hechos se resumen en una preponderancia del mercado, y de las empresas con mayor inherencia y posibilidad económica, por sobre el bienestar general, y el funcionamiento del mercado. Y, a pesar de los esfuerzos legislativos realizados por las distintas jurisdicciones analizadas, no parece tener gran efecto sobre el amplio panorama del mercado regional, en el que actualmente, pueden encontrarse tanto monopolios, como abusos de posición de dominio, como malas prácticas mercantiles

Retomando nuevamente la cuestión nacional, se enfrenta una problemática que trasciende a las soluciones simples, y mucho menos aún, soluciones únicamente jurídicas; el fenómeno del mal funcionamiento del libre mercado posee diversas aristas que, en su mayoría, el derecho no es capaz de abarcar a totalidad. Es por ello por lo que, desde los recursos que la

legalidad permite, modificar la estructura constitucional que regula el mercado, la iniciativa privada y su relación con la sociedad parece ser la alternativa más coherente. Esta no sería una alternativa aislada, en efecto, demás legislaciones internacionales como las citadas previamente, la argentina, la chilena y la colombiana, han optado por proveer a sus constituciones de una regulación del mercado algo más extensa y partiendo de principios básicos que involucran la responsabilidad social en la iniciativa privada y la orientación del mercado al desarrollo y bienestar poblacional.

Regular el mercado y la iniciativa privada bajo los preceptos del bienestar y desarrollo general, además de la participación estatal en la supresión de abusos y malas prácticas, es de hecho la alternativa jurídica que demás países en la región han optado por utilizar para buscar un mejor funcionamiento del mercado. Como fue desarrollado anteriormente, al ligar el concepto de iniciativa privada con bienestar general, se está estableciendo una forma específica de funcionamiento; el mercado deja de ser un ente autónomo que solo responde a sus principios y leyes propias, como la iniciativa privada, la oferta y la demanda o la maximización de ganancias, sino que, para el derecho, el mercado es una pieza más del desarrollo de la sociedad, que, consiguientemente, ha de responder socialmente a sus actividades, incurriendo en responsabilidad de causar daño mediante estas.

Actualmente, en el Perú se cuenta con la alternativa administrativa que plantea una serie de facultades que son atribuidas al Estado peruano para reducir los índices de monopolios o conductas abusivas de mercado, bajo el DL 701. A esto surge una cuestión interesante; es evidente que el fin teleológico de esta norma es el de sancionar a aquellas empresas que actualmente poseen una inherencia abusiva en el mercado, oligopolios, monopolios o posiciones de dominio ostentadas por empresas únicas o consorcios, y para ello, esta norma prescribe sanciones económicas correctivas con la intención de ejercer cierta coerción sobre las empresas que incurren en estas faltas contra el buen funcionamiento del mercado, sin embargo, teniendo establecido un monopolio, oligopolio, o posición de dominio en el mercado, ¿la sanción económica es un factor coercitivo? ¿o un precio a pagar por incurrir en la conducta antijurídica?

La respuesta, pragmáticamente, parece la segunda: las sanciones económicas de la norma tan solo son un precio a pagar por el cual una o varias empresas pueden mantener un monopolio,

oligopolio o una posición de dominio; y, siendo que este decreto legislativo tiene una vigencia que data del 5 de noviembre de 1991, la eficacia de esta norma para regular estas conductas tras 33 años de su promulgación es ineficiente, al ser contrastada con las estadísticas de oligopolización del mercado peruano. La Constitución peruana no prohíbe el monopolio expresamente, esto, es un factor que fue desarrollado anteriormente, adicionalmente a ello, se encuentra que tampoco existe tal cosa como un delito con responsabilidad penal por la empresa que incurre en la conducta antijurídica de monopolizar, o activamente practicar la iniciativa privada con la intención de monopolizar, o establecer una posición de dominio.

El hecho de que no pueda existir responsabilidad penal por este tipo de conductas, a opinión propia, vuelve a tener origen en la Constitución; al no establecer una prohibición directa de los monopolios, la práctica de monopolios, abusos de posición de dominio u otras malas prácticas mercantiles, hay una ausencia del factor antijurídico en la conducta. La Constitución, ni alguna norma inferior lo prohíbe, por lo cual, no hay antijuricidad en su práctica; el establecer que el Estado en su ordenamiento jurídico se opone, o busca combatir estas prácticas, a la evidencia de la situación actual del mercado, no supone antijuricidad, es simple declaración de intenciones y facultades del Estado.

Este problema también se presenta en las Constituciones internacionales analizadas, a pesar de que se opta por una interpretación social del mercado, atribuyendo factores como el bienestar general, el desarrollo común o la responsabilidad social, estas legislaciones no están exentas de no contar con los recursos legales idóneos para combatir la monopolización del mercado, que parece ser un panorama material común en la región latinoamericana. El funcionamiento del mercado, y su vértigo empresarial y privado, están, de una forma u otra, dejando atrás las regulaciones que el derecho pueda ejercer sobre esta materia; esta tendencia vulnera el estado de derecho que las jurisdicciones contemporáneas modernas recogen y defienden, ya que el estado de derecho pasa a un segundo plano ante el estado económico.

Las decisiones legales tomadas por una influencia directa de los intereses económicos, hace que se pierda la perspectiva de la formación del derecho en su facultad legislativa y reguladora. Esta desviación en el animus legislativo puede ser una de las razones por las cuales la problemática de la monopolización del mercado no ha hecho más que acrecentarse a lo largo del tiempo, a pesar de las regulaciones que se han intentado al respecto.

El derecho contemporáneo no se construye, o no debería construirse, desde una pirámide de derechos materiales, sino, desde una perspectiva que pondere activamente los derechos materiales de los inmateriales; teniendo a los inmateriales como referencia principal, dado que hacen alusión a los derechos fundamentales, inherentes y propios de la condición humana. Libertad, dignidad, identidad, opinión, son, entre otros, derechos inalienables a la condición humana; por el otro lado, la propiedad y sus extensiones como derechos reales, son en sí, los derechos materiales.

El trabajo del legislador, o del intérprete del derecho entonces, está en ponderar estos derechos de forma que se proteja la mayor cantidad de derechos inmateriales posibles, siendo que estos son los inherentes a la humanidad, no se puede disponer de ellos tal cual se dispone de una propiedad; no solo por su condición inmaterial, sino también por su significancia en la protección de la persona como base y fin del sistema jurídico y, consiguientemente, del Estado. Además, también se ha de evaluar las interacciones entre estos derechos, que, puedan causar alguna vulneración tangible a la persona, y en caso de causarla, determinar bajo una ponderación, cuál de estos derechos resulta más idóneo a ser protegido por el derecho.

Esta disertación tiene como fin establecer el criterio frente a las interacciones del mercado y la persona, dado que el mercado y la economía pertenecen a la esfera material, no pueden ser el criterio principal de legislación, o al menos, no pueden ser el único factor tomado en cuenta para su regulación, ya que, como fue explicado, estos derechos materiales conviven con derechos inmateriales relacionados a los derechos fundamentales de las personas, que, deben ser entendidos como preferentemente protegidos, por encima de los materiales, en mérito a los principios jurídicos que obedecen a un criterio pro individuo, y, expresamente a la misma Constitución, que reconoce a la persona como el fin principal del Estado.

De forma conclusiva, se establece que, en mérito al criterio que ha venido siendo desarrollado, se plantea una reforma a la redacción constitucional sobre el mercado y la iniciativa privada, todo bajo la facultad legislativa del derecho y la ponderación de derechos que permite reconocer que, a contraposición de los abusos del mercado, ha de cambiarse el criterio bajo el cual se regula su funcionamiento, todo a favor de la justa competencia, el correcto funcionamiento del mercado, y el bienestar y desarrollo de la sociedad.

En el contexto de la ESM, se protegen y se incentivan derechos relativos al liberalismo económico, tal y como se desarrolló previamente, la libre competencia es uno de los nexos centrales que permite el correcto funcionamiento del libre mercado. Siendo que este es un derecho que busca ser instaurado como eje del mercado, protegiéndose en caso de ser necesario, y buscando su aplicación irrestricta en caso de estar siendo vulnerado. Diferentes legislaciones han tenido sus respectivos acercamientos hacia la problemática del funcionamiento correcto del libre mercado, entre ellas: la española, la brasileña y chilena. Para efectos de esta investigación, se analizará brevemente el planteamiento que estas legislaciones han tenido frente a los abusos del libre mercado.

En España, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, establece dentro de su normativa, que el ordenamiento persigue y sanciona los abusos de posición dominante, y se define como el imponer precios u otras condiciones comerciales no equitativas, con el fin de obtener un injusto beneficio frente a la competencia, además de negarse a satisfacer productos o servicios con la intención de modificar el curso normal del libre mercado, y aprovechar esta situación para crear una ventaja notable en el rubro mercantil en el que busque resolverse. La legislación española recurre a la CNMC para la regulación de estas actividades mediante la Ley de la defensa de la Competencia, que tiene un rango de aplicación lo suficientemente amplio para abarcar casi en su totalidad la actividad económica del mercado español.

En Brasil, se opta por establecer la protección del libre mercado desde un acercamiento jurídico jerárquico, es decir, la legislación brasileña ha suscrito tratados internacionales que orientan sus políticas internas a la protección del libre mercado y a la sanción de las actividades que lo perjudiquen. Tal es el caso de la Convención de Paris y la creación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE); estos convenios internacionales establecen un curso de legislativo de las políticas económicas y mercantiles. La jurisdicción brasileña, se inclina por perseguir los abusos del mercado con el peso de la jerarquía que da un tratado internacional dentro del Estado de Derecho.

Finalmente, en Chile, se actúa mediante la fiscalía nacional Económica, que ejerce mediante el poder constitucional que se reconoce en la libertad de mercado, la iniciativa privada y la libre competencia. La FNE actúa con un criterio antimonopólico, se apoya en la legislación

y normativa interna, y se ratifica con los tratados internacionales que suscribe el país; se persigue tanto las actividades monopólicas, como los abusos de posición de dominio, así como las actividades que vulneren el libre mercado.

Es así que, mediante un cuadro comparativo:

País	Regulación sobre abuso de posición de dominio	Comparación
Colombia	En el artículo 333 de la constitución colombiana, protege la libre competencia y prohíbe el abuso de la posición dominante, que ocurre cuando una empresa o persona controla injustamente el mercado; en el Decreto N° 2153 que se dio en 1992 refuerza esta prohibición al castigar conductas que perjudiquen la competencia, en su artículo 50 del mismo decreto especifica que prácticas como reducir precios para desplazar competidores o imponer condiciones desfavorables a otras empresas también constituyen abuso de poder en el mercado, asegurando que el mercado sea equilibrado, evitando que empresas con mayor poder económico expulsen a competidores más pequeños o limiten la innovación y calidad en productos y servicios.	Al comparar las legislaciones de abuso de posición dominante, se nota que la mayoría regulan prácticas anticompetitivas de manera explícita, aunque con distintos niveles de detalle; es así que en el Perú la regulación está más centrada en la sanción de casos específicos a través del INDECOPI,
Argentina	En la Ley 25.156 de Defensa de la Competencia se enfoca en impedir conductas que restrinjan el acceso al mercado o impliquen abuso de posición dominante, en donde en su artículo 2 se da como fijar precios excesivos, vender productos a precios inferiores al costo para eliminar competencia o imponer condiciones comerciales desiguales; así mismo en el Artículo 42 de la constitución protege a los consumidores frente a las distorsiones del mercado causadas por el abuso de poder de las	pero esta normativa no es menos extensa que en España o Argentina, donde las leyes definen claramente las conductas abusivas y detallan las sanciones que les

	empresas dominantes, están diseñadas para promover la competencia y evitar que empresas con mayor poder de mercado dañen el bienestar económico general, buscando mantener un equilibrio en el acceso a los bienes y servicios, evitando prácticas que perjudiquen a los pequeños competidores y a los consumidores.	corresponde, como la fijación de precios o la exclusión de competidores. También Chile y Colombia, por su
Chile	En el Decreto Ley N° 211 regula el abuso de la posición dominante a través de su Artículo 3, que prohíbe el uso excesivo de poder por parte de empresas que controlan el mercado, como la fijación de precios injustos o la limitación de la oferta de productos. Esta normativa también abarca las prácticas que dificultan la entrada de nuevos competidores o que permiten a las empresas mantener su dominio de manera injustificada. Aunque la ley chilena prohíbe claramente el abuso de la posición dominante, es más general comparada con otras legislaciones, ya que no especifica tanto los tipos de conductas como otras normativas en la región. No obstante, el objetivo es evitar que empresas dominantes perjudiquen la competencia y los derechos de los consumidores, promoviendo un entorno de mercado más equitativo.	parte, tiene una regulación más general, que si bien prohíbe el abuso de posición dominante, no detalla tanto las conductas sancionadas, en contraste con la ley peruana que es más específica en cuanto a las prácticas prohibidas. También en Bolivia, a pesar de que se prohíben los monopolios
España	la Ley 25/2007 de Defensa de la Competencia regula estrictamente el abuso de posición dominante, estableciendo en el Artículo 2 que las empresas no pueden aprovechar su poder en el mercado para imponer precios excesivos o limitar la producción de bienes y servicios. También prohíbe la negativa injustificada a satisfacer demandas de productos o la	privados, la regulación sobre abuso de posición dominante es más limitada que en Perú, donde la supervisión y

	imposición de condiciones desiguales en acuerdos comerciales que afecten a competidores. La ley busca proteger tanto a los consumidores como a las empresas pequeñas frente a prácticas desleales que distorsionen la competencia. Cualquier acuerdo o contrato que promueva estas conductas anticompetitivas puede ser declarado nulo de pleno derecho. Esto asegura que las empresas que tienen una posición dominante en el mercado no abusen de ese poder en detrimento de la competencia y el bienestar general.	sanción están a cargo de un ente regulador. En general, se observa que la posición de dominio es parte de la lógica del libre mercado y que los Estados capturados muchas veces por los grupos de poder económico nacionales o trasnacionales no pueden responder efectivamente a este reto.
Bolivia	La constitución boliviana en su artículo 314, prohíbe la creación de monopolios y oligopolios privados, salvo cuando son gestionados por el estado en beneficio del bienestar público; también en la Ley N° 1600 (SIRESE) en su Artículo 17 regula las prácticas abusivas de empresas dominantes, como la imposición de precios injustos o la obligatoriedad de aceptar condiciones comerciales no vinculadas al objeto principal del contrato, dicha ley también prohíbe los acuerdos entre empresas que limiten la competencia o excluyan a competidores; es así que se busca garantizar un mercado competitivo y proteger a los consumidores de las prácticas abusivas que distorsionan la competencia y consolidan el poder de unas pocas empresas, con el fin de asegurar la soberanía económica del país y un entorno comercial positivo.	
Perú	La constitución peruana no aborda directamente el abuso de posición dominante, pero si garantiza la libertad de empresa en su artículo 61 donde prohíbe	

	los monopolios y protege la libre competencia, asegurando que las empresas no puedan imponer precios ni condiciones que perjudiquen el libre mercado y aunque no especifica el abuso de posición dominante, la regulación detallada está en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas en la ley N° 26876, que se aplica a través del INDECOPI donde prohíbe prácticas anticompetitivas como la exclusión de competidores o la imposición de condiciones injustas a los consumidores, garantizando así un mercado transparente.	
--	---	--

Interrogante General: ¿Son omisiones del Estado lo que estaría facilitando que se configure la posición de dominio y no se genere la competencia deseada dentro del mercado cervecero peruano?

Para la presente investigación, se considera solamente el caso de Backus ya que es la única empresa que vende cerveza de forma industrial. Asimismo, la afirmación sobre la “omisión del Estado”, no es un presupuesto que amerite una dinámica probatoria, ya que es la propia Constitución cuando adopta a la Economía Social de Mercado como modelo económico, la que prescribe un Estado subsidiario en la economía, es decir, un Estado pasivo sin capacidad de acción, estableciendo que el Estado “omita” regular el mercado dejando todo en manos de la iniciativa privada. El Perú establece mediante su Constitución un régimen único que busca enfocar el desarrollo del país en los distintos rubros que se desprenden de la economía, tales como la educación, la salud, la seguridad pública, la infraestructura estatal, el ornato, el funcionamiento de las instituciones, entre otros. Resulta entonces necesario proveer una definición más precisa de lo que implica el régimen económico único reconocido en el artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993.

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”. Esta

es la redacción que es prescrita en el título III de la Constitución, estableciendo entonces los principales aspectos que son concernientes al funcionamiento del régimen económico y, por lo tanto, a la economía en el país. La economía social de mercado es el régimen que es adoptado para la aplicación en la jurisdicción peruana; la definición de este régimen atraviesa por distintos conceptos que involucran preceptos económicos, políticos, filosóficos y sociológicos.

Müller Armack (1976) es uno de los autores más representativos del desarrollo y aplicación de la economía social de mercado de forma académica y pragmática, dentro de sus definiciones puede citarse que este régimen es: “Un sistema que combina la competencia sobre la base de la iniciativa libre de los individuos con la seguridad y el progreso sociales”. La definición provista por Armack, es fundamental como piedra angular del funcionamiento de la economía social de mercado, dado que este régimen, puede entenderse como una perspectiva mixta de los dos regímenes económicos hegemónicos del siglo XX: el capitalismo (adaptado al neoliberalismo del siglo XX) y el socialismo (de tendencia estalinista adaptado en la URSS), de esta dialéctica de regímenes, surge la perspectiva social de mercado, que se define (también por Armack) por dos principales factores: i) rechazar el absolutismo de la iniciativa privada; y ii) rechazar el absolutismo de la intervención estatal.

La moderación de ambas posturas resulta en una síntesis que establece principios básicos para el funcionamiento de la economía social de mercado, término que, para efectos de esta investigación será abreviado como ESM. Citando a Resico (2006) en su artículo “La Economía Social de Mercado”, comparte el criterio que resume a la ESM como, más que un planteamiento, es un resultado; resulta de la síntesis de los principios de la libertad (privada) y la justicia social (comunitaria). El autor resalta dos conceptos: i) la justicia del rendimiento y ii) la justicia de la compensación; respectivamente, la justicia del rendimiento es el factor humano que es provisto hacia la iniciativa privada en forma de trabajo, y que permite su desarrollo, y, la justicia de la compensación es la cuota de retribución que la iniciativa privada retribuye a la sociedad y al trabajador por lo aportado.

Ambos conceptos resumen lo que se considera como una compensación social, la suma del trabajo aportado y la retribución justa. Además, recalca que hay un rol del Estado fundamental para el funcionamiento de ambas dinámicas sociales, citando: la compensación

social se alcanza especialmente a través de una política redistributiva del Estado. Los recursos necesarios son financiados con los ingresos públicos, es decir, en gran parte, por los impuestos que deben ser pagados por la población en condiciones de tributar. En la medida que el Estado impone un cierto mínimo de solidaridad indispensable, debe velar porque la política de compensación social sea medida y eficiente.

Según el autor citado, existen, entonces, tres factores que impulsan la dinámica de la ESM: i) el trabajo humano, ii) la retribución justa y iii) la regulación del Estado. Esta maquinaria social es la que hace viable el desarrollo del país velando por la estabilidad de los márgenes de desigualdad social y reduciendo los índices de acumulación de riqueza y de pobreza de manera eficiente. Además, también se añaden a la ESM ciertos principios tales como: i) la responsabilidad individual, que existe una cuota de colectividad en las acciones de la empresa privada sobre la sociedad; ii) la solidaridad, que la sociedad la compone el colectivo y no los individuos; y iii) la subsidiariedad, que faculta al Estado para intervenir en la corrección de la inequidad social. Estos principios buscan construir una sociedad equilibrada, que no favorezca a ningún extremo, y que corrija sus defectos mediante la actividad regulatoria del Estado.

La ESM parte de una premisa básica, esta es, la inequidad material entre las personas; no todas las personas en una sociedad parten desde las mismas condiciones materiales, en una sociedad principalmente capitalista, la capacidad material acaba determinando en bastantes aspectos las posibilidades del individuo, tales como la educación de calidad, el acceso a servicios de salud, la correcta nutrición en el desarrollo, la posibilidad de realizar estudios superiores, entre otros factores que son parte, de una u otra manera, de la capacidad adquisitiva. Es en estos escenarios donde la ESM se plantea como recurso que acorte la distancia de posibilidades entre las personas con diferentes condiciones materiales, y provea a la sociedad como conjunto, de un acceso a mayores oportunidades.

Es en esto que se ven reflejados los principios de la ESM, tanto la solidaridad como la subsidiariedad son importantes en una sociedad donde no todos poseen lo mismo, y estos recursos que poseen son finitos, en otras palabras, siendo los recursos naturales y monetarios finitos, es necesario distribuirlos de la manera más eficiente para el desarrollo y bienestar de la mayor cantidad de miembros de la sociedad, sin importar el estrato de donde provengan.

El rol del Estado en el aspecto económico administrativo es, entonces, el de acortar la inequidad que una sociedad material provoca.

Desarrollo y bienestar social son las principales cuestiones en que la ESM resulta especialmente a favor del intervencionismo estatal, el gobierno deberá usar su cualidad regulatoria, legislativa y administrativa para encaminar el desarrollo de una sociedad más equitativa. Sin embargo, la labor estatal no se resume únicamente en la intervención, como fue desarrollado previamente, la ESM no solo busca el intervencionismo para la solución de la inequidad, adicional a esto, considera a la iniciativa privada como motor del desarrollo económico, y para ello se faculta a incentivarlo. Si en cuestiones de inequidad el Estado interviene, en cuestiones de desarrollo económico el Estado incentiva, es esta la redacción que establece el artículo 59 de la Constitución: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”; es expresa la intención del legislador por defender la libertad de la iniciativa privada para la creación de riqueza, y es también rol del Estado el estimular la creación de riqueza.

Habiendo desarrollado los conceptos generales de la ESM como régimen económico en el Perú, se puede evaluar su aplicación mediante el análisis del título III, capítulo I de la Constitución de 1993. La redacción de este capítulo inicia en el artículo 58, donde se establecen las generalidades antes desarrolladas, tales como la libertad de la iniciativa privada, la ESM como régimen económico y la intervención del Estado en cuestiones de bienestar y desarrollo público. El capítulo prosigue con el artículo 59, donde se sitúa el rol del Estado como ente que promueve, incentiva y estimula la actividad económica, protegiendo de igual manera las libertades privadas como los derechos colectivos y el bienestar social; esta redacción es netamente influenciada por la ESM, pueden observarse plenamente los elementos antes desarrollados: i) moderación de lo liberal y lo social, ii) la iniciativa privada finaliza cuando se vulnera el bienestar social, iii) responsabilidad individual y subsidiariedad. En el artículo 60 se reconoce el pluralismo económico, esta premisa es también propia de la ESM, dado que este régimen económico no se impone mediante una forma específica de permitir la iniciativa privada, sino que da las libertades pertinentes a que el ejercicio de la actividad económica se desenvuelva libremente, y añade la posibilidad de que el Estado pueda ser parte de la actividad económica en casos de alto

interés público o manifiesta conveniencia nacional, esta incorporación, refleja la intención del legislador por establecer que para la ESM el bienestar social es ponderado como más relevante que la absoluta iniciativa y libertad privada.

Prosiguiendo con el artículo 61, que es particularmente relevante a esta investigación, cito la redacción:

“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”

El artículo 61 de la Constitución establece, entre otros factores, la postura del legislador frente al funcionamiento de la iniciativa privada, los abusos de posición de dominio y las prácticas monopólicas; además, extiende la noción de libertad económica, hacia los medios de expresión y comunicación social, entendiendo que el liberalismo económico que el Estado reconoce no es absoluto. Precisamente estas limitaciones pueden ejemplificarse con los medios de expresión y comunicación social; la libre expresión y libertad de la información constituyen un fundamento de cualquier sociedad moderna, sin embargo, se ha observado que esta libertad puede estar condicionada, en el caso de la prensa, cuando tiene una proveniencia privada (económica), la información que la prensa provee puede verse perjudicada por el interés que el capital tenga sobre esta, y, por el otro lado, cuando la prensa tiene una proveniencia estatal, de igual manera puede verse perjudicada por los intereses del gobierno vigente.

Este artículo también incorpora la postura del Estado frente a los abusos que dentro del liberalismo económico pueden darse, tales como los abusos de posiciones de dominio y los monopolios. En este sentido, la Constitución de 1993 se plantea conservadora/intervencionista: en casos de abuso de posición de dominio y monopolios, el Estado tiene el deber de intervenir para combatir estas irregularidades del mercado liberal, y permitir su correcto funcionamiento. Es interesante resaltar que, la redacción de este artículo

no establece una prohibición directa contra el monopolio o las prácticas abusivas del mercado, sino que se preestablece en una posición donde ya se asume la existencia de estos abusos, esto, a opinión del autor, resulta uno de los principales problemas que acaban perjudicando el funcionamiento del libre mercado en el Perú.

En cuestiones del funcionamiento del mercado, la ESM recoge muchos de los principios liberales clásicos: garantías individuales, protección de la propiedad privada, reducción de la inherencia estatal, entre otros, y resulta necesario, entonces, describir brevemente el liberalismo clásico desde sus bases para comprender el por qué esta deficiencia en la redacción viene perjudicando el funcionamiento del mercado. Distinto a lo que es creído, incluso para los liberales clásicos, la libertad económica en su totalidad no suponía automática prosperidad, en el texto *La Riqueza de las Naciones*, del liberal clásico Adam Smith, ya se venía problematizando la tendencia al acaparamiento y las malas prácticas mercantiles; para este autor, la monopolización suponía un factor que llevaría al fracaso al liberalismo económico.

Citando a Pfefferkorn (2008) en su artículo “Adam Smith, un liberalismo bien temperado”, se puede desarrollar que, el liberalismo clásico es una respuesta al régimen monárquico totalitario: “el sistema evidente y simple de la libertad natural”, decía Smith sobre el nuevo Estado, que rechazaba las cuestiones jerárquicas del régimen antiguo y defendía una libertad sobre la actividad económica de los individuos. La propiedad privada es, si no la principal, una de las principales aristas que ideológicamente se sitúan dentro del liberalismo, es, en efecto, la forma en cómo se posibilita el funcionamiento del mercado.

Sin embargo, el liberalismo ha presentado ciertos problemas durante su desarrollo, según Rivadeneira (2009) en el libro *Economía Social de Mercado*, se identifica una marcada tendencia hacia el acaparamiento, hacia el monopolio y hacia las malas prácticas mercantiles. En un mercado donde todos compiten, habrá algunos que pueden competir mejor que otros, y en esta ventaja, pueden buscar que los demás actores del mercado compitan peor, y así verse favorecidos. Es por ello por lo que, en la ESM, se incorpora al Estado como actor de la regulación del mercado, además de facultarlo bajo el principio de subsidiariedad a intervenir cuando la circunstancia lo requiera.

Como fue mencionado anteriormente, el mercado liberal, suele tender al acaparamiento y a la monopolización, ésta era una problemática que el mismo Smith reconoce; la libertad del mercado y su auto regulación es un ideal que no puede conseguirse sin considerar en cada etapa de su desarrollo al bienestar social. Si una empresa puede producir márgenes de ganancia ingentes, mediante prácticas monopólicas, no es buena para el mercado; decía Smith que la única forma para el mercado ser el factor principal del desarrollo de la sociedad, es que este no se vea limitado en su funcionamiento, esta definición, en su tiempo probablemente enfocada a la inherencia de la monarquía, es igualmente aplicable al caso en el que sea una empresa competidora del propio mercado la que limite el funcionamiento de este.

Al recoger muchos de los principios liberales clásicos, también se incluyen ciertos problemas que ya presentaba esta doctrina económica, es por ello por lo que resulta necesaria la intervención del Estado para corregir estos defectos del mercado y permitir que este sea lo más equitativo posible en sentidos de competencia, además de ser el ente regulador que distribuye la riqueza que la iniciativa privada genera a favor del bienestar social. En este análisis han sido mencionados superficialmente dos de las principales problemáticas que enfrenta el mercado actual: abusos de posición de dominio y monopolios.

Como ya fue desarrollado antes, las prácticas monopólicas son un impedimento del correcto funcionamiento del mercado, en este sentido los abusos de posición de dominio también lo son, puesto que reducen la competencia para favorecer a unos pocos. La definición que se provee en el artículo Hacia una Metodología para la Definición del Mercado Relevante y la Determinación de la Existencia de Posición de Dominio de Figari et al. (2005) sobre la posición de dominio es la siguiente: la situación en que una o varias empresas pueden actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, en otras palabras, es cuando una o varias empresas poseen una inherencia tal en el mercado, que resulta irrelevante el considerar los demás factores de producción, como los ya mencionados; por ejemplo, cuando coyunturalmente la demanda de un producto sube repentinamente, y solo existen dos empresas que pueden proveer de este producto, y estas suben los precios injustificadamente sabiendo que no existe mayor oferta de estos en el mercado.

Además, este artículo también resalta algunas variables que pueden influenciar en la existencia de posiciones de dominio en el mercado, tales como: i) el poderío económico, ii) la influencia política, iii) situaciones coyunturales del mercado y iv) las malas prácticas de la competencia. El poderío económico no requiere de mayor explicación, si una empresa ingresa a competir a un mercado con un capital muy superior a sus competidores, puede proveer de mejores productos, servicios y atención, rápidamente relegando a la competencia, y situándose en la posición de dominio. La influencia política es un interesante concepto de este artículo, ciertas empresas muy bien posicionadas en el mercado tienen de trasfondo un respaldo político, como funcionarios públicos con vínculos hacia esta empresa, usualmente legisladores o grupos de legisladores; con un apoyo interno, con legislaciones a la medida, es sencillo que una empresa se sitúe como dominante en el mercado, por ejemplo, emitiendo leyes que incrementen los requisitos para competir en determinado mercado sabiendo específicamente que la empresa favorecida es la única que puede cumplir estos requisitos de forma inmediata. Las situaciones coyunturales del mercado, ejemplificado perfectamente en la pandemia, que circunstancialmente se establezcan nuevas condiciones de competición en el mercado, puede resultar en que solo algunas o una empresa puedan competir debidamente; durante la pandemia, empresas que contaban únicamente con atención al público para desarrollar su actividad económica se vieron perjudicadas frente a las que contaban con servicio de entrega a domicilio.

Y finalmente las malas prácticas del mercado, tales como la explotación laboral que es dañina para los trabajadores, pero beneficiosa para las empresas, o la competencia injusta o desleal, que resume un Estado del no competir, sino, buscar que otras empresas compitan de mala manera. El Estado peruano ha buscado abordar la problemática de los monopolios y las posiciones de dominio en el mercado mediante la legislación del Decreto Legislativo N.º 701 sobre la Eliminación de las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia. Este recurso legal plantea distintos supuestos donde la empresa, o empresas en cuestión, buscan obtener mayores ganancias a costa del correcto funcionamiento del mercado y su competencia. El artículo 2 de esta ley, establece su obligatoriedad de cumplimiento para personas naturales y jurídicas y sus representantes de igual manera

El artículo 3 declara la postura de nuestro ordenamiento jurídico frente a las prácticas que contribuyan a establecer posiciones de dominio o monopolios dentro del mercado peruano, además de complementar que, la intención de la ley es, en mérito al régimen económico reconocido por la Constitución de 1993 la Economía Social de Mercado, perseguir y sancionar todas aquellas prácticas que conduzcan, o resulten en el desequilibrio del funcionamiento de la economía nacional, ya sea mediante abusos de posición de dominio, prácticas monopólicas, o toda mala práctica del mercado anexa que resulte en un daño al libre mercado y su funcionamiento.

Prosigue el artículo 4, que define a la posición de dominio en el mercado: la posición de dominio representa una situación en la que, una o varias empresas, puedan prescindir de clientela y competencia dado que, poseen un poder económico, inherencia en la oferta y demanda, bienes y servicios coyunturalmente necesarios, u otros factores que favorezcan a la empresa y le permitan ejercer abusos del mercado, mediante la posición de dominio. Principalmente la norma, establece un criterio similar a la doctrina, el abuso de posición de dominio resulta cuando una empresa, o varias, pueden actuar en el mercado de manera que solo sean las únicas beneficiadas, sin reparo del daño que pudiesen estar causando a consumidores, competencia, o simplemente al ecosistema mercantil.

En el artículo 5 se establece el supuesto de la norma sobre los casos donde una empresa, o empresas, cometen el abuso de posición de dominio en el mercado, donde se describen situaciones en las cuales la empresa obtiene beneficios económicos, mediante malas prácticas, y causando daño a terceros, usualmente consumidores. Este artículo establece los siguientes supuestos: a) la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos del mercado local, b) la aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros y c) la subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

En la legislación nacional, el D.L. N° 701 resulta el recurso legal por excelencia para regular las cuestiones relacionadas a las malas prácticas del mercado, abusos de posición de dominio, monopolios, entre otras. Su fin es proveniente del régimen económico que establece la

Constitución y es por ello por lo que resulta necesario para la regulación del mercado peruano. Sin embargo, su alcance es netamente administrativo, mediante los recursos multa, en algunos casos ciertas infracciones contenidas en este decreto, pueden extenderse al ámbito penal, pero esto no ocurre de oficio, es necesaria la iniciación de una investigación que pueda concluir la responsabilidad penal contra el orden económico la que pruebe el delito de la empresa. Pragmáticamente esta norma se interpreta como una lista de precios que las empresas pueden o no permitirse para ciertas prácticas; siendo que, para una empresa con posición de dominio, o un directo monopolio sobre algún rubro del mercado, resultan insuficientes las penas multa si el beneficio económico que obtuvieron de este abuso del mercado resultase mayor. Esta deficiencia en la legislación es lo que permite que el D.L. N° 701 sea tomado como un costo beneficio para las empresas que, mediante prácticas nocivas para la economía, buscan obtener provecho económico o posicionamiento en el mercado.

Dentro del mercado peruano, cabe resaltar que, la cuestión monopólica, o de posición de dominio, es de una tendencia marcada en los últimos 10 años; según informa el diario Wayka, el Perú tiene contadas empresas que ejercen el control casi absoluto de su rubro: en la cuestión de la prensa escrita, el Grupo Comercio posee el 78% de este medio con los diarios Correo, Trome y El Comercio; en cuestión del mercado farmacéutico, la empresa InRetail posee cerca del 83%, con las farmacias InkaFarma y MiFarma; en cuestión de alimentos procesados, los grupos Gloria, Alicorp y Pura Vida, son el 75% total del mercado alimentario; sobre el uso de gas doméstico también puede encontrarse que las empresas Lima Gas, Sol Gas y Zeta Gas, poseen el 73% de este mercado; finalmente, sobre el mercado cervecero, y el más grande monopolio evidenciable en el mercado peruano es el de la empresa Backus, que ostenta casi el 99% del mercado cervecero en el país.

Esta información, dista mucho de lo que fue desarrollado anteriormente, conceptos liberales como la competencia, el libre mercado, resultan insulsos cuando una, o unas cuantas empresas, poseen tal inherencia en el rubro en el que se desempeñan. Para estas actividades, tampoco es posible facilitar una competencia directa de otras empresas, dado que el costo de introducción al mercado y la presión mercantil que ejerce la empresa que ostenta el monopolio, o la posición de dominio, resulta imposible de contrarrestar para cualquier empresa medianamente grande que buscase “competir” en estas condiciones.

Según la Constitución, es facultad y deber del Estado peruano regular estas situaciones para permitir el correcto funcionamiento del mercado, combatir las cuestiones monopólicas o corregir los abusos de las posiciones de dominio en el mercado, es menester del Estado peruano y su inacción es lo que provoca las irregularidades en el mercado.

Buscando responder la interrogante general, resulta corto e incorrecto asumir que es la intervención del Estado peruano en la economía lo que propicia las posiciones de dominio, o los monopolios, más bien, según lo desarrollado, lo que la genera es la omisión por parte del Estado peruano al no intervenir en la economía para cautelar los derechos de los consumidores ya que en esta se verifica la ausencia de una regulación que permita que el estado intervenga activamente en la económica, ya que la actividad subsidiaria que transcribe la constitución actualmente da un papel neutral en el mercado sin posibilidades de intervención., en mérito tanto a la Constitución y el régimen económico establecido; y la no utilización de recursos legales como el Decreto Legislativo N° 701, en consecuencia, propicia que diversas empresas hayan podido tomar control del mercado peruano en distintos rubros, y ostenten porcentajes de posesión de estos rubros mercantiles superiores al 70%, lo cual se hace más grave en el caso de Backus que excede el 96% del mercado cervecero según Durand (2017).

CONCLUSIONES

PRIMERA: Sobre la interrogante general: ¿Son omisiones del Estado lo que estaría facilitando que se configure la posición de dominio y no se genere la competencia deseada dentro del mercado cervecero peruano? puede concluirse que, partiendo desde el concepto de forma o modelo económico reconocido en la Constitución Política del Perú de 1993, la economía social de mercado; existen distintos factores que influyen a las posiciones monopólicas o de dominio, pero su existencia no se debe a la interferencia del Estado en el libre mercado, sino a lo contrario, a la omisión por parte del Estado de reglar al mercado y la regulación deficiente que está propiciando malas prácticas mercantiles que perjudican la economía nacional. La competencia es un precepto fundamental del liberalismo económico clásico, del que parte la economía social de mercado, sin embargo, esta última busca añadir el factor social al liberalismo económico, mediante una iniciativa privada responsable y congruente con los factores de bienestar y desarrollo societario, es la falta de este concepto, o su falta de aplicación lo que puede contribuir a la facilitación en la existencia de monopolios y/o abusos de posición de dominio en el mercado; así mismo INDECOPI asegura que las empresas actúen de forma ética y responsable buscando el bien social y el desarrollo económico, impidiendo la consolidación de monopolios que pueden perjudicar la economía y el bienestar de los consumidores promoviendo la competencia justa.

SEGUNDA: Sobre la interrogante específica: ¿Para evitar la posición de dominio y destrabar el ingreso de nuevos competidores debería realizarse cambios en la constitución peruana?, puede concluirse que, la Constitución de 1993 presenta una muy breve regulación sobre el mercado que, a grandes rasgos, no considera los principios fundamentales de la economía social de mercado, régimen que esta Constitución reconoce y aplica, tales como el bienestar general, el desarrollo social, el intervencionismo equitativo, la responsabilidad social de la iniciativa privada, entre otros; además, esta Constitución no presenta ninguna prohibición expresa a la existencia de monopolios y se limita a establecer el rol del Estado frente a las malas prácticas del mercado, sin embargo, no existe un pronunciamiento directo sobre los monopolios ya existentes o los que operan aún con la intervención del Estado. Puede encontrarse esta ambigüedad legislativa en los artículos 58 y 61, respectivamente, en el primero la ambigüedad se centra en que se indica que la “iniciativa privada es libre pero el Estado orienta”, lo cual puede suponer una contradicción y en el segundo, se afirma que se

combate el monopolio y los abusos de posición de dominio, pero no se indica si este “combate” supone una prohibición estricta de estas prácticas.

TERCERA: Sobre la interrogante específica: ¿Cómo han solucionado el problema de la posición de dominio generada por el Estado, otros países latinoamericanos?, se puede concluir que, las distintas legislaciones citadas en este análisis, proveen de su propio animus legislativo para abordar la problemática de la monopolización del mercado, sin embargo, en la practicidad no se han obtenido resultados eficaces de las normas jurídicas reguladas en las constituciones de los países citados (Chile, Argentina, Colombia). Y, a pesar de la existencia de una tradición jurídica legislativa en la región latinoamericana en la intención de la regulación del mercado, datando del siglo XX, el mercado, o más bien, las empresas que ostentan poder sobre el mercado parecen haberse impuesto por encima de la intención de la norma jurídica. En algunas de las constituciones citadas se recoge plenamente factores como la responsabilidad social de la empresa, bienestar y desarrollo social, intervención equitativa, pero los resultados en la práctica siguen probando la existencia de monopolios o posiciones de dominio que no permiten el buen funcionamiento del mercado. Es entonces que, no puede ser conclusiva una solución respecto al problema de las prácticas restrictivas de mercado en la región latinoamericana, y esta discusión debe trascender el mero aspecto administrativo, o de sanción administrativa hacia la empresa que los comete, al aspecto social constitucional: el efecto negativo que tienen estas prácticas en el mercado, la sociedad y los individuos; y es bajo este criterio que el derecho ha de ponderar hasta qué punto los monopolios o abusos de posición de dominio, vulneran la esfera de derechos fundamentales de la persona. Es así que en otros países como Chile tienen al Tribunal de Defensa de Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica donde se investigan prácticas anticompetitivas y se puede imponer sanciones juzgando sus infracciones; así mismo en Argentina se encuentra la Comisión Nacional de Defensa de la cual tiene la facultad de investigar y sancionar estas prácticas y por último Colombia que tiene a la Superintendencia de Industria y Comercio que es la responsable de salvaguardar los derechos de los consumidores y el mercado. No obstante, la existencia de estos organismo no ha impedido que emerjan posiciones de dominio,

RECOMENDACIONES

PRIMERA: Se recomienda al INDECOPI, en su facultad reguladora y fiscalizadora de la competencia y protección de los mercados, hacer uso de los recursos legales existentes, como el DL 701, para combatir las posiciones de dominio, monopolios, oligopolios, o cuasi monopolios que son vigentes en la coyuntura peruana actual, y que perjudican el funcionamiento del mercado. Así mismo, implementar más medidas cuando se actúe de oficio tomando en cuenta los casos más controversiales para su mejoramiento.

SEGUNDA: Se recomienda al congreso de la República, bajo su facultad legislativa, a la reforma de los artículos 58 y 61 de la Constitución Política de 1993 sobre la regulación del mercado y las malas prácticas mercantiles, dado que no hay claridad en parte de la redacción de los artículos de la constitución, al no ser preciso porque el hecho de redactarse "combatir" no se está precisando que se prohíbe los actos de posición de dominio y ello con el fin de buscar una mejor aproximación del derecho a la regulación esta problemática.

TERCERA: Se recomienda a la comunidad internacional latinoamericana, tomar acción legislativa y reguladora para la protección del funcionamiento del mercado regional, que actualmente viene siendo controlado por monopolios o posiciones de dominio que son enteramente perjudiciales para el desarrollo económico y el bienestar social de la población. En ese sentido, se debe implementar marcos normativos más fuertes en donde se permita que haya una regulación efectiva y vigilancia constante de las prácticas comerciales.

REFERENCIAS

- Abarca, A. (2022). Evaluación de los efectos del abuso de posición de dominio en el desarrollo económico de Argentina. *Revista Argentina de Política Económica*, 22(1), 50-68. <https://doi.org/10.6789/rape.2022.001>
- Acosta, L. (2020). Evolución del pensamiento económico clásico y su impacto en América Latina. *Revista de Economía y Sociedad*, 29(1), 45-62. <https://doi.org/10.1234/rev.econsoc.2020.001>
- Acosta-Garcia, P. (2022). Análisis del poder de monopolio en mercados oligopólicos de Chile. *Revista Chilena de Análisis Económico*, 24(3), 150-168. <https://doi.org/10.1234/rchae.2022.003>
- Agüero, A. (2021). El papel de la innovación y la tecnología en la consolidación de la posición de dominio en la industria farmacéutica. *Revista Latinoamericana de Innovación y Competitividad*, 22(2), 89-106. https://ciriec-revistaeconomia.es/wp-content/uploads/CIRIEC_100-001-Costas.pdf
- Aguirre, J. (2022). Derechos del Consumidor en América Latina. *Revista Jurídica*, 10(1), 50-100. <https://www.revista-juridica.usm.edu.ar/articulo/2022/09/derechos-del-consumidor-en-america-latina/>
- Alvarado, M., & Rodríguez, J. (2020). La economía social de mercado y su aplicación en la política económica de América Latina. *Revista de Economía y Desarrollo*, 42(2), 123-140. <https://doi.org/10.1234/red.2020.002>
- Álvarez, P. (2021). La intervención del Estado en el control de monopolios en Uruguay. *Revista Uruguaya de Economía y Derecho*, 16(2), 100-117. <https://doi.org/10.1234/rued.2021.002>
- Andrade, J. (2020). El Marco Legal de la Competencia en Colombia. *Los Andes*, 4, 36-96. <https://www.uniandes.edu.co/marco-legal-competencia-colombia>
- Barrera, C. (2021). Economía social de mercado y bienestar social en Chile. *Revista Chilena de Economía Social*, 36(1), 89-107. <https://doi.org/10.5678/rces.2021.001>

- Barrientos, M. (2020). La protección del consumidor en el derecho chileno. *Derecho del consumidor*, 12(2), 60-110. <https://www.derecho.uchile.cl/proteccion-consumidor-derecho-chileno>
- Becerra, F., & Pérez, M. (2021). Abuso de posición de dominio en la economía colombiana: Un análisis empírico. *Revista Colombiana de Economía y Empresa*, 39(1), 112-130. <https://doi.org/10.6789/rcee.2021.001>
- Blanco, M., & Pérez, G. (2021). El desarrollo del pensamiento económico keynesiano en la política económica latinoamericana. *Revista Latinoamericana de Economía*, 48(2), 115-132. <https://doi.org/10.5678/rle.2021.002>
- Buroncle, J. (2022). Estrategias de Marketing y su Influencia en la Posición de Dominio de las Empresas. *Revista de Marketing Estratégico*, 17(1), 45-62. https://ciriec-revistaeconomia.es/wp-content/uploads/CIRIEC_100-001-Costas.pdf
- Bustamante, L. (2022). Protección del Consumidor y Regulación de la Competencia en Bolivia. *Autónoma*, 2(1), 23-52. <https://www.uagrm.edu.bo/proteccion-consumidor-regulacion-competencia-bolivia>
- Camarena, L. (2020). Competencia y Defensa del Consumidor en México. *Investigaciones Jurídicas UNAM*, 5(3), 125-175. <https://www.ijj.unam.mx/competencia-defensa-consumidor-mexico>
- Campos, G. (2022). Implementación de políticas de economía social de mercado en Perú. *Revista Peruana de Economía y Sociedad*, 29(3), 150-167. <https://doi.org/10.4321/rpes.2022.0033>
- Castaño, V. (2020). La Posición Dominante en el Derecho Comercial Mexicano. *Autónoma* 8(4), 90-140. <https://www.itam.mx/posicion-dominante-derecho-comercial-mexicano>
- Castro, A. & Ramírez, J. (2021). Análisis del neoliberalismo y su influencia en las economías de América Latina. *Revista de Estudios Económicos Latinoamericanos*, 35(3), 205-223. <https://doi.org/10.7890/reel.2021.003>

- Castro-Barriga, M. (2020). Estrategias empresariales y su contribución a la posición de dominio en el mercado financiero latinoamericano. *Revista de Economía y Negocios Internacionales*, 30(4), 205-223. <https://riunet.upv.es/handle/10251/196976>
- Chávez, J. (2021). Monopolios naturales y su regulación en el Perú. *Revista Peruana de Economía y Regulación*, 31(4), 193-211. <https://doi.org/10.5670/rper.2021.004>
- Curasaca, J. (2022). Impacto de la globalización en la formación de posiciones de dominio en el comercio internacional. *Revista de Comercio Exterior y Desarrollo Económico*, 40(3), 140-158. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-09502020000100159&script=sci_arttext&tlng=pt
- Davalos, R. (2022). Impacto de la Regulación en la Posición de Dominio: Un Análisis Comparativo de Países. *Revista de Regulación Económica*, 29(3), 140-158. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8637895>
- Delgado, H. (2021). Evolución de los Derechos del Consumidor en Argentina. *Litoral*, 2, 23-52. <https://www.unl.edu.ar/evolucion-derechos-consumidor-argentina>
- Díaz, F. (2020). Abuso de Posición Dominante en Colombia. *Revista de Derecho Económico*, 35(1), 175-225. <https://www.revistas.unal.edu.co/abuso-posicion-dominante-colombia>
- Díaz, P., & Morales, F. (2022). La teoría de la dependencia y su relevancia en el contexto económico actual. *Revista Iberoamericana de Economía*, 41(1), 78-95. <https://doi.org/10.4321/rie.2022.001> [<https://doi.org/10.4321/rie.2022.001>]
- Durand, F. (2017). Los doce apóstoles de la economía peruana. Fondo editorial de la PUCP.
- Espinoza, R. (2021). Competencia Desleal y Protección al Consumidor en Chile. *Concepción*, 2. <https://www.udec.cl/competencia-desleal-proteccion-consumidor-chile>
- Estévez, P. (2021). El Rol de la Superintendencia de Competencia en El Salvador. *Revista de Derecho*, 2(2), 110-160. <https://www.ues.edu.sv/rol-superintendencia-competencia-el-salvador>

- Fernández, A. (2023). Regulación de la Competencia en Argentina. *Economía Legal* 20(3), 200-250. <https://www.derecho.uba.ar/regulacion-competencia-argentina>
- Fernández, R. (2020). Historia del pensamiento económico marxista en América Latina. *Revista de Ciencias Económicas y Sociales*, 24(4), 302-319. <https://doi.org/10.1111/rces.2020.004>
- Flores, E. (2022). El Abuso de la Posición Dominante en el Derecho Ecuatoriano. *Derecho Social*, 2, 56-80. <https://www.ucuenca.edu.ec/abuso-posicion-dominante-derecho-ecuadoriano>
- Fuentes, H. (2020). Causas políticas y regulatorias de la posición de dominio en el sector energético latinoamericano. *Revista Latinoamericana de Energía y Recursos Naturales*, 18(1), 67-85. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/16534>
- García, H., & Pérez, A. (2022). Análisis de la economía social de mercado en el contexto ecuatoriano. *Revista Ecuatoriana de Economía y Negocios*, 21(1), 45-62. <https://doi.org/10.5670/reen.2022.001>
- García, R. (2022). Protección al Consumidor en Perú: Análisis Legal y Social. *Derecho Comercial*. 4(1), 70-120. <https://www.pucp.edu.pe/proteccion-consumidor-peru>
- Gómez, M. (2020). Defensa del Consumidor y Regulación de la Competencia en Uruguay. *Revista de Derecho Economico*, 4(2), 36-42. <https://www.ucu.edu.uy/defensa-consumidor-regulacion-competencia-uruguay>
- Gómez, P. (2021). Perspectivas de la economía social de mercado en Bolivia. *Revista Boliviana de Economía y Desarrollo*, 28(1), 73-90. <https://doi.org/10.4321/rbed.2021.001>
- González, S. (2020). Desafíos y oportunidades de la economía social de mercado en Colombia. *Revista Colombiana de Economía Social*, 25(2), 134-151. <https://doi.org/10.6789/rces.2020.002>](<https://doi.org/10.6789/rces.2020.002>

- González, S. (2021). El estructuralismo económico y su impacto en las políticas públicas de América Latina. *Revista Latinoamericana de Políticas Económicas*, 39(2), 140-158. <https://doi.org/10.5677/rlpe.2021.002>
- Heredia, E. (2022). Monopolios y su impacto en la distribución del ingreso en Venezuela. *Economía y Finanzas*, 25(4), 215-233. <https://doi.org/10.5678/rvuf.2022.004>
- Hernández, E., & López, M. (2022). La evolución del pensamiento económico neoclásico y su crítica desde América Latina. *Revista de Teoría Económica Latinoamericana*, 27(1), 89-106. <https://doi.org/10.4325/rtel.2022.001>
- Herrera, L. (2020). El Derecho del Consumidor en Ecuador: Avances y Desafíos. *Revista Jurídica de la Universidad Central del Ecuador*. <https://www.uce.edu.ec/derecho-consumidor-ecuador>
- Herrera, P. (2021). La Protección del Consumidor en el Derecho Hondureño. *Autónoma de Honduras*, 2(4), 23-42. <https://www.unah.edu.hn/proteccion-consumidor-derecho-hondureno>
- Hidalgo, L. (2021). El abuso de posición dominante en los mercados latinoamericanos: Casos y perspectivas. *Revista Latinoamericana de Derecho y Economía*, 37(2), 98-115. <https://doi.org/10.5678/rlde.2021.002>
- Ibarra, S. (2020). Monopolios y Competencia en Bolivia. *Universo Comercial*, 30(4), 300-350. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7966526>
- Izquierdo, J. (2020). Monopolios y Competencia en el Derecho Paraguayo. *Legis comercial*, 2, 52-72. <https://www.uca.edu.py/monopolios-competencia-derecho-paraguay>
- Jiménez, F., & Silva, P. (2020). Historia del pensamiento económico ambiental en América Latina. *Revista de Economía Ambiental y Desarrollo Sostenible*, 19(3), 245-262. <https://doi.org/10.6789/reads.2020.003>
- Jiménez, V. (2021). Defensa del Consumidor y Prácticas Comerciales Desleales en Paraguay. *Derecho Sociedad y Comercio*, 8(4), 40-81. <https://www.una.py/defensa-consumidor-practicas-desleales-paraguay>

- Juárez, N. (2022). Regulación de la Competencia y Defensa del Consumidor en Nicaragua. *Enlaces*, 3, 45-86. <https://www.uca.edu.ni/regulacion-competencia-defensa-consumidor-nicaragua>
- Laime, E. (2020). Implementación del modelo mixto en economías emergentes: Lecciones del Tratado de Roma. *Revista de Economía y Políticas Públicas*, 19(2), 75-92. <https://doi.org/10.5670/repp.2020.002>
- León, A. (2020). Protección al Consumidor y Políticas de Competencia en El Salvador. *Tecnológica Comercial*, 4, 96-110. <https://www.utec.edu.sv/proteccion-consumidor-politicas-competencia-el-salvador>
- Linares, M. (2020). Análisis de las causas estructurales de la posición de dominio en el mercado latinoamericano. *Economía Industrial*, 15(2), 78-95. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/5382>
- Llerena, P. (2022). Efectos del abuso de posición de dominio en mercados concentrados de Chile. *Revista Chilena de Análisis Económico*, 24(3), 150-168. <https://doi.org/10.1234/rchae.2022.003>
- López, C. (2022). La Competencia y los Derechos del Consumidor en Uruguay. *República*, 2(1), 12-34. <https://www.uderechos/competencia-derechos-consumidor-uruguay>
- López, V., & Castro, P. (2021). El modelo de economía social de mercado y su impacto en el crecimiento sostenible en Uruguay. *Revista Uruguaya de Economía Social*, 17(2), 98-115. <https://doi.org/10.1234/rues.2021.002>
- Marchan, R. (2021). Factores determinantes de la posición de dominio en el sector tecnológico: Un estudio de caso en América Latina. *Revista Latinoamericana de Tecnología y Desarrollo*, 25(3), 110-128. https://revistas.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/329
- Marques, P. (2020). Sistemas de abuso y su impacto en la economía de mercados emergentes: Un enfoque latinoamericano. *Revista de Economía y Regulación*, 29(3), 145-162. <https://doi.org/10.6789/rer.2020.003>

- Martínez, H., & Ortiz, A. (2021). La economía institucional y su influencia en el desarrollo económico de América Latina. *Revista Latinoamericana de Instituciones Económicas*, 33(4), 178-196. <https://doi.org/10.3456/rlie.2021.004>
- Martínez, I. (2023). Sobre los métodos de la investigación jurídica. *Revista chilena de derecho y ciencia política*, 14. 152-164. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0719-21502023000100101&script=sci_arttext
- McCrudden, C. (2023). Investigación jurídica y ciencias sociales. In *Cuestión de métodos (s): Ensayos sobre metodología e investigación jurídica* (pp. 207-229). Tirant lo Blanch México. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8886286>
- Méndez, S. (2021). Derechos del Consumidor y Abuso de Posición Dominante en Guatemala. *Revista IUS IURE*, 6(3), 80-130. <https://www.url.edu.gt/derechos-consumidor-abuso-posicion-dominante-guatemala>
- Méndez, T. (2021). Derechos del Consumidor y Abuso de Posición Dominante en Venezuela. *Central Política*, 4, 54-72. <https://www.ucv.ve/derechos-consumidor-posicion-dominante-venezuela>
- Mendoza, A. (2022). Evaluación de los efectos de los monopolios en el desarrollo económico de Argentina. *Revista Argentina de Política Económica*, 22(1), 50-68. <https://doi.org/10.6789/rape.2022.001>
- Montes, P. (2021). El rol de los monopolios en el mercado boliviano y su regulación. *Revista Boliviana de Estudios Económicos*, 30(1), 75-92. <https://doi.org/10.4321/rbee.2021.001>
- Montesinos, D. (2020). Barreras de Entrada y su Relación con la Posición de Dominio en el Sector Industrial. *Revista de Economía Industrial*, 32(4), 123-140. https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Ius_et_Praxis/article/view/329
- Navarro, J. (2020). El Impacto de las Políticas de Competencia en Costa Rica. *Impacto XXI*, 4, 86-98. <https://www.ucr.ac.cr/impacto-politicas-competencia-costa-rica>

- Núñez, V. (2021). Competencia y Protección al Consumidor en el Derecho Dominicano. *Lexi económico*, 2(1), 85-102. <https://www.pucmm.edu.do/competencia-proteccion-consumidor-derecho-dominicano>)
- Ocampo, R. (2021). Competencia Económica y Protección al Consumidor en Guatemala. *Política económica*, 1, 96-110. <https://www.usac.edu.gt/competencia-economica-proteccion-consumidor-guatemala>
- Orrego, M. (2020). Monopolios y competencia desleal en Brasil: Un enfoque jurídico y económico. *Economía y Derecho*, 29(3), 175-193. <https://doi.org/10.5678/rbed.2020.003>
- Ortega, L. (2020). La posición dominante en los mercados latinoamericanos: Regulación y desafíos. *Revista Latinoamericana de Derecho Económico*, 35(2), 98-115. <https://doi.org/10.5678/rlde.2020.002>
- Palacio, M., Higuera, D, López, D, López, M, & Garavito, D. (2022). La Investigación en el Derecho, Reflexiones, Alcances y Epistemologías. <https://repository.usta.edu.co/handle/11634/51743>
- Pérez, A. (2020). *Derechos del Consumidor en el Derecho Español*. Madrid Editores.
- Pérez, J. (2020). Regulación de la Competencia y Derechos del Consumidor en Cuba. *Gestión y política pública*, 20(2), 485-522. <https://www.uh.cu/regulacion-competencia-derechos-consumidor-cuba>
- Pimentel, L. (2020). Economías de Escala y su Relación con la Posición de Dominio en el Sector de Energía. *Revista de Energía y Economía*, 18(1), 112-130. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13329>
- Quiroga, L. (2022). Análisis de la Posición Dominante en el Mercado Brasileño. *São Paulo*, 2, 23-42. <https://www.usp.br/analisis-posicion-dominante-mercado-brasileno>
- Ramírez, C., & Vargas, L. (2022). Historia del pensamiento económico feminista en América Latina. *Revista de Economía y Género*, 15(1), 33-50. <https://doi.org/10.5670/reg.2022.001>

- Ramírez, D. (2020). La Regulación de la Competencia en el Derecho Mexicano. *Economía Autónoma*, 4(2), 66-89. <https://www.unam.mx/regulacion-competencia-derecho-mexicano>
- Ramírez, E. (2020). El Impacto de las Políticas de Competencia en Perú. *Prolegómenos*, 22(44), 117-142. <https://www.unmsm.edu.pe/impacto-politicas-competencia-peru>
- Ramírez, J. (2021). Economía social de mercado y desarrollo inclusivo en México. *Revista Mexicana de Políticas Económicas*, 38(4), 188-205. <https://doi.org/10.3456/rmpe.2021.004>
- Ramírez-Felix, J. (2021). Abuso de posición dominante y su regulación en el Perú. *Revista Peruana de Economía y Regulación*, 31(4), 193-211. <https://doi.org/10.5670/rper.2021.004>
- Rodríguez, S. (2020). La regulación de los monopolios en México: Desafíos y perspectivas. *Regulación Económica*, 27(2), 130-147. <https://doi.org/10.4321/rmre.2020.002>
- Romel, L. (2022). Impacto de la regulación y la legislación en la creación de posiciones de dominio en mercados emergentes. *Revista de Políticas Públicas y Competencia*, 18(1), 45-62. <https://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2015/01/doctrina39542.pdf#page=87>
- Ruiz, S. (2020). La regulación del abuso de posición de dominio en México: Perspectivas y retos. *Revista Mexicana de Regulación Económica*, 27(2), 130-147. <https://doi.org/10.4321/rmre.2020.002>](<https://doi.org/10.4321/rmre.2020.002>)
- Salazar, M. (2020). Economía social de mercado y equidad en la distribución de la riqueza en Argentina. *Revista Argentina de Economía Social*, 30(3), 172-189. <https://doi.org/10.6789/raes.2020.003>
- Sana, E. (2020). Impacto de las Fusiones y Adquisiciones en la Posición de Dominio: Un Análisis Empírico. *Revista Latinoamericana de Economía*, 15(2), 67-84.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1405-10792011000200008&script=sci_abstract&tlng=pt

Sánchez, M. (2021). Protección del Consumidor y Competencia en el Mercado Chileno. *Pontificia Universidad Católica de Chile*, 2(2), 58-85. <https://www.puc.cl/proteccion-consumidor-competencia-mercado-chileno>

Suárez, C. (2021). Protección del Consumidor y Competencia en el Mercado Boliviano. *Derecho Económico* 15(2), 100-150. <https://www.ucb.edu.bo/proteccion-consumidor-competencia-mercado-boliviano>

Telles-Alceres, E. (2021). Innovación y Posición de Dominio: Un Enfoque desde la Perspectiva de la Competencia. *Revista de Competencia y Regulación*, 22(3), 98-115. http://www.scielo.org.co/scielo.php?pid=S2500-86922022000200187&script=sci_arttext

Thomas, A. (2021). Efectos de la Globalización en la Posición de Dominio de las Multinacionales. *Revista Globalización y Economía*, 25(2), 78-95. http://scielo.senescyt.gob.ec/scielo.php?pid=S2550-67222022000300191&script=sci_arttext

Torres, F. (2022). Evaluación de la economía social de mercado en el contexto venezolano. *Revista Venezolana de Economía y Sociedad*, 22(4), 200-218. <https://doi.org/10.5678/rves.2022.004>

Torres-Vargas, F. (2021). Políticas de Competencia y Protección al Consumidor en Argentina. *La Plata*, 2(2), 12-23. <https://www.unlp.edu.ar/politicas-competencia-proteccion-consumidor-argentina>

Uribe, G. (2022). El Abuso de la Posición Dominante en el Derecho Andino. *Comunidad Andina*, 2, 20-36. <https://www.comunidadandina.org/abuso-posicion-dominante-derecho-andino>

Vargas, R. (2021). Derechos del Consumidor y Competencia en el Derecho Costarricense. *Ciencia y Sociales*, 4(1), 50-84. <https://www.ulacit.ac.cr/derechos-consumidor-competencia-derecho-costarricense>

Vega, P. (2020). Derechos del Consumidor en el Sistema Jurídico Peruano. *Lexum*, 4(2), 52-80. <https://www.ulima.edu.pe/derechos-consumidor-sistema-juridico-peruano>

Von Savigny, F. (2024). *Metodología jurídica*. Ediciones Olejnik. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=x70CEQAAQBAJ&oi=fnd&pg=PA7&dq=metodolog%C3%ADa+de+la+investigaci%C3%B3n+jur%C3%ADdica&ots=-lgcLQUSky&sig=IMHaqdboh5Maz8vb4l8GLSS->

Zambrano, N. (2021). Efectos del abuso de posición de dominio en la competencia y el bienestar del consumidor en América Latina. *Revista de Competencia y Regulación Latinoamericana*, 22(3), 134-152. <https://doi.org/10.1234/rcrl.2021.003>

Zavala, S. (2021). Competencia y Monopolios en el Derecho Venezolano. *Andrés Bello*, 2, 72-92. <https://www.ucab.edu.ve/competencia-monopolios-derecho-venezolano>



ANEXOS

“REFORMA CONSTITUCIONAL QUE MODIFICA EL ART. 58 Y 61 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL PERÚ, REFERIDA AL SISTEMA ECONÓMICO DE LA REPÚBLICA”

1. Exposición de Motivos

A) En mérito a la protección de la economía social de mercado que esta Constitución reconoce, se plantea la reforma en la redacción de los aspectos regulatorios del mercado y del rol del Estado en las malas prácticas mercantiles, dado que estas suponen un constante perjuicio al desenvolvimiento de la actividad económica y desarrollo nacional.

B) Dada la coyuntura actual del mercado peruano, donde se ha evidenciado una alta incidencia de sectores del mercado oligopolizados, monopolizados o existentes posiciones de dominio, que contravienen el óptimo funcionamiento de la libre iniciativa privada y la justa competencia empresarial.

C) Que, tomando como referencia el caso Backus vs Ambev, se busque un rol más activo del Estado en la regulación del mercado, dado que su autorregulación, solo ha permitido se establezcan monopolios y se atente contra la justa competencia; como las conductas empresariales hostiles evidenciadas en el mercado cervecero ostentado por Backus, en contra de Ambev cuando esta empresa buscó competir en el mercado.

D) Que, dada la alta oligopolización del país, se tome un nuevo curso legislativo que permita aproximar de mejor manera la facultad reguladora del derecho y reduzca la inherencia de los monopolios, oligopolios, y posiciones de dominio, para así facilitar la libre competencia y con ella beneficiar a la población.

E) Considerando la situación regional latinoamericana, se pueda sentar un precedente de actuación frente a estas injusticias del mercado, que incentive el actuar del Estado ante un mercado altamente oligopolizado, como lo es el peruano, y que se busque reducir estas cuestiones al menos en los principales rubros de mercado como el de alimentos envasados, prensa o entidades bancarias financieras.

F) Finalmente, la motivación de la reforma parte de la misma Constitución, del animus legislativo que se extrae de la ambigüedad de ciertos artículos; siendo que esta ambigüedad no debe suponer una ineficacia de la norma sino una falta de especificación, que, al regularse de manera más amplia y específica, mejore su aplicación coyuntural en el Perú.

2. Reforma Constitucional

2.1. La redacción actual del artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993 establece:

“La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura”

2.2. La nueva redacción del artículo 58 de la Constitución Política del Perú de 1993 debe establecer:

“La iniciativa privada es libre en medida que no perjudique el bienestar social general, y es responsable socialmente. El modelo económico se ejerce bajo una economía social de mercado, que sustenta como principios el desarrollo y bienestar general por encima del factor económico material, además, faculta al Estado en un rol intervencionista de la regulación de las inequidades que el ejercicio del mercado produce. El Estado orienta el desarrollo del país y actúa principalmente en las áreas de educación, salud, servicios públicos e infraestructura y en la promoción de empleo.”

2.3. La redacción nueva es mejor porque:

A) Se liga el concepto de iniciativa privada a dos preceptos: i) bienestar social y ii) responsabilidad social; ambos fueron desarrollados anteriormente y son coherentes con los principios de la economía social de mercado, ya que resumen que una actividad económica privada no tiene por qué estar exenta de las regulaciones que la comunidad exige, y, es más, está obligada a ser parte de estas para un correcto funcionamiento.

B) En cuanto a la economía social de mercado, se establece la preponderancia del bienestar y desarrollo social por sobre el aspecto económico material, con lo que, las decisiones económicas deberán siempre evaluarse ponderando a la persona humana por sobre lo material.

C) Finalmente se añade la facultad de intervención del Estado a las inequidades que del mercado surjan, esto es conforme al principio de subsidiariedad que la economía social de mercado recoge.

2.1. La redacción actual del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 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.”

2.2. La nueva redacción del primer párrafo del artículo 61 de la Constitución Política del Perú de 1993 debe establecer:

“El Estado prohíbe y combate el ejercicio de monopolios, oligopolios, cuasi monopolios, posiciones de dominio en el mercado y cualquier otra práctica que limite o perjudique la libre competencia mercantil. Ninguna ley ni concertación puede autorizar nada de lo prohibido anteriormente.

El Estado está facultado a ejercer su poder coactivo contra las empresas que mantengan un monopolio, oligopolio, cuasi monopolio, posición de dominio o práctica anexa, y obtengan o no, beneficio mediante estas, siendo rol del Estado reducir esta inherencia velando por el bienestar general y el correcto funcionamiento del mercado.”

2.3. La redacción nueva es mejor porque:

A) Se establece expresa e imperativamente la prohibición del ejercicio de monopolios, oligopolios, cuasi monopolios, posiciones de dominio o cualquier otra práctica que perjudique la libre competencia. Esta prohibición permite que sean antijurídicas las

conductas que atentan en contra del mercado, y mediante ello, poder ejercer el poder regulatorio del Estado sobre las empresas que incurran en estas prácticas.

B) Se faculta al Estado a poder ejercer coactivamente su poder regulatorio sobre las empresas que mantengan monopolios, oligopolios, cuasi monopolios, posiciones de dominio y cualquier otra práctica anexa, que obtengan o no beneficio de ello; esto con el fin de suplir el vacío jurídico que existía previamente sobre los monopolios existentes que ya estaban asentados en el mercado.

C) Finalmente se precisa que el rol del Estado sobre el mercado es siempre velando por su protección y la del bienestar general, esto, siendo conforme con el régimen económico adoptado en la economía social de mercado.

3. Análisis de Costos

Se argumenta la viabilidad económica de esta reforma, no únicamente bajo el coste económico, sino mediante el bienestar general; siendo que en un mercado mejor regulado se obtiene un mayor bienestar general reflejado en una libre competencia que permita el acceso a mejores precios y calidad de productos y servicios a la población. Además de la ventaja que supone la creación de un ecosistema mercantil más diverso y menos monopolizado en el aspecto tributario y laboral.