

CASOS LIBRE COMPETENCIA

PROGRAMA UC - LIBRE
COMPETENCIA

N°16 - OCTUBRE 2021

PERIODISTAS VS. GRUPO EL COMERCIO



FACULTAD DE DERECHO
PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE CHILE

Periodistas vs. Grupo El Comercio¹

1. RESUMEN DEL CASO.

El pasado 18 de noviembre de 2013 en Perú, ocho ciudadanos (2) interpusieron una demanda de amparo en contra del señor Agois Banchemo y las empresas Empresa Editora El Comercio y Servicios Especiales de Edición S.A.C. (en adelante, Grupo El Comercio o El Comercio). La demanda tiene como sustento fáctico el contrato de compraventa de acciones celebrado el 20 de agosto de 2013 por los demandados. El objeto de dicho contrato fue la transferencia del 54% de acciones de las empresas Empresa Periodística Nacional (en adelante, EPENSA) y Alfa Beta Sistemas (en adelante, ABS) a favor del Grupo El Comercio, adquiriendo de esta manera su control. (3)

El 25 de junio de 2021 se emitió la Resolución N°44, mediante la cual se declaró la nulidad del contrato de compraventa de acciones realizado entre Agois Banchemo y El Comercio por haber atentado contra la libertad de información y expresión. Si bien para la declaración de la vulneración a la libertad de expresión se recurrió a conceptos afines al Derecho de la Competencia, la libre competencia, como bien constitucionalmente protegido, tuvo una sección propia de evaluación.

Sin perjuicio de que la decisión considera que hubo una vulneración a la libertad de expresión e información, el análisis del artículo 61 de la Constitución Política del Perú (en adelante, la Constitución peruana), que consagra a la libre competencia como bien constitucionalmente protegido, tuvo un rol importante en la discusión. Por tanto, en las siguientes líneas se resumirá el razonamiento relativo al contenido constitucional de la libre competencia y el empleo de conceptos recurrentes en el Derecho de la Competencia para dilucidar controversias constitucionales y de Derechos Humanos.

a. Sobre la Libre Competencia en la Constitución peruana: supuesto general y especial

La Constitución peruana señala en el primer párrafo del artículo 61 lo siguiente:

Artículo 61.- Libre competencia

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.

(...)

Así, a nivel constitucional, se garantiza que la concurrencia de los agentes económicos se dé bajo tres condiciones. La primera, las empresas tienen derecho a la libertad de competencia, mientras que el Estado se encuentra en la obligación de facilitarla y vigilarla. La segunda, se prohíben las prácticas que limiten la libre competencia y aquellas que signifiquen un abuso de posición dominante o monopólica. Respecto a tales prácticas, el Estado tiene la obligación de combatirlos. La tercera, serán inconstitucionales aquellos monopolios que sean establecidos por ley o concertación.

El juzgado hace un esfuerzo por precisar el contenido y los alcances de la primera regla.

2 Los firmantes son Augusto Álvarez Rodrich, Luz Helguero Seminario, Miroslav Lauer Holoubek, Gustavo Mohme Seminario, Rosa Palacios Mc Bride, Fernando Valencia Osorio, Enrique Zileri Gibson y Mario Saavedra Pinón. Cabe indicar que los demandantes son personalidades reconocidas en el periodismo.

3 En la sentencia no se precisa si se trata de un control conjunto o exclusivo

Esto se debe a que, desde una interpretación literal, la Constitución peruana establecería como regla general la no prohibición de monopolios generados con base en el crecimiento del poder de mercado, y la existencia de empresas con posición de dominio, sin importar el nivel de concentración. Luego, se plantea la cuestión respecto al contenido de la obligación de facilitar y vigilar, ya que en el Perú hubo un enforcement predominante del control de conductas, toda vez que el control de estructuras estuvo limitado al sector eléctrico.

Sobre el particular, contraponen dos posturas de la academia del Derecho de la Competencia peruana. La primera postura, a la que el juez denomina “enfoque permisivo”, sostiene que la obligación del Estado se agota en garantizar el control ex post, es decir, la represión de conductas anticompetitivas. En contraste, el segundo enfoque admite que la libre competencia se protege también a través de un control ex ante, en otras palabras, el control de estructuras o control previo, cuyo propósito sería evitar los abusos de quienes ostentan dominancia o monopolio (4).

También, añade que la legitimación del control de estructuras se ha manifestado a través de la emisión del Decreto de Urgencia 013-2019, el cual fue sustituido por la Ley 31112, norma que establece el control previo de concentraciones empresariales y vigente a la fecha. Es así como arriba a la conclusión de que la obligación de facilitar y vigilar la libre competencia no solo se extiende a la represión de conductas anticompetitivas, sino también, al establecimiento de un control previo para evitar concentraciones que tengan por efecto disminuir, dañar o impedir la libre competencia.

En ese orden de ideas, el primer párrafo del citado dispositivo establece que el monopolio y la posición dominante no están exentas de control. Es más, la regla de permitir tales estructuras en todos los mercados no es un principio inderogable del modelo económico constitucional. La razón detrás de tal afirmación es que existen otros fines constitucionales que podrían limitar su ejercicio. Entonces, el Estado incumplió la obligación de vigilar y facilitar la libre competencia hasta la entrada en vigencia de la Ley 31112, ya que las organizaciones empresariales han ejercido sin restricción alguna el derecho a detentar una posición dominante. En consecuencia, la Constitución peruana no solo faculta, sino también, obliga al Estado a intervenir en el mercado para que las posiciones dominantes no afecten el ejercicio de otros derechos y libertades.

Después de haber precisado el alcance de la obligación de vigilar y facilitar la libre competencia, la cual no se agota con la represión de conductas anticompetitivas y que requiere de un control de estructuras, el juez opta por no utilizar el marco expuesto, sino, por el segundo párrafo del mencionado artículo. La opción es comprensible, no solo porque fue lo invocado por la parte demandante, sino, por la claridad de su texto:

Artículo 61.- Libre competencia

(...)

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**. [Énfasis agregado]

El juez plantea dos cuestiones. La primera relativa a la interpretación conjunta con el primer párrafo aplicable a todos los mercados en general, mientras que la segunda, para

4 Pese a que no se indica de forma expresa, la principal preocupación del juez es la generación de riesgos unilaterales.

determinar si el contrato de compraventa de acciones encaja dentro del supuesto de hecho de acaparamiento.

Sobre la interpretación conjunta de los dos párrafos, el juez señala que, si bien la regla general permite la existencia de monopolios, la norma especial es clara al prohibirlos. No cabe duda de que una estructura de mercado monopólica se encuentra proscrita y no admite justificación alguna.

Las dudas surgen respecto a los supuestos de “exclusividad” y “acaparamiento”. El primer párrafo hace mención a los conceptos de “dominio”, “monopolio”, “abusos” y “prácticas limitativas de competencia”, pero omite los señalados al inicio del párrafo. En contraste, el segundo párrafo no menciona ningún término vinculado con la posición de dominio.

A diferencia de la prohibición de estructuras monopólicas, a partir de una interpretación literal no cabría equiparar el término “acaparar” con “posición de dominio”. Es en este punto en el que los argumentos de ambas partes se contradicen de manera expresa. Para la parte demandante, los altos niveles de concentración en el mercado de prensa se asemejan a un “acaparamiento”, mientras que, para los demandados, “acaparar” significa retener, apropiarse u ocultar bienes con el fin de ser vendidos en otro momento.

Es así como surge la siguiente interrogante: ¿la regla especial aplicable a los mercados de prensa prohíbe la existencia de una estructura de firma dominante? Después de una interpretación histórica del citado dispositivo, el cual fue recogido de la Constitución Política de 1979 que la precedió, el juez concluye que “acaparar” es una conducta y no implica la existencia de una estructura de firma dominante. La Constitución de 1979 entró en vigencia en un contexto socioeconómico que admitía una economía basada en el control de precios, por lo que acaparar bienes tenía sentido, ya que el propósito del comportamiento era venderlos en un momento posterior a un precio mayor. Así, “acaparar” devino en un anacronismo jurídico y sin posibilidad fáctica de aplicación, salvo su empleo en el artículo 22 de la Ley 28212 (5).

Entonces, si la libre competencia, como bien constitucionalmente protegido, no prohíbe la existencia de estructuras con firmas dominantes en sus dos párrafos, ¿el contrato de compraventa de acciones fue constitucional? El juez responde de manera negativa, y señala que las concentraciones empresariales pueden ser analizadas desde el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional.

b. Sobre el impacto de los conceptos del Derecho de la Competencia en el Derecho Internacional de Derechos Humanos y el Derecho Constitucional

Como se advirtió al inicio del presente documento, no nos enfocaremos en el estándar de derechos humanos, sino, en la mención de términos afines al Derecho de la Competencia. Al respecto, señala que los monopolios y oligopolios en la propiedad de medios de comunicación es una violación a la libertad de expresión por vía indirecta cometida por los particulares. De esta manera, concluye que la posición dominante en los mercados de medios de comunicación afecta la libertad de información y expresión.

Para determinar la existencia de posición de dominio es necesario definir un mercado

5 “La radio y la televisión no pueden ser objeto de exclusividad, monopolio ni acaparamiento, directa ni indirectamente, por parte del Estado ni de particulares. Se considerará acaparamiento para efectos de la presente Ley el que una persona natural o jurídica, sea titular de más del treinta por ciento (30%) de las frecuencias disponibles técnicamente, asignadas o no, en una misma banda de frecuencia dentro de una misma localidad, para la radiodifusión televisiva y veinte por ciento (20%) para la radiodifusión sonora. Para efectos del cómputo del número de frecuencias, se considera como una sola persona jurídica, a dos o más personas jurídicas que tengan como accionista, asociado, director o gerente común a una misma persona natural o pariente de ésta dentro del segundo grado de consanguinidad”.

relevante, la cuota de participación en el mercado y las posibles barreras a la entrada. La sentencia trata los dos primeros superficialmente, mientras que las barreras a la entrada no fueron tomadas en cuenta para la delimitación de la dominancia. Entonces, es plausible sostener que se ha flexibilizado su análisis.

Ahora, la pregunta que el lector puede plantearse en este punto de la lectura es la siguiente: ¿puede un juez constitucional motivar su resolución con base en los conceptos desarrollados por el Derecho de la Competencia? A primera vista, la respuesta es positiva. No existe ninguna limitación que así lo establezca. Sin embargo, otra interrogante surge: ¿hasta qué punto se puede flexibilizar la aplicación de tales conceptos?

En suma, el segundo párrafo del artículo 61 debe ser interpretado en concordancia con la normativa internacional y la jurisprudencia nacional. Así, se llega a la conclusión de que en el Perú la mera ostentación de posición dominante en los mercados de prensa escrita afecta, indirectamente, el derecho a la libertad de expresión e información, y por ello, la libre competencia debe ceder a su favor.

2. CONCLUSIONES

A modo de conclusión, los puntos más importantes a considerar son los siguientes:

- i) La libre competencia, como bien constitucionalmente protegido, impone la obligación al Estado de mantener un régimen de control de estructuras y de conductas.
- ii) Es posible prohibir determinadas estructuras económicas en un texto constitucional.
- iii) La evaluación del impacto de las concentraciones empresariales no es de atención exclusiva del Derecho de la Competencia, sino también, de otras ramas, como el Derecho Constitucional e Internacional de Derechos Humanos.

3. FICHA JURISPRUDENCIAL.

ÓRGANO COMPETENTE	<ul style="list-style-type: none"> • Cuarto Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima.
TIPO DE ACCIÓN	<ul style="list-style-type: none"> • Acción de amparo.
CONDUCTA	<ul style="list-style-type: none"> • Adquisición de control de agentes económicos.
PARTES	<ul style="list-style-type: none"> • Demandantes: Ocho periodistas. • Demandados: Señor Agois Banchemo, Empresa Editora El Comercio y Servicios Especiales de Edición S.A.C.
ROL	<ul style="list-style-type: none"> • Case No. 4:20-cv-05640-YGR
N° SENTENCIA	<ul style="list-style-type: none"> • N° 44
FECHA	<ul style="list-style-type: none"> • 24 de junio de 2021
RESULTADO	<ul style="list-style-type: none"> • Se declara la nulidad del contrato de compraventa por vulnerar la libertad de expresión e información • Exhortación al Congreso de la República y al Poder Ejecutivo para dictar las medidas legislativas y demás procedimientos que fuesen necesarios para asegurar la libertad de expresión respecto a la concentración en todos los mercados de comunicación social, propiedad cruzada de medios, transparencia en la propiedad de los medios de comunicación y otros.
HECHOS	<ul style="list-style-type: none"> • El 20 de agosto de 2013 se celebró el contrato de compraventa entre el señor Agois - Banchemo y Empresa Editora El Comercio y Servicios Especiales de la Edición, mediante el cual se transfirió el 54% de acciones de las empresas EPENSA y ABS, lo cual generó que las adquiridas formen parte del grupo económico del adquirente.
MERCADO RELEVANTE	<ul style="list-style-type: none"> • Mercado de prensa escrita a nivel nacional.
TEORÍA DE DAÑO APLICADA POR LA AUTORIDAD	<ul style="list-style-type: none"> • No aplica.