

### **Comité Consultivo Internacional**

José Antonio Álvarez Caperochipi  
Atilio Aníbal Alterini  
Jesús Cruz Villalón

### **Comité Consultivo Nacional**

José Antonio Nique de la Puente  
Fernando de Trazegnies Granda  
Felipe Osterling Parodi  
César Landa Arroyo  
César Fernández Arce  
Juan Monroy Gálvez  
José Antonio Payet Puccio  
Mario Castillo Freyre  
Gonzalo García Calderón  
Jorge Danós Ordóñez  
César Gonzalez Hunt

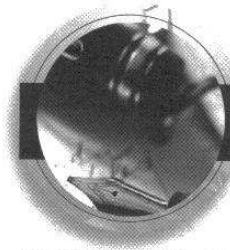
## CONTENIDO

### ESPECIAL

La concertación de precios:  
El caso de las avícolas

Los derechos morales en la Legislación y  
Jurisprudencia administrativa

Precedentes de Observancia Obligatoria en  
Materia Registral



## POLLEROS UNIDOS..., SÍ FUERON VENCIDOS

### ANÁLISIS DE LA SENTENCIA DEFINITIVA EN EL CASO DE LAS AVÍCOLAS

Daniel ECHAIZ MORENO 

#### SUMARIO

I. El caso; II. La sentencia; III. La relevancia mediática del caso; IV. Los temas jurídicos de interés; V. La actuación del Estado en la economía; VI. El INDECOPI y la regulación económica; VII. La concertación de precios; VIII. Conclusiones

#### RESEÑA

En el presente artículo, el auto desarrolla su análisis sobre el caso de la concertación de precios del mercado de venta de pollos en base a tres puntos: a) La actuación del Estado en la economía; b) El INDECOPI y la regulación económica; y c) La concertación de precios.

(\*) DANIEL ECHAIZ MORENO (Lima, 1977). Magíster en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado *summa cum laude* por la Universidad de Lima. Catedrático de la Universidad de Lima, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Universidad San Ignacio de Loyola y Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Socio fundador de ECHAIZ • ESTUDIO JURÍDICO EMPRESARIAL. Web page: [www.echaiz.com](http://www.echaiz.com) † E-mail: [daniel@echaiz.com](mailto:daniel@echaiz.com)

## COMENTARIO

### I. EL CASO

Hace algunos años, la Maestría en Economía de la Universidad de la República, de Uruguay, publicó un interesante y hartamente consultado "Manual para investigar conductas anticompetitivas"<sup>(1)</sup>, en el que se exponen cinco casos, siendo el tercero de ellos "el cartel de productores avícolas en Perú" para referirse a los acuerdos horizontales como conductas anticompetitivas. Seguidamente transcribimos el texto con el que se presenta dicho caso por considerarlo clarísimo en su exposición:

"En 1996, la Comisión de Libre Competencia (la Comisión) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) inició una investigación por presunta concertación de precios en el mercado pollo carne comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao; concertación de condiciones de comercialización y volúmenes de producción; establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores; en el período de mayo de 1995 a julio de 1996. La investigación comprendía a entidades del sector avícola como la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y 19 empresas pertenecientes a los grupos Ikeda, Bellido, Vidal, Quevedo, Soto y Choi Kay.

Se encontraron documentos (actas de reuniones en la APA) en donde se acredita que los productores del sector, al tener conocimiento del problema de sobreproducción de aves (pollitos BB), tomaron medidas para hacer frente a dicho problema:

a) Formaron un Comité Estadístico que sería el encargado de proponer alternativas de solución a dicho problema. Las opciones planteadas se referían a beneficiar excedentes de pollo vivo, eliminar pollos BB, eliminar huevos fértiles de pollo BB, sacar el exceso de reproductoras, exportar pollo beneficiado, etc.

b) Asimismo, los productores del sector decidieron crear una empresa encargada de llevar a cabo el programa de congelamiento de excedentes, a fin de evitar la caída de los precios.

c) La evidencia encontrada señalaba que, entre octubre y diciembre de 1995, los acuerdos y las acciones llevadas a cabo por las empresas continuaron: estandarización del peso promedio del pollo, establecimiento de cuotas de producción y eliminación conjunta de excedentes. Asimismo, se encontró indicios de una concertación por parte de un grupo más reducido de empresas (las de mayor participación en el mercado) y que conformaron el grupo "Alianza Estratégica Avícola", cuyos objetivos eran eliminar la competencia al interior de las empresas miembros y fortalecer a los miembros del grupo ante la competencia externa.

d) Para el período entre enero y julio de 1996 se encontraron indicios de concertación de precios mediante el control de la producción (volúmenes y peso promedio), pero para el período de abril a julio las medidas en lo referente a la producción fueron complementadas con una campaña de publicidad financiada por las empresas del sector a fin de estimular la demanda, estabilizando los precios del pollo vivo.

La Comisión ordenó el cese inmediato de las conductas anticompetitivas sancionadas,

aplicándoles multas en función a la modalidad y distinto alcance de la restricción de la competencia, así como el grado de participación de cada una de las empresas en la formulación, adopción y ejecución de los acuerdos restrictivos.

En segunda instancia, el Tribunal confirmó la resolución de la primera instancia en lo referente a la infracción al Decreto Legislativo N° 701 por concertación de precios y de volúmenes de producción. Sin embargo, declaró infundado el proceso seguido contra algunas de las empresas investigadas y redujo las multas impuestas en primera instancia<sup>(2)</sup>.

A lo anterior hay que precisar que la vía administrativa concluyó con la Resolución N° 276-97-TDC-INDECOPI expedida por la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual del INDECOPI, con fecha 19 de noviembre de 1997<sup>(3)</sup>. Ante dicha situación jurídica, 10 empresas avícolas y la asociación representativa de ellas acudieron ante el Poder Judicial e interpusieron demandas contencioso-administrativas sobre impugnación de resolución administrativa; las aludidas entidades fueron las siguientes:

- a) Redondos S.A.
- b) Avícolas Asociadas S.A.
- c) Molinos Mayo S.A. (hoy San Fernando S.A.).
- d) F Car S.A.
- e) Corporación Ganadera S.A.
- f) Agropecuaria del Pilar S.A.
- g) El Palomar E.I.R.L.
- h) Granja Avícola Galeb E.I.R.L.

i) Alimentos Protina S.A.

j) Molinera San Martín de Porres S.A. (hoy San Fernando S.A.).

k) Asociación Peruana de Avicultura.

Una década después, el 11 de junio del 2007, se dictó la sentencia que declara fundada en parte las demandas contencioso-administrativas acumuladas, la misma que fue apelada por el INDECOPI, resolviéndose finalmente el caso mediante la sentencia de vista de fecha 4 de octubre del 2010, la que es materia de análisis y crítica jurisprudencial en el presente artículo y en la cual se confirma la sentencia apelada.

### II. LA SENTENCIA

Los argumentos centrales de la mencionada resolución judicial de segunda instancia son los siguientes:

a) Que "el INDECOPI es la única entidad de la administración pública que podía intervenir en el caso tratado y, por ende, los análisis que efectuó en dicho proceso deben entenderse como apropiados, salvo que violen los parámetros mínimos de razonabilidad y del debido proceso administrativo, lo que es de cargo de quien objeto sus análisis de determinación" (no-ven considerando).

b) Que "en cuanto al debate sobre la regla a aplicar per se o de la razón, la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema ha llegado a la conclusión que nuestro sistema jurídico recoge la primera regla, esto es que las infracciones legales se configuran por la sola realización de la conducta prohibida de manera objetiva y absoluta, sin interesar si tal conducta es idónea o no" (décimo considerando).

(1) Cfr. a texto completo on line en: <http://www.ccee.edu.uy/posgrado/maesec/anticompetiti.PDF>

(2) Cfr. Manual para investigar conductas anticompetitivas. Montevideo, Maestría en Economía de la Universidad de la República, s/f, p. 15.

(3) Cfr. a texto completo on line en: <http://aplicaciones.indecopi.gob.pe/ArchivosPortal/estatico/jurisprudencia/elc/ResolucionN0276-1997-TDC.pdf>



c) Que la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema "ha aprobado la legalidad de la facultad del INDECOPI para intervenir en los hechos tratados en la sentencia recurrida, así como de su facultad sancionadora" (décimo quinto considerando).

d) Que "la conclusión del órgano jurisdiccional al confirmar la responsabilidad de los demandantes y el grado de las mismas se aprecia adecuada, correcta e idónea" (décimo sexto considerando).

e) Que "no sólo se aprecia razonable la reducción de los montos en las cifras impuestas como sanción, sino también ajustadas a las conductas, responsabilidades y gravedad de la falta advertida en cada uno de los agentes económicos involucrados" (décimo séptimo considerando).

f) Que "cualquiera que fuere el fallo del órgano judicial, no debe interpretarse como factor que altere el mercado, sino como la respuesta rectora que aplica este Poder del Estado para que los agentes económicos regulen sus usos y prácticas comerciales a fin de preservar el verdadero ejercicio del libre mercado social" (décimo octavo considerando).

### III. LA RELEVANCIA MEDIÁTICA DEL CASO

El caso de las avícolas ha recibido amplia cobertura mediática durante diciembre del 2010, a propósito de la sentencia *sub-examine*,

tal como se aprecia en las siguientes publicaciones:

a) "Gallina vieja da buen caldo: el final feliz de la concertación de precios del pollo", post de Alfredo Bullard Gonzáles en el blog de Semana Económica, donde resalta que el Poder Judicial haya resistido "presiones de todo tipo para finalmente decidir lo que era correcto decidir"<sup>(4)</sup>.

b) "Multa por concertar precios de pollo fue ratificada por la Corte Suprema", noticia del Diario El Comercio en la que se resalta que "medida involucra a 12 empresas del sector avícola y a su asociación", así como que la "sanción impuesta por INDECOPI asciende a S/. 4'320,000"<sup>(5)</sup>.

c) "Corte Suprema confirma cartel en precio del pollo", noticia del Diario Oficial El Peruano en la cual se señala que el precedente judicial fortalece "labor en beneficio de consumidores tras cerca de 14 años de largo proceso judicial"<sup>(6)</sup>.

d) "Tras 12 años dictan fallo contra avícolas", noticia del Diario Perú.21 en la que se califica como "insólito" que más de una década haya tomado a la Corte Suprema de Justicia de la República confirmar la sanción que impuso INDECOPI<sup>(7)</sup>.

e) "Concertación de precios en la congeladora", editorial del Diario Gestión en el cual se critica que "los juicios tardan años y, si no cuentan con cobertura mediática, se hacen eternos"<sup>(8)</sup>.

f) Comentario intitulado de Ivo Gagliuffi Piercechi sobre el anterior editorial en el que justifica la demora del proceso judicial por "la significativa carga de la prueba que enfrentan los órganos del Poder Judicial" y "la complejidad de la materia, por la intervención de análisis económicos sofisticados sobre mercados particulares"<sup>(9)</sup>.

g) "Divide y vencerás, la lucha contra la concertación de precios", artículo de opinión de Víctor Robles en el cual se sostiene que "la dificultad de la determinación de la concertación basada en pruebas materiales, junto con los bajos costos de la penalidad ajustada por los años de demora en el Poder Judicial, indican la existencia de vacíos procesales que pueden ser aprovechados para suavizar el efecto pecuniario de las multas"<sup>(10)</sup>.

### IV. LOS TEMAS JURÍDICOS DE INTERÉS

Hay tres temas que son de nuestro especial interés, a propósito de la sentencia examinada, cuales son los siguientes:

- a) La actuación del Estado en la economía.
- b) El INDECOPI y la regulación económica.
- c) La concertación de precios.

Dejamos asentado que no abordamos en el presente trabajo, desde la perspectiva del

Derecho Administrativo sancionador, las implicancias de las sanciones impuestas, lo que ameritaría un análisis compartido de cuestiones penales y administrativas, que hoy en día gozan de relevancia para la actividad empresarial<sup>(11)</sup>.

### V. LA ACTUACIÓN DEL ESTADO EN LA ECONOMÍA

"El comercio -escribe Néstor Deppeler- es la vida misma"<sup>(12)</sup> y es que resulta tan antiguo como la propia humanidad; así pues sus orígenes se pierden en el tiempo, lo que demandó desde entonces la atención del Derecho a través de novísimas regulaciones jurídicas que captasen los usos comerciales. En este sentido, hacemos nuestra la explicación de Cristian Gimenez Corte cuando señala: "Durante la Edad Media se desarrollaron en las principales ciudades europeas ciertos usos y costumbres dentro de la comunidad de comerciantes -principalmente italianos, hanséaticos, franceses, holandeses y también españoles- que concurrían a las ferias y mercados a intercambiar bienes. Ante la dificultad de aplicar el viejo Derecho Romano, rígido y no muy conocido, o el Derecho Canónico, que no había sido desarrollado para regular el comercio, y ante los problemas que surgían en la aplicación de los diferentes Derechos locales de los diversos mercaderes de diferentes ciudades, los mismos comerciantes, de forma relati-

(4) Cfr. Semana Económica. Lima, 14 de diciembre del 2010, <http://blogs.semanaeconomica.com/blogs/prohibido-prohibir/posts/gallina-vieja-da-buen-caldo-el-final-feliz-de-la-concertacion-de-precios-del-pollo>

(5) Cfr. Diario El Comercio. Lima, 16 de diciembre del 2010, [http://elcomercio.pe/economia/685131/noticia-multa-concertar-precios-pollo-fue-ratificada-corte-suprema\\_1](http://elcomercio.pe/economia/685131/noticia-multa-concertar-precios-pollo-fue-ratificada-corte-suprema_1)

(6) Cfr. Diario Oficial El Peruano. Lima, 16 de diciembre del 2010, <http://www.elperuano.pe/Edicion/noticia.aspx?key=E/iLkV+dve8=>

(7) Cfr. Diario Perú.21. Lima, 16 de diciembre del 2010, <http://peru21.pe/impresanoticia/12-anos-dictan-fallo-contravavicolas/2010-12-16/292356>

(8) Cfr. Diario Gestión. Lima, 21 de diciembre del 2010, <http://gestion.pe/impresanoticia/concertacion-precios-congeladora/2010-12-21/26594>

(9) Cfr. Diario Gestión. Lima, 22 de diciembre del 2010, <http://gestion.pe/impresanoticia/comentarios-sobre-nuestro-editorial-anterior-concertacion-precios-congeladora/2010-12-22/26651>

(10) Cfr. Diario Gestión. Lima, 29 de diciembre del 2010, <http://gestion.pe/impresanoticia/divide-venceras-lucha-contraconcertacion-precios/2010-12-29/26937>

(11) Cfr. SANTISTEVAN DE NORIEGA, Jorge. "Responsabilidad extracontractual derivada de conductas anticompetitivas: tipicidad, antijuridicidad y calificación previa por parte de la Administración". En: Revista de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Lima, INDECOPI, 2008, N° 6, ps. 89 a 148; SÁNCHEZ MERCADO, Miguel Ángel. "Actividad empresarial y Derecho Penal. La concurrencia de sanciones penales y administrativas". En: Revista de Derecho, Empresa & Negocios. Lima, Escuela Superior de Derecho, Empresa & Negocios (ESDEN), enero-abril del 2008, Año 1, N° 3, ps. 183 a 187; y RAMÍREZ LUNA, César. "De la administrativización a la despenalización de algunos delitos contra el orden económico". En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa (Derecho Penal y Empresa). Lima, Editorial Asesorandina, s/f. N° 68, ps. 91 a 103, a texto completo on line en: <http://www.teleley.com/revistaperuana/4ramirez-68.pdf>

(12) DEPPERLER, Néstor. Contratos comerciales de servicios. Buenos Aires, Editorial Legis Argentina, 2005, p. 17.

vamente espontánea, a través de prácticas reiteradas fueron creando usos jurídicos que regulen sus transacciones. Estos usos generalmente eran aplicados, en caso de conflictos, por tribunales especiales constituidos en las mismas ferias. Estos resolvían los problemas de forma rápida y flexible, aplicando los usos que, en general, establecían principios de informalidad de los actos o la confianza en la palabra y la buena fe. Se denominó al conjunto de usos, costumbres y principios propios de los comerciantes *ius mercatorum*. La ley de los mercaderes constituía un Derecho común a todos los comerciantes, sin importar la nacionalidad o el domicilio, adquiriendo con ello una incipiente universalidad y haciéndose cosmopolita<sup>(13)</sup>.

El Derecho Comercial no es más que la regulación jurídica del comercio, por lo que aprehende figuras de origen económico con el propósito de brindarles un tratamiento jurídico; he ahí, por cierto, su naturaleza compleja que, en no pocas ocasiones, es difícil de entender. Y la complejidad es mayor cuando el propio comercio empieza a bifurcarse en dos variantes: por un lado, el comercio interior y, por otro lado, el comercio exterior. La globalización, hartamente desarrollada hoy en día, abona a favor de esta dicotomía y, a la vez, los aleja y los acerca. ¿El efecto? Pues la irremediable convivencia de una copiosa legislación en materia de comercio interior y exterior que hasta ahora no ha sido abordada de modo integral, orgánico y unitario.

Como bien acota José Miguel Embid Irujo: "La complejidad normativa del Derecho Mercantil contemporáneo trae consigo, desde luego, la existencia de diversos estratos o capas en el seno de la disciplina jurídica, así como la convivencia de principios inspiradores no siempre compatibles entre sí. No es ajena a dicha complejidad la existencia de una pluralidad de instancias normativas competentes a la hora de formular el nuevo Derecho Mercantil: no sólo el Estado nacional, autor exclusivo de las normas mercantiles en la etapa codificadora, sino también organizaciones supranacionales o entidades de dimensión inferior, resultan competentes en la actualidad para configurar aspectos, cuando menos parciales, de nuestra disciplina"<sup>(14)</sup>.

Organizaciones supranacionales y entidades de dimensión inferior, al decir de José Miguel Embid Irujo, como la Organización Mundial del Comercio (OMC) y las cámaras de comercio, respectivamente, promueven el comercio tanto interior como exterior. Pero esa promoción, loable *per se*, lejos está de ofrecer un escenario de libre actuación, pues la amplísima regulación -existente desde hace décadas y que hoy se procura racionalizar<sup>(15)</sup>- es, paradójicamente, el principal obstáculo para el comercio. Se trata de hallar el justo medio aristotélico para no arribar a una liberalización a ultranza del comercio (donde no existan reglas mínimas) ni a una economía planificada (en la que se carezca de libertades).

La relación del Estado con la Economía se ha manifestado a través de tres modelos económicos: la economía planificada (en un extremo), el libre mercado (en el otro extremo) y la economía social de mercado (entre ambos). El modelo de la economía planificada<sup>(16)</sup> ve al Estado como un interventor, en tanto sólo él sabe lo que conviene al mercado y, así, por ejemplo, determina los precios de los productos. Por su parte, el modelo del libre mercado<sup>(17)</sup> no ve al Estado (o, mejor dicho, no lo quiere ver), prescindiendo de éste y aplicando la máxima francesa originaria del siglo XVIII *laissez faire, laissez passer* (dejar hacer, dejar pasar). Finalmente, el modelo de la economía social de mercado<sup>(18)</sup> sí ve al Estado, mas no como un interventor, sino como un árbitro que regula las conductas empresariales, propiciando la competencia para conseguir -al decir de Bernardo Kliksberg<sup>(19)</sup>- "una economía con rostro humano".

La economía social de mercado -que nació en los años 30 del siglo pasado, entre los economistas de la Escuela de Friburgo, como Alexander Rüstow- constituye hoy en día el modelo económico más extendido entre los países en vías de desarrollo y con mayor proyección a nivel mundial. El Perú no escapa a esta situación, recogéndola en su texto constitucional cuando en el artículo 58 estipula: "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".

Desde su consagración constitucional, la economía social de mercado ha encontrado sustento en el régimen de la libre competencia, el mismo que es resultado de la interacción entre los agentes económicos quienes, en ejercicio de su libertad, establecen -de acuerdo a sus propios intereses- las reglas de juego que los regirán en adelante. Su elemento fundamental viene dado por la "libertad" de decisión de aquellos que participan en el tráfico económico, por lo que la elección tanto del productor (ofertante) como del consumidor (demandante) son inseparables y de ellas depende, en gran medida, que se logre una asignación adecuada de recursos en la economía que mejore el bienestar de la sociedad en su conjunto<sup>(20)</sup>.

En este orden de ideas, la competencia en los mercados se constituye en un bien jurídico de significación positiva, sustrato máximo del bienestar económico en general. En atención a esto último, radica la necesidad de su protección legal que, en nuestro país, haya asidero normativo en el artículo 61 primer párrafo de la Constitución Política del Estado donde se prescribe: "El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes. Ninguna ley ni concertación puede autorizar ni establecer monopolios".

(13) GIMENEZ CORTE, Cristian. "Los usos comerciales y el Derecho de fuente convencional en el MERCOSUR". En: Derecho Mercantil Contemporáneo. Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2005, Tomo I, p. 59 y 60.

(14) EMBID IRUJO, José Miguel. "Mercado y Derecho Mercantil". En: Código de Comercio y Normas Complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial. Buenos Aires, Editorial Hammurabi, agosto del 2005, Tomo I, p. 161.

(15) En Argentina, por ejemplo, se vislumbraba en 1988 el contexto ideal donde el comercio esté sujeto "a una regulación jurídica homogénea", se conduzca "mediante un único instrumento monetario", el tráfico interior "esté libre de gravámenes fiscales", los tributos "sean uniformes en todo el territorio", etc. Cfr. "El modelo constitucional de integración económica". En: Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1988, segunda época, N° 26, p. 8.

(16) Cfr. CARR, Edward Hallet. Historia de la Rusia Soviética. Bases de una economía planificada. Madrid, Editorial Alianza, 1984.

(17) Cfr. VILLARREAL, René. Hacia una nueva economía de mercado. México, Editores Castillo, 1998.

(18) Cfr. Diplomado Latinoamericano en Economía Social de Mercado. Santiago de Chile, Universidad Miguel de Cervantes, 2005.

(19) Cfr. KLIKBERG, Bernardo. Hacia una economía con rostro humano. Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2002.

(20) Cfr. Resolución N° 068-96-INDECOPI-CLC, de fecha 17 de septiembre de 1996: "Fijación de sueldos mínimos para profesionales".

## VI. EL INDECOPI Y LA REGULACIÓN ECONÓMICA

Al decir del organismo gubernamental regulador de la libre competencia en el Perú, esto es el INDECOPI, "los precios determinados competitivamente tienden a ser los correctos y la libre concurrencia en los mercados es la fuerza impulsadora de la economía"<sup>(21)</sup>. Queda claro, entonces, que la competencia como categoría jurídica no es un fin en sí mismo cuya protección se da *per se*, sino que su existencia se justifica en tanto y en cuanto tutela o garantiza el interés económico general. Siguiendo este razonamiento, la determinación de su infracción debe darse sin perder de vista la necesaria consecuencia negativa para el sistema económico en general, proveniente de la conducta del agente. Sin perjuicio de lo anteriormente expuesto, el ideal de competencia perfecta termina siendo sólo un ideal pues no existe el mercado perfecto con un elevado número de ofertantes y de demandantes, con productos homogéneos, sin barreras de entrada y/o de salida y sin intervención estatal. Al contrario, son usuales los casos en los existen conductas disfuncionales del mercado, tales como: prácticas colusorias (verticales u horizontales), abuso de posición de dominio y falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

De las tres figuras mencionadas, el abuso de posición de dominio ha recibido la mayor atención por parte de la doctrina. Parafraseando el artículo 86 del Tratado de Roma de la Comunidad Económica Europea y el artículo

4 de nuestra anterior Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia<sup>(22)</sup> diremos que la posición de dominio en el mercado es definida usualmente como la capacidad que posee una empresa o varias empresas para actuar de manera independiente y con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

Sin embargo, como bien observan María del Rosario Quiroga Glave y Miguel Rodríguez Zevallos, "las expresiones *independiente y prescindencia* aluden a una empresa absolutamente omnipotente en el mercado, situación extrema y, por ello, muy difícil de darse en la realidad y probarse en la práctica"<sup>(23)</sup>. Su explicación es la siguiente: "En relación a los competidores, para que una empresa pueda actuar con prescindencia de ellos tendría que ser monopólica. En cuanto a los compradores o clientes, para ser independiente respecto de ellos tendría que tratarse de un producto que enfrenta una demanda casi totalmente inelástica. Y, finalmente, para prescindir de sus proveedores tendría que ser un monoposonio. Es sumamente difícil que una empresa presente esas condiciones"<sup>(24)</sup>.

Lo que debe quedar en claro es que la vigente Constitución Política del Perú no es sólo una *Constitución Política* sino también una *Constitución Económica*<sup>(25)</sup>, sustentada en la impronta mercantilista propiciada por el texto constitucional español de 1978 y promovida en el Perú en los años 90 del siglo pasado por Carlos Torres y Torres Lara. Basta revisar el abanico cons-

titucional-económico de reglas fundamentales (recogidas en el Título III, Del régimen económico; Capítulo I, Principios generales; entre los artículos 58 al 65), tales como la libertad de empresa, la subsidiariedad, la libertad de contratación y la protección al consumidor, para percibir que la Carta Magna está premunida de diversos conceptos empresariales. Éstos exigen un amplio enfoque, por lo que mal haríamos si los atendemos desde la perspectiva exclusiva y excluyente del Derecho, prescindiendo de la Economía<sup>(26)</sup> y el funcionamiento del propio mercado.

"La política de competencia busca proteger el proceso competitivo mismo, eliminando o evitando las restricciones que tiendan a obstaculizar su desarrollo", sostienen Alejandro Falla y Eduardo Quintana, para luego agregar que "la competencia es un mecanismo para lograr un asignación eficiente de recursos, dirigiéndolos de sus usos menos valiosos a los más valiosos"<sup>(27)</sup>. En ese sentido, para Sonia Cortés Zambrano "la intervención del Estado se valora en la medida en que promueve la igualdad real y efectiva entre los ciudadanos"<sup>(28)</sup>. En el modelo de la economía social de mercado -que rige actualmente en el Perú- la aludida intervención del Estado no es como jugador del partido sino como árbitro del mismo, ya que asume la función de regulador de los agentes económicos en el mercado, y lo hace a través del INDECOPI. Así, Alfredo

Quispe Correa se pregunta qué rol le compete al Estado, respondiendo que "su intervención en la economía es limitada y está signada por la adjetivación social que impregna su calificación, en busca de objetivos que no siempre pueden alcanzarse por el mercado"<sup>(29)</sup>.

Para Alfonso Miranda Londoño y Carlos Márquez Escobar "el nuevo papel del Derecho y del Derecho Público referido a la regulación económica principalmente, está dirigido a la eliminación de la excesiva reglamentación, a formar parte de los procesos de flujo de información, transmisión de conocimiento, descubrimiento y coordinación de los mercados, por medio de la libertad en lugar de la imposición", agregando que "el Derecho de la regulación podrá ser efectivo si evita la imposición de una idea irreal de lo que es el mercado competitivo, busca simplemente coordinar (equilibrar) y mejorar los procesos de información entre agentes del mercado"<sup>(30)</sup>.

Ciertamente hoy asistimos a una época que tiende a la desregulación jurídica del mercado, pero ello no supone de ninguna manera radicalizar el criterio y desaparecer al Estado. Algunos pretenden justificar su actuación irrestricta a través del derecho constitucional a la libertad de empresa, creyendo equivocadamente que dicha libertad significa que el empresario no tiene límites en su actuación en el mercado; confun-

(21) Ídem.

(22) Perú. Ley de eliminación de las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia. Aprobada mediante Decreto Legislativo N° 701 publicado en el Diario Oficial El Peruano el 7 de noviembre de 1991.

(23) QUIROGA GLAVE, María del Rosario y RODRÍGUEZ ZEVALLOS, Miguel. La concentración de empresas y la libre competencia. Lima, M.J. Bustamante de la Fuente y Cultural Cuzco Editores, agosto de 1997, p. 58.

(24) Ídem.

(25) Gaspar Ariño Ortiz dice que "se entiende por Constitución económica el conjunto de principios, criterios, valores y reglas fundamentales que presiden la vida económica-social de un país según un orden que se encuentra reconocido en la Constitución". Cfr. ARINO ORTIZ, Gaspar. Economía y Estado. Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1993, p. 103.

(26) "«Un magistrado del Tribunal Constitucional que no conoce de economía es un enemigo público» comentó el Decano del Colegio de Abogados del Perú, Walter Gutiérrez Camacho, al mostrar su preocupación por la inseguridad jurídica que generan las «inconsistencias» de los fallos de ese organismo". Cfr. "Un magistrado puede ser un enemigo público". En: Diario Gestión. Lima, 19 de marzo del 2010, p. 6.

(27) FALLA, Alejandro y QUINTANA, Eduardo. "Construyendo una estrategia común: el Derecho de la Competencia en la Comunidad Andina". En: Revista Thémis. Lima, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, s/f, N° 47, p. 176.

(28) CORTÉS ZAMBRANO, Sonia. "El Estado, la Constitución y la economía de mercado". En: Revista Virtual Vía Inveniendi et Ludiandi. Bogotá, Universidad Santo Tomás, 2009, N° 4, p. 41.

(29) QUISPE CORREA, Alfredo. La Constitución Económica. Lima, s/e, 2007, segunda edición, p. 18.

(30) MIRANDA LONDOÑO, Alfonso y MÁRQUEZ ESCOBAR, Carlos. "Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación". En: Revista Universitas. Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, diciembre del 2004, N° 108, p. 114.

den pues "libertad" con "libertinaje", más aún cuando el Derecho ampara la libertad pero no el libertinaje. La libertad sí tiene límites porque son estos límites precisamente el fundamento de su existencia, ya que si no existieran límites esa libertad sería irreal en tanto la actuación de unos impediría la actuación de los otros.

Aquí es menester citar a Eugenio D' Medina para quien "la libertad económica, que es la contraparte de las libertades política y cultural, es una libertad en sentido cívico". Este autor explica: "[la libertad económica es] una libertad siempre acotada por el marco de la ley y que, por ello, no puede vulnerar derechos ni privilegiar acciones individuales que atenten contra la ley. La libertad, al igual que la democracia, debe tener límites en algo muy concreto: las reglas de juego sociales. Estas reglas de juego deben estar plasmadas en el marco legal, pero además deben ser de carácter general, para evitar excesivos privilegios, por un lado, y de carácter más o menos permanente, para evitar normas con nombre propio, por otro"<sup>(31)</sup>.

Por nuestra parte hemos desarrollado ampliamente los límites que presenta la libertad de empresa<sup>(32)</sup> y que han sido incluso recogidos por sendas sentencias del Tribunal Constitucional. Por ejemplo: la STC de fecha 11 de julio del 2005 recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC señala que "el ejercicio del derecho a la libertad de empresa... ha de hacerse con sujeción a la ley y, por ello, dentro de las limitaciones básicas que se derivan de la seguridad, la higiene, la salud, la moralidad o la preservación del medio ambiente". Téngase en consideración, además, que la libertad de empresa está sometida tanto

a condicionamientos necesarios (como la inscripción registral de la constitución de una sociedad anónima) como a delimitaciones (como no atentar contra la seguridad pública), esto a propósito de la STC de fecha 16 de noviembre del 2007 recaída en el Expediente N° 1972-2007-AA/TC. Asimismo, en relación a la STC de fecha 18 de marzo del 2009 recaída en el Expediente N° 04466-2007-PA/TC, es de precisar que la regulación estatal no supone la vulneración del derecho a la libertad de empresa, ya que de ser así ello conllevaría, por ejemplo, a que no pueda exigirse el capital mínimo de los bancos o las provisiones de las administradoras privadas de fondos de pensiones o, por último, la licencia de funcionamiento de un local comercial.

No dejemos de lado el valor de la igualdad ante la ley, que también justifica la regulación económica del mercado por parte del Estado que, en nuestro país, se canaliza -reiteramos- por medio del INDECOPI. Carlos Alberto Montaner es claro al escribir que "la lucha por la igualdad ante la ley, consagrada en todos los textos legales desde las revoluciones liberales del siglo XVIII, se ha ido depurando y refinando, y hoy, tácitamente, incluye también el derecho que tiene el consumidor a ser tratado con equidad, y sin sufrir el agravio comparativo de que otra persona posea privilegios que a él le son negados, como obligarnos a pagar unos precios más elevados por las cosas o los servicios en beneficio de quien ha conseguido esa ventaja"; luego se pregunta "¿cuál es el precio justo, el que no ofende a nadie, el que no enmascara un privilegio?", respondiéndose que "es el que determina un mercado libre al que todos puedan concurrir sin ventajas artificiales"<sup>(33)</sup>.

## VII. LA CONCERTACIÓN DE PRECIOS

Gonzalo Tamayo sostiene que "lo que se trata de hacer a través de la concertación es alterar las condiciones de funcionamiento de la economía de mercado a través de la neutralización de la presión competitiva"<sup>(34)</sup>. Queda claro que se entiende por concertación de precios<sup>(35)</sup>, más no cómo debe actuar el Derecho frente a ella. En este orden de ideas, el Derecho de la Competencia ha sido escenario de un arduo debate respecto al sistema al cual se acoge en el Perú, exponiéndose dos alternativas, conocidas como "la regla *per se*" y "la regla de la razón".

En palabras de Ivo Gagliuffi Piercechi, "según la regla *per se*, una concertación de precios es ilegal por sí misma, de manera absoluta y automática, sin importar su idoneidad o no, o si produjo o no efectos perjudiciales en el mercado, motivo por el cual siempre será sancionable... [mientras que] la regla de la razón... no juzga de manera automática a una concertación de precios como ilegal, sino que analiza la racionalidad (sic) de la práctica, es decir, si la misma afecta o no la eficiencia y la competencia o si es beneficiosa para éstas"<sup>(36)</sup>.

Para analizar los casos de prácticas restrictivas de la competencia en la modalidad de concertación de precios, el INDECOPI estableció como pauta rectora la regla *per se* y lo hizo precisamente en el caso de las avícolas mediante la Resolución N° 276-97-TDC en calidad de precedente de observancia obligatoria. Posteriormente, habría cambiado de criterio en el caso del Seguro Obligatorio contra Accidentes de Tránsito (SOAT), a través de la Resolución N°

0224-2003/TDC-INDECOPI, también con calidad de precedente de observancia obligatoria y que asumiría la regla de la razón. Veamos la normatividad en el Perú.

La primera norma legal sobre libre competencia que se dictó en nuestro país fue el Decreto Legislativo N° 701, intitulado Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, que data de 1991, en cuyo artículo 6 se estableció cuáles eran las prácticas restrictivas de la libre competencia, subsumiéndose en el inciso a) "la concertación injustificada de precios u otras condiciones de comercialización". De acuerdo a dicha norma se entendía que no bastaba la concertación de precios, sino que ésta debía ser injustificada, por lo que *contrario sensu* sería admisible la concertación justificada de precios.

Es más, en el artículo 7 de la norma aludida se estipuló que la Comisión Multisectorial de la Libre Competencia del INDECOPI podría autorizar "los acuerdos, decisiones, recomendaciones, prácticas concertadas o actuaciones paralelas" cuando contribuyan a mejorar la producción o comercialización de bienes y servicios (inciso a), tengan por objeto proteger o promover la capacidad exportadora nacional (inciso b), tengan por objeto la adecuación de la oferta a la demanda (inciso c) o produzcan una elevación suficientemente importante del nivel de vida de zonas geográficas o sectores económicos deprimidos (inciso d). Mediante este dispositivo jurídico se había regulado el marco normativo que permitía, aunque de modo excepcional, las autorizaciones gubernamentales para la concertación de precios.

(31) D'MEDINA, Eugenio. "Democracia y libertad: ¿amigos o enemigos?". En: Revista de Economía y Derecho. Lima, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2008, Volumen 5, N° 20, p. 59.

(32) Cfr. ECHAIZ MORENO, Daniel. "La libertad de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional". En: Gaceta Constitucional. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, diciembre del 2009, Tomo 24, ps. 351 a 361.

(33) MONTANER, Carlos Alberto. "El comercio libre, los precios y los derechos de los consumidores". En: Revista de Economía y Derecho. Lima, Sociedad de Economía y Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2004, N° 4, p. 9.

(34) Cfr. "La sinrazón de la concertación". En: Revista G de Gestión. Lima, Editorial Amauta, enero del 2011, N° 2, p. 10.

(35) Cfr. MAC DONALD, Andrea Fabiana. "Análisis económico y jurídico de la discriminación de precios en el marco de la competencia". En: Revista de Derecho Comercial. Buenos Aires, <http://www.derecho-comercial.com/Doctrina/afmd-01.pdf>

(36) GAGLIUFFI PIERCECHI, Ivo. "Regla *per se* vs. Regla de la razón. ¿Cambio o creación de criterio?". En: Legal Express. Lima, Editorial Gaceta Jurídica, agosto del 2003, N° 32, <http://www.gacetajuridica.com.pe/boletin-nvnet/set03/boletin16-09.htm#Comentario>



Este artículo 7 tuvo corta vida legislativa pues fue derogado en 1994 con la dación del Decreto Legislativo N° 788, intitulado Ley de Reorganización del INDECOPI. Ya no cabían entonces las excepcionales autorizaciones gubernamentales para la concertación de precios.

Algo similar sucedió en 1996 con el Decreto Legislativo N° 807, titulado Ley sobre Facultades, Normas y Organización del INDECOPI, que modificó el citado artículo 6 inciso a), siendo el nuevo texto así: "La fijación concertada entre competidores de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio". Con esta redacción se penalizaba la concertación de precios, sin importar que sea o no justificada.

Todo este escenario resultó propicio para que, en 1997, el INDECOPI manifestase en su Resolución N° 276-97-TDC-INDECOPI el precedente de observancia obligatoria según el cual "las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla *per se*", agregando que "la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista", de modo que "para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados".

Sin embargo, en todo este tiempo se encontraba vigente el artículo 3 de la aludida Ley contra las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia, según el cual "están prohibidos y serán sancionados... los actos o conductas relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general,

en el territorio nacional". Por ello, el INDECOPI, en su Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI expedida en el 2003, establece como precedente de observancia obligatoria que "la calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado", añadiendo que "la capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701". Con este texto algunos sostienen que se abandonó la regla *per se* para adoptar la regla de la razón.

Por nuestra parte somos de la opinión que el Derecho de la Competencia en el Perú adopta la regla *per se*, aunque ésta admite matices que se nutren de la regla de la razón. Es que no podemos (ni debemos) reducir la discusión a la simple dicotomía "blanco o negro", sino por el contrario comprender la realidad empresarial y establecer la regla más sus excepciones. Consideramos que rige la regla *per se* por los siguientes fundamentos:

a) La derogatoria del artículo 7 del Decreto Legislativo N° 701 no permite que el INDECOPI autorice siquiera excepcionalmente la concertación de precios, como originalmente sí se encontraba facultado.

b) La modificación del artículo 6 inciso a) del Decreto Legislativo N° 701, de acuerdo al cual se penaliza la concertación de precios, sin importar que sea o no justificada. La supresión del término "injustificada" no es gratuita ni debe verse como algo desdeñable, ya que entonces no tendría sentido por qué se le elimina para el mencionado artículo 6 inciso a) y se le mantiene para el artículo 5 inciso a) cuando se refiere a "la negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra de productos del mercado local" como caso de abuso de posición de dominio.

c) El precedente de observancia obligatoria expuesto en la Resolución N° 276-97-TDC-INDECOPI, según el cual la concertación de precios debe sancionarse atendiendo a la regla *per se*.

Se argumentará en contra de lo manifestado en las anteriores líneas que el citado artículo 3 *in fine* del Decreto Legislativo N° 701 se refiere a los perjuicios que se generen al interés económico general. No obstante, téngase en cuenta lo siguiente:

a) Estaría prevaleciendo la interpretación literal sobre otras interpretaciones igualmente válidas, como la sistemática (porque la misma norma contiene un artículo cuyo texto se ha modificado, eliminándose la palabra "injustificada" para referirse a la concertación de precios) y la histórica (puesto que en su Exposición de Motivos se adujo que "la concertación de precios es *per se* ilegal"), más aún cuando, como explica Gianella Bardazano Gradin, "continuar atados a la interpretación literal, tradicionalmente entendida, es signo de una cultura jurídica que sigue apoyándose en los dogmas de la exégesis, de la aplicación mecánica de las normas y de la subsunción, y muy poco en los paradigmas teóricos del siglo XX"<sup>(37)</sup>.

b) El artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 prescribe en su primer párrafo que "se entiende por prácticas restrictivas de la libre competencia los acuerdos, decisiones, recomendaciones, actuaciones paralelas o prácticas concertadas entre empresas que produzcan o puedan producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia". Se aprecia entonces que los efectos no son necesariamente reales (que produzcan) sino, incluso, potenciales (que

puedan producir) y ello debido a que el interés económico general podría enfocarse de modo concreto (la afectación real) como también de modo abstracto (la afectación potencial).

c) El propio precedente de observancia obligatoria expuesto en la Resolución N° 0224-2003/TDC-INDECOPI precisa que "la fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia", por lo que "para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención", cuales son: que procure el mejoramiento de la producción o la distribución de los productos o el fomento del progreso técnico o económico, que sea el único mecanismo para alcanzar dichos beneficios y que no facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan. Entiéndase, por consiguiente, que la concertación de precios es *per se* ilegal, salvo que se cumplan copulativamente los requisitos de exención que, por ser tan extremos, difícilmente se cumplirán.

d) Para Marcelo Celani, "el interés económico general está ligado al excedente total que genera una sociedad, dadas ciertas condiciones de costos, información y asignación de recursos. Maximizar el interés general... es maximizar el excedente potencial y ello se logra a través de la corrección de los factores que limitan la competencia"<sup>(38)</sup>. Este interés económico general

(37) BARDAZANO GRADIN, Gianella. "El lugar de la interpretación literal en la decisión judicial". En: Revista de Derecho Penal. Montevideo, Editorial Jurídica de la Fundación de Cultura Universitaria, 2004, N° 14, 237. Cfr. a texto completo on line en: <http://www.pensamientopenal.com.ar/04092007/doctri02.pdf>

(38) CELANI, Marcelo. Política de competencia. Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), octubre del 2003, p. 78.



termina siendo indefinido<sup>(39)</sup> porque, al decir de Germán Coloma, "por un lado, permite abastecer a grupos de compradores que no estarían dispuestos a adquirir el producto si el vendedor suministrara todas las unidades al mismo precio promedio; por otro lado, hace que, en general, los compradores abonen precios marginales diferentes y que, por lo tanto, no todas las unidades vayan a los compradores que las valoran relativamente más"<sup>(40)</sup>.

e) Atendiendo al Derecho argentino en materia de libre competencia, Germán Coloma predice que "los carteles explícitos son ilegales puesto que siempre generan un perjuicio al interés económico general"<sup>(41)</sup>. Concordamos con esta opinión, no obstante -en honor a la verdad- habrá que agregar que las coincidencias o similitudes de actuación de los agentes económicos en el mercado no podrá sancionarse como un atentado a la libre competencia, siendo necesario entonces probar la concertación de precios (este criterio rige independientemente que se adopte la regla per se o la regla de la razón). Así lo entendió la jurisprudencia chilena cuando sentenció en el caso de los combustibles, en el 2005, al sostener: "la circunstancia de que las estaciones de servicios, de una u otra compañía, tengan precios muy similares en cada una de las distintas zonas geográficas del país, y que evolucionen de forma similar, no es algo novedoso o sospechoso, ya que los combustibles líquidos, en

este caso las bencinas, son un producto homogéneo que los consumidores identifican como tal, resultando muy difícil que existieran precios sustancialmente distintos entre una y otra estación de servicio, aunque se encuentren alejadas geográficamente una de otra"<sup>(42)</sup>.

Finalmente, es de señalar que la normatividad vigente en materia de libre competencia en el Perú se encuentra consagrada en el Decreto Legislativo N° 1034, intitulado Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, sancionado en el 2008. Ahí se regulan las conductas anticompetitivas de prohibición absoluta (artículo 8) y de prohibición relativa (artículo 9), de modo que para las primeras "es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta", mientras que para las segundas "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", acogiendo entonces la regla per se y la regla de la razón, respectivamente. La concertación de precios es, en virtud del artículo 11.2 inciso a), una prohibición absoluta, siempre que no se trate de un acuerdo complementario o accesorio a otro acuerdo lícito. Esto significa que si la concertación de precios es el acuerdo principal se aplica la regla per se, pero si dicha concertación de precios es un acuerdo complementario o accesorio a un acuerdo lícito se aplica la regla de la razón.

## VIII. CONCLUSIONES

Como bien expresa Alfredo Bullard Gonzáles, "la justificación al rol del Estado en el combate de las concertaciones de precios no se encuentra en acabar con las empresas grandes o en someterlas al Estado. Tampoco se encuentra en regular y controlar precios o en reducir los índices inflacionarios. Se encuentra, en realidad, en devolver al consumidor el protagonismo que le corresponde: el de elegir y, eligiendo, participar en el proceso de formación de precios"<sup>(43)</sup>.

La transparencia en el mercado es, actualmente, una bandera que debe agitarse sin aspaviento. Resulta consustancial al desenvolvimiento de la actividad empresarial. Los agentes económicos sabrán acoplar su comportamiento, cada vez de mejor manera, sin perjudicar a los consumidores. Todos los grupos de interés merecen la atención del Derecho y, por igual, la salvaguarda precisamente de sus intereses. Así como el empresario tiene

el derecho a que no le impidan ilegalmente el acceso al mercado, también tiene la obligación de no acordar la concertación de los precios. Véase entonces que la competencia es, a la vez, un derecho y un deber: un derecho que se cautela, por ejemplo, con los derechos antidumping, y un deber que impide la concertación de los precios.

Concordamos en líneas generales con la sentencia sub-examine y aplaudimos que el Poder Judicial haya demostrado su apego al Derecho, mediante un pronunciamiento que se ajusta a la doctrina, la legislación y la jurisprudencia de la materia. Sin embargo, sería meritorio que los fallos no se consigan tan tardíamente, para evitar largos litigios que dejan latente por largo tiempo las incertidumbres jurídicas o los conflictos legales. Algunos dirán "la justicia tarda pero llega"; nosotros preferimos decir "justicia que tarda no es justicia" ya que "no hay mal que dure 100 años, ni cuerpo que lo resista".

(39) Al decir de José Ortiz Díaz, "la clásica, indeterminada, universalista y abstracta función de los fines estatales, tales como el bien común, el interés público y las necesidades públicas se concretizan en la actualidad, en una grandísima parte, en la satisfacción de los derechos humanos y las libertades positivas de la persona. Objetivos primordiales de las Administraciones Públicas, en nuestro tiempo, deben ser precisamente la concreta satisfacción de los derechos y libertades fundamentales. Misión del Derecho Administrativo será garantizar efectivamente tal satisfacción". Cfr. ORTIZ DÍAZ, José. "Estado Constitucional y Derecho Administrativo", ponencia presentada al VIII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Sevilla, Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad de Sevilla, 2003, <http://congreso.us.es/cidc/Ponencias/momentos/joseORTIZ.pdf>

(40) COLOMA, Germán. Defensa de la Competencia. Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, s/f, p. 37.

(41) COLOMA, Germán. "La ley argentina de defensa de la competencia: cinco predicciones acerca de su aplicación". En: Portal UCEMA. Córdoba, Universidad de UCEMA, s/f, <http://www.ucema.edu.ar/~gcoloma/predicciones.pdf>

(42) Cfr. "Pauta judicial. Sentencias. Comercial. 1) Libre competencia". En: Revista de Derecho de la Empresa. Santiago, Facultad de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez y Editorial Legis, enero-marzo del 2006, N° 5, p. 101.

(43) BULLARD GONZÁLES, Alfredo. "Las concertaciones de precios y la protección del consumidor". En: Portal Legal Teleley. Lima, Estudio Torres y Torres Lara Abogados, s/f, <http://www.teleley.com/contenlegal.php?idm=2331>