

Deusto Estudios Cooperativos

Revista del Instituto de Estudios Cooperativos
de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto

N.º 20 (2022)

DOI: <https://doi.org/10.18543/dec202022>

El acto cooperativo frente a las normas sobre protección al consumidor y frente a la legislación sobre la libre competencia

Dr. Alonso Morales Acosta

doi: <https://doi.org/10.18543/dec.2578>

Recibido: 14 de octubre de 2022 • Aceptado: 18 de noviembre de 2022 • Publicado en línea: diciembre de 2022

Derechos de autor (©)

La revista *Deusto Estudios Cooperativos* es una revista de acceso abierto lo que significa que es de libre acceso en su integridad inmediatamente después de la publicación de cada número. Se permite su lectura, la búsqueda, descarga, distribución y reutilización legal en cualquier tipo de soporte sólo para fines no comerciales y según lo previsto por la ley; sin la previa autorización de la Editorial (Universidad de Deusto) o el autor, siempre que la obra original sea debidamente citada (número, año, páginas y DOI si procede) y cualquier cambio en el original esté claramente indicado.

Copyright (©)

The *Deusto Journal of Cooperative Studies* is an Open Access journal which means that it is free for full and immediate access, reading, search, download, distribution, and lawful reuse in any medium only for non-commercial purposes, without prior permission from the Publisher or the author; provided the original work is properly cited and any changes to the original are clearly indicated.

El acto cooperativo frente a las normas sobre protección al consumidor y frente a la legislación sobre la libre competencia

Dr. Alonso Morales Acosta¹

Abogado, Máster en Derecho Civil y Empresarial
Profesor Universitario (Universidad de Lima)
ama@tytl.com.pe

doi: <https://doi.org/10.18543/dec.2578>

Recibido: 14 de octubre de 2022
Aceptado: 18 de noviembre de 2022
Publicado en línea: diciembre de 2022

Sumario: 1. Introducción.—2. El acto cooperativo y el derecho del consumidor: 2.1. Finalidad del Derecho de Consumo; 2.2. Relación de Consumo; 2.3. Actos de las Cooperativas; 2.4. Posición de la Agencia de Competencia de Protección al Consumidor en el Perú (INDECOPI); 2.5. Posición del Autor.—3. El acto cooperativo y el derecho de la competencia: 3.1. La libre y Leal Competencia dentro de las Cooperativas; 3.2. Supuestos de Afectación a la Libre Competencia por una Cooperativa: 3.2.1. El Abuso de Posición de Dominio; 3.2.2. La concertación; 3.2.3. La Concentración; 3.3. Competencia Desleal.—4. A modo de conclusión.—Bibliografía.

Resumen: El presente artículo desarrolla los actos internos de las cooperativas en la esfera jurídica de las normas que protegen al Consumidor, la Libre Competencia y la Competencia Desleal. En un primer momento desarrolla los actos cooperativos en general, su relación con el derecho de consumo, la disquisición de si las cooperativas son proveedoras o no (analizando doctrina y criterios del INDECOPI), así como la posición de la agencia de competencia de protección al consumidor en el Perú. En un segundo momento el autor aborda el acto cooperativo y el derecho de competencia, analizando la libre y leal competencia dentro de las cooperativas (incluyendo afectación a la libre competencia) y los supuestos de competencia desleal en cooperativas.

Palabras clave: Actos internos, Consumo, Competencia Desleal.

¹ Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Magíster en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM). Estudios de Doctorado en Derecho Empresarial por la Universidad de Sevilla (España). Estudios de Postgrado en Derecho Administrativo y Regulación Económica por la Universidad de Salamanca (España). Profesor en la Universidad de Lima. Socio Principal y Líder del área de Protección al Consumidor del Estudio Torres y Torres Lara – Abogados.

Abstract: This article develops the internal acts of cooperatives in the legal sphere of the rules that protect the Consumer, Free Competition and Unfair Competition. At first, it develops cooperative acts in general, their relationship with consumer law, the disquisition of whether cooperatives are suppliers or not (analyzing doctrine and INDECOPI criteria), as well as the position of the competent agency for consumer protection in Peru. In a second moment, the author addresses the cooperative act and competition law, analyzing free and fair competition within cooperatives (including affectation of free competition) and the assumptions of unfair competition in cooperatives.

Keywords: Internal acts, Consume, Unfair Competition.

1. Introducción

El presente artículo trata sobre la vinculación que puede existir entre la regulación del Derecho del Consumidor y de la Competencia con respecto al Derecho Cooperativo, concretamente con el Acto Cooperativo. Luego del análisis se presenta nuestra posición sobre su aplicación en el ámbito Cooperativo.

Sobre el particular, el Acto Cooperativo ha sido recogido en nuestro país expresamente mediante la Ley 29683² (Ley que precisa los alcances de los artículos 3.º y 66.º del Decreto Legislativo N.º 85, Ley General de Cooperativas).

Posteriormente la segunda parte de la presente investigación versará sobre la relación entre Acto Cooperativo, Libre Competencia y Competencia Desleal.

Es importante tomar en cuenta que el Acto Cooperativo según la Ley 29683 cumple con las siguientes características:

1. **Es un acto interno**, es decir, la persona jurídica opera como una gran organizadora u operadora logística con la finalidad de brindar un servicio a sus socios. De allí que su operatividad se halle en el ámbito de las relaciones internas sin que la Persona Jurídica actúe con intereses económicos propios y diferentes al servicio de sus socios.
2. **Se da en cumplimiento de su Objeto Social**, pues los actos jurídicos con los socios deben hallarse encausados en el objeto que la Cooperativa ha previsto satisfacer a favor de ellos. En ese sentido, su actividad (actos reiterados o continuados) debe armonizar con el objeto previsto en el estatuto que en buena cuenta refleja la necesidad del socio y la finalidad de la Cooperativa.
3. **No tiene fin lucrativo**, en el sentido que es un servicio al costo prestado por la Cooperativa. En efecto, al ser los propios socios los clientes de la Cooperativa, lo lógico es que el precio asumido por el socio para mantener el servicio no incluya una utilidad, sino únicamente el costo de su prestación o el de su ampliación o el del perfeccionamiento del servicio.

² **Artículo 1. Actos cooperativos.** — Precisase que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo 85, Ley General de Cooperativas, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 074-90-TR, las cooperativas, por su naturaleza, efectúan actos cooperativos, los cuales se definen como los que se realizan internamente entre las cooperativas y sus socios en cumplimiento de su objeto social. Los actos cooperativos son actos propios de su mandato con representación, estos no tienen fines de lucro.

Bajo este marco resulta pertinente analizar la relación de estos actos internos en la esfera jurídica de las normas que protegen al Consumidor, la Libre Competencia y la Competencia Desleal.

2. El acto cooperativo y el derecho del consumidor

2.1. *Finalidad del Derecho de Consumo*

El derecho de Consumo nació en Estados Unidos en la década de mil novecientos sesenta, sin embargo, arribó a nuestro país en los noventa, inicialmente se hablaba de la relación entre «la parte fuerte» y la «parte débil».

En nuestro país este derecho ha establecido una tutela especial para el sujeto de derecho que tiene condición de destinatario final en sus relaciones en el mercado, debido a que la especialización ha dado una ventaja a quien desarrolla y oferta un bien o servicio: el conocimiento; pues nadie tiene más información que el proveedor sobre el contenido y características de su prestación, evidenciándose con ello la asimetría informativa respecto del cliente.

En la etapa inicial de dicha regulación se buscó tutelar solo la problemática derivada de la asimetría informativa existente entre la relación de proveedor (empresario) - consumidor final, para posteriormente extender dicha protección al microempresario, dado que en algunos aspectos podía encontrarse desprotegido ante la falta de una adecuada información.

Al respecto, recomendamos revisar el caso Cheeny E.I.R.L. vs. Kónica S.A., donde el Tribunal del INDECOPI considera que: «La Protección al Consumidor se basa en la Asimetría Informativa existente entre los proveedores y consumidores, **donde aquellos se encuentran en una posición ventajosa frente a la otra como resultado de su capacidad para adquirir y procesar información, consecuencia de su experiencia en el mercado y a su situación frente al proceso productivo.** En tal sentido, la Ley de Protección al Consumidor ampara más bien **al que ocupa el último eslabón de la cadena de producción-consumo**, es decir aquel que adquiere, disfruta o utiliza un bien o servicio, en principio, para la satisfacción de sus necesidades personales, familiares o de su entorno social inmediato».

Con el objeto de contrarrestar dicha asimetría informativa o neutralizar sus efectos negativos, el Derecho del Consumidor establece las normas y las pautas que debe seguir un Proveedor con el fin de garantizar que el Consumidor reciba toda la información relevante sobre un

bien o un servicio, potenciando con ello que pueda tomar una decisión eficiente y acertada de consumo. Desprendiéndose de ello a su vez que el proveedor deba entregar los bienes o prestar los servicios en las condiciones que han sido debidamente informadas o publicitadas a través de su oferta.

Ello porque tal como lo señalan las licenciadas en economía Natalia Fridman y Gloria Pérez Constanzo³ «los consumidores quieren que los mercados les ofrezcan la mayor cantidad de bienes y servicios, a los mejores precios y con apropiados estándares de calidad y seguridad; para ello, los consumidores necesitan tanto de información como de leyes apropiadas y políticas públicas que controlen y garanticen que las empresas cumplan con las normas y no incurran en prácticas desleales».

En tal sentido, se puede apreciar que el Derecho del Consumidor tutela que las adquisiciones del consumidor se realicen contando en forma previa a la relación de consumo con información relevante; que compruebe el estándar mínimo que debería recibir un consumidor en dicha circunstancia para efectuar una adquisición eficiente de un bien o servicio.

2.2. *Relación de Consumo*

El derogado Decreto Legislativo N.º 716 (antigua Ley de Protección al Consumidor) nunca estableció una definición sobre la relación de consumo y sus alcances; fue más bien la Resolución N.º 001-2006-LIN-CPC/INDECOPI, de fecha 30 de noviembre de 2006, la que aprobó los Lineamientos Sobre Protección al Consumidor⁴ y puso en conocimiento los criterios reiterados en su jurisprudencia administrativa, estos lineamientos derivaron de aquel marco legal según la Comisión de Protección del consumidor del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante el INDECOPI).

En ese sentido, al interpretar al citado Decreto Legislativo se estableció que la relación de consumo se encuentra determinada por la concurrencia de tres componentes íntimamente ligados y cuyo análisis debe efectuarse de manera integral; puesto que la ausencia de uno de ellos determinaría que no nos encontremos ante una relación de consumo.

³ Friedman, Natalia y Pérez Constanzo, Gloria.: «Derechos del Consumidor y Seguridad en los Productos», Foro y Regulación del Derecho de la Competencia, Buenos Aires, 2005, p. 2.

⁴ Los lineamientos vigentes emitidos por el INDECOPI fueron publicados en el Diario Oficial el Peruano, mediante separata especial del 30 de diciembre de 2019.

Dichos componentes son los siguientes:

- a. Un consumidor o usuario;
- b. Un proveedor; y,
- c. Un producto o servicio materia de una transacción comercial.

Posteriormente, el nuevo Código de Protección y Defensa del Consumidor (aprobado por Ley N.º 29571) en el numeral 5 del artículo IV de su Título Preliminar define a la relación de consumo del modo siguiente: «es la relación por la cual un consumidor adquiere un producto o contrata un servicio con un proveedor a cambio de una contraprestación económica». Obsérvese que se prescinde de la referencia a una «transacción comercial».

De lo expuesto, se puede apreciar que la nueva ley define con gran precisión el concepto de «relación de consumo» y cubre de esta manera el vacío que tenía la antigua normatividad. Además, el citado Código de Protección y Defensa del Consumidor extiende la tutela también a la etapa previa y posterior de la relación de consumo.

La etapa previa consiste en todas aquellas actividades que abarcan la etapa preliminar de una relación de consumo como son la publicidad y las ofertas que realiza un proveedor para atraer a sus clientes, mientras que la etapa posterior estaría comprendida por todas las consecuencias que derivan de una relación de consumo que podrían tener incluso una vinculación lejana o mediata con la relación de consumo. Por ejemplo: el reporte indebido a la Central de Riesgos de un consumidor que efectivamente cumplió con pagar oportunamente su crédito o el caso en que las empresas de servicios automotrices post venta que no tienen los repuestos o accesorios adecuados para arreglar un vehículo.

Como puede apreciarse la tutela va extendiendo su cobertura y se nota al reformular los alcances del concepto «relación de consumo» como cuando prescribe que esta se extiende a etapas previas y posteriores; dado que lo que pretende el Derecho del Consumidor es que se cumpla con un estándar previo de información al momento de la elección para que luego la prestación ejecutada coincida con lo debidamente informado (idoneidad).

2.3. *Actos de las Cooperativas*

Al introducirnos en este punto, hay que distinguir con claridad los Actos que las Cooperativas llevan a cabo en cumplimiento de su objeto social de aquellos que se alejan del mismo.

En efecto, tenemos por un lado los actos que la Cooperativa realiza con terceros no socios («Actos de Comercio»), en donde podemos apreciar en general la existencia de un propósito de lucro, característica esencial de las sociedades mercantiles; y de otro lado, tenemos a los Actos Cooperativos, los cuales son todos aquellos actos internos (Cooperativa-Socios) realizados en cumplimiento del objeto social y que carecen de finalidad lucrativa.

En ese sentido, los «Actos Cooperativos» no califican como una «transacción comercial», aunque si puede identificarse dentro de los mismos una «contraprestación económica» particular (de cada socio), que comprende estrictamente el «costo económico» (sin fin de lucro) de la prestación (servicio de crédito, de vivienda, educativo, etc.) brindada por la Cooperativa.

Si bien en la noción de «transacción comercial» no cabe de manera alguna incluir al «Acto Cooperativo», el que el «Código de Protección y Defensa del Consumidor» haya dejado de lado este concepto para referirse únicamente a «contraprestación económica» legitimaría su aplicación a dichos actos como explicamos más adelante.

2.4. *Posición de la Agencia de Competencia de Protección al Consumidor en el Perú (INDECOPI)*

La entidad que tutela en el Perú los intereses del Consumidor y sus relaciones dentro del mercado es el INDECOPI.

En relación con nuestro tema el INDECOPI inicialmente excedió su competencia extendiendo indebidamente el sentido de lo que es una «transacción comercial» para resolver en materia de Actos Cooperativos, llegando incluso a pronunciarse no solo sobre las particularidades del servicio cooperativo (vgr: que se brinde información sobre el saldo del crédito o que no efectúen cobros indebidos), sino también sobre el reintegro de las aportaciones y excedentes.

Luego, su Jurisprudencia evolucionó, dejando fuera del campo de la relación de consumo a los actos corporativos que se realizan al interior de la persona jurídica cooperativa, como el vinculado a sus órganos internos y la participación económica de los socios (aportaciones y excedentes); quedando clara su actual tendencia a fijar su competencia en las prestaciones particulares de la Cooperativa con sus socios y no en los aspectos relacionados con el ámbito estrictamente societario.

En tal sentido, y bajo la vigencia del Código de Protección y Defensa del Consumidor, se sustituyó la noción de «transacción comer-

cial» por la de «contraprestación económica» y se expidió la Resolución Final N.º 1896-2011/SC2-INDECOPI, mediante la cual INDECOPI precisó que:

Los fondos que permiten a una cooperativa de ahorro y crédito brindar el servicio de financiamiento a sus asociados, ordinariamente provienen del propio dinero entregado por dichos sujetos. Sin embargo, ello no enerva la existencia de una relación de consumo entre las partes dentro del referido contexto pues, al margen del origen de dichos fondos, la cooperativa actuando como proveedora presta dinero a los asociados, siendo que estos se convierten en sus consumidores.

En esa línea de ideas, según la Resolución N.º 0446-2018/SPC-INDECOPI, se sigue la línea del criterio planteado anteriormente, pues sostiene lo siguiente:

... al margen de la relación asociativa entre las personas que adquirirían algún producto de la denunciada, estas contrataban con la Cooperativa como proveedora dentro de una relación de consumo y —por tanto— dentro del ámbito de aplicación del Código; por lo que corresponde a esta instancia dilucidar su responsabilidad a dicha entidad por los hechos imputados.

... las cooperativas de ahorro y crédito no se encuentran excluidas de la categoría de los proveedores contemplada por el Código, pues si bien conforme a ley se trata de personas jurídicas no lucrativas, otorgan créditos y reciben depósitos, es decir, prestan servicios equiparables a los de una entidad financiera, siendo que en dichas circunstancias actúan como proveedores conforme a lo expuesto precedentemente.

... mientras la cooperativa ofrezca habitualmente productos o servicios a sus asociados dentro de una racionalidad de competencia, calificará como proveedora.

De igual modo la regla también aplica a las Cooperativas de Vivienda, las cuales estructuran un proyecto inmobiliario, adquieren un terreno, realizan un proyecto de habilitación urbana y entregan lotes o casas construidas para sus socios; o, también, a las de servicios educacionales que generan una infraestructura educativa en favor de los hijos de los socios y en general a cualquier Cooperativa de Usuarios. En todos estos casos en general existirá una contraprestación económica y con ello quedará abierta la competencia de INDECOPI.

2.5. Posición del Autor

Consideramos que desde el punto de vista de la dogmática jurídica existen argumentos razonables para sostener que el Acto Cooperativo no genera una relación de consumo, toda vez que no deriva de una transacción comercial. También, podría sostenerse que el concepto «contraprestación económica» (usado por el Código de Protección y Defensa del Consumidor en lugar de «Transacción Comercial») resulta insuficiente para abarcar al «Acto Cooperativo» dado que se haya en el contexto de un contrato de cambio, que es una relación de mercado entre agentes con intereses opuestos.

En efecto, por un lado, tenemos a «un especulador mercantil» que busca maximizar sus intereses aprovechando la asimetría informativa del Consumidor y de otro lado, tenemos a la «Cooperativa», que no es más que la «representación colectiva» de los consumidores y que exige, por lo mismo, ser tutelada en sus adquisiciones por el «Derecho del Consumidor» y no ser visualizada simplemente como proveedor de las prestaciones a sus socios.

Vale decir, en la medida que se sostenga que la relación de consumo comprende solo el cambio en el mercado y no el autoservicio generado por los propios consumidores, se considerará que el Acto Cooperativo resulta excluido de los alcances de la legislación de Protección al Consumidor.

No obstante, cabe advertir que las corrientes doctrinarias del Derecho del Consumidor han llegado a la conclusión que:

«La noción de Acto de Consumo, así como el resto de las definiciones que se han dado **sobre el consumidor** hasta el momento **son incompletas**. Los criterios que llevan incorporadas **no son suficientes** para resolver los problemas que se plantean **en el acontecer diario**»⁵.

En efecto, se entiende «que, en términos generales, pueden distinguirse **dos nociones** diferentes de los consumidores:

- (i) Una noción concreta o estricta, centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes o servicios para uso privado; y,

⁵ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel.: «Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores», Editorial Mc Graw Hill, Argentina, Madrid, 1999. p. 33.

- (ii) **una noción abstracta o amplia, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida»⁶.**

Lo que interesa es proteger «en especial medida aquellos que se encuentran en una **posición de mayor debilidad** frente al **empresario-entidad** y que, en la gran mayoría de las ocasiones, coincidirán con las del consumidor»⁷.

En ese sentido, «habiendo llegado hasta un **concepto amplio de consumidor** como sujeto del tráfico económico **frente a la empresa organizada**, empieza a perfilarse la idea del consumidor final de bienes y servicios para uso privado, tanto como adquirente de bienes de consumo como usuario de servicios públicos y privados»⁸.

Al respecto, podemos apreciar que se busca tutelar la asimetría informativa proveniente de una empresa, sea que esta le pertenezca o no a los socios, puesto que, de existir un estándar en el mercado para el otorgamiento de información relevante, no resulta razonable que una Cooperativa pueda tener un estándar inferior al de un proveedor mercantil, cuyo interés es justamente la especulación y maximización de su interés.

En el campo fáctico, se puede apreciar que algunas Cooperativas actúan por debajo del estándar adecuado de entrega de Información relevante, afectando los Derechos de Información e Idoneidad de sus propios socios, con lo cual se alejan inclusive de los principios y fines del Cooperativismo.

¿Cómo explicar que se materializan prácticas anómalas contra los propios socios de las Cooperativas? Quizá la respuesta esté en que el proceso de crecimiento va acompañado de la masificación y estandarización de los servicios, lo cual despersonaliza e «impersonaliza» al «empresario-entidad». Si a ello se suma algún caso extremo de dirigentes con malas políticas de agencia, alejados del interés de los socios, se termina vulnerando la finalidad del servicio de la Cooperativa; pues tendremos un cuadro de descuido al socio que repercutirá en un estándar bajo en la entrega de información y algunas prácticas abusivas al mismo.

Lo señalado explica la necesidad de priorizar la protección del consumidor en el tramo en el cual se brinda información sin necesidad de dis-

⁶ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel.: «Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores», Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1999. p. 29.

⁷ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel.: «Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores», Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1999. p. 30 y s.

⁸ Botana García, Gema y Ruiz Muñoz, Miguel.: «Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores», Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1999. p. 31.

tinguir si la prestación proviene de la Cooperativa o de cualquier otra empresa en el mercado. Excluyéndose por supuesto la materia relacionada con la parte asociativa como lo es la información que se entrega con ocasión de las asambleas generales, el ejercicio de los Derechos políticos y económicos de los socios fundamentalmente los vinculados a su calidad de aportantes de una parte del patrimonio de la Cooperativa, etc.

Por lo tanto, la tutela del Consumidor resulta fundamental en la etapa preliminar de la relación de consumo, debiendo considerarse dentro de su concepto no solo a los actos de cambio en el mercado sino también a las prestaciones que nacen directamente del Objeto Social de la Persona Jurídica Cooperativa, toda vez que lo que se trata de mantener es un estándar mínimo de información para los consumidores⁹.

3. El acto cooperativo y el derecho de la competencia

3.1. *La libre y Leal Competencia dentro de las Cooperativas*

La Legislación sobre la Libre Competencia resulta aplicable a las Cooperativas en la medida que estas constituyen una opción empresarial dedicada a satisfacer las necesidades de sus socios frente a las alternativas que puede o no ofrecer el mercado. Lo anteriormente mencionado, es una noción que la Autoridad defensora de la Libre Competencia tiene en claro, pues en las diversas investigaciones llevadas a cabo en contra de Cooperativas, estas no tienen un trato preferente ni diferenciado, solo son una forma más de hacer empresa.

A modo de ejemplificación tenemos la investigación realizada por la Secretaría Técnica de la Comisión de la Libre Competencia¹⁰ a empresas de transporte, entre ellas una Cooperativa, por presuntas prácticas colusorias destinadas a incrementar los precios del servicio de transporte urbano, interprovincial o interregional de pasajeros en Puno, alrededor del año 2010¹¹.

⁹ La moderna tendencia del Derecho del Consumidor lleva a tutelar la prestación de cualquier entidad pública o privada, pues se trata de un derecho funcional ya que, aunque el Estado puede invocar su inclinación por el consumidor como política pública; podría terminar asumiendo un rol contrario a sus fines a través del ejercicio de su actividad empresarial.

¹⁰ Hoy, esta Secretaría Técnica se denomina Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre competencia.

¹¹ Al respecto véase la Resolución 029-2014/CLC-INDECOPI del Expediente 003-2010/CLC, en la que se declaró que la Cooperativa de Transportes Interprovincial de Pasajeros San Miguel de Llave no realizó dicha práctica colusoria horizontal

Del mismo modo, tenemos la investigación efectuada por la misma Secretaría a unas empresas entre ellas una Cooperativa por presuntas conductas anticompetitivas en el mercado de venta al público de gas natural vehicular entre los años 2011 y 2015 en Lima y Callao¹². Se le dio el mismo trato que al resto de empresas.

Es así como, resulta importante considerar lo que señala Ronald Coase en su obra: «La Naturaleza de la Empresa», esta nace cuando el mercado no satisface la necesidad de los agentes económicos.¹³

Bajo ese orden de ideas, cuando no exista una empresa mercantil o su oferta sea muy cara, las necesidades de los consumidores podrán ser satisfechas mediante su afiliación a una Cooperativa de Usuarios. Por ende, la Cooperativa deberá respetar la institucionalidad correspondiente, vale decir la regulación sobre la Libre y Leal Competencia pues va a intervenir en el mercado (de factores o de bienes y servicios finales) en el que pueden concurrir otras empresas.

3.2. *Supuestos de Afectación a la Libre Competencia por una Cooperativa*

De acuerdo con el Decreto Legislativo N.º 1034 (Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas) la Libre y Leal Competencia sanciona las siguientes conductas: el Abuso de Posición de Dominio y la Concertación. La Concentración de empresas no es considerada infracción.

3.2.1. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

Las Cooperativas pueden incurrir en abuso de Posición de Dominio si es que de alguna manera restringen indebidamente la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a otros competidores reales o potenciales.

Al respecto, el abuso de posición de dominio podrá consistir en la realización de conductas exclusorias, es decir aquellas prácticas dirigidas contra los competidores para crear barreras artificiales de acceso al mercado; tales como los precios predatorios, los boicots, las cláusulas de atadura, los precios y condiciones comerciales discriminatorias, etc., conductas poco usuales en el caso de las Cooperativas.

¹² Se consultó la Resolución 104-2018/CLC-INDECOPI del Expediente 005-2016/CLC

¹³ Coase, Ronald Harry.: «La empresa, el mercado y la ley». Alianza Economía. Madrid. 1994. P. 37.

3.2.2. LA CONCERTACIÓN

Con referencia a la concertación, debemos señalar que la jurisprudencia en el Perú ha sido uniforme en cuanto a la necesidad de sancionar a la Concertación Horizontal y un poco contradictoria en la Concertación Vertical. Por razones de espacio, nos referiremos únicamente a la Concertación Horizontal.

Si las Cooperativas que realizan sus actividades económicas similares en forma independiente, se ponen de acuerdo para no competir y ofrecen prestaciones bajo condiciones de comercialización semejantes, obviamente habrán consumado una infracción por concertación.¹⁴ Son ejemplos de esta práctica: los acuerdos de precios, el establecer limitaciones o reparto de cuotas de producción, limitaciones a las innovaciones tecnológicas o reparto de mercados, etc.

Por el contrario, y a modo de ejemplo, si las Cooperativas Cafetaleras comercializaran el café de sus socios usando un mecanismo de integración (Central o Federación) que les ofrece el servicio de acopio para tener una oferta exportable adecuada, de pelado, tostado y envasado del grano de café, así como transporte, no existirá concertación.

En efecto, aun cuando la Central fije un solo precio para todo el café, y se fijen las mismas condiciones de comercialización, ello no será reprochable en la medida que se lleve a cabo dentro del ámbito de la actividad económica de la Central.

En ese sentido, si la Central ha incorporado a su actividad parte del proceso productivo y la misma comercialización del café; simplemente se trata de una empresa que está ejecutando su propia actividad principal y con eficiencia debe determinar sus costos, precios y en general condiciones de comercialización.

La misma regla se aplica a los servicios únicamente accesorios o complementarios a la actividad principal. Por ejemplo: si se organiza

¹⁴ Al respecto, el Precedente de Observancia Obligatoria recaído en la Resolución N.º 206-97-TDC (Caso Miguel Segundo Ciccía Vasquez E.I.R.L. vs. Empresa Turística Mariscal Cáceres S.A.) estableció que los acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado serán per se ilegales cuando tengan por finalidad restringir la competencia, es decir acuerdos puros o desnudos. Sin embargo, aquellos acuerdos de fijación de precios y reparto de mercado que sean accesorios o complementarios a una integración o asociación convenida y que hayan sido adoptados para lograr una mayor eficiencia de la actividad productiva que se trate, deberán ser analizados caso por caso a fin de determinar la racionalidad o no de los mismos.

Si dependiendo del tipo de actividad productiva a analizarse, se determina que la integración acordada entre las empresas es esencial para que dicha actividad se pueda llevar a cabo, entonces dicho acuerdo de integración, así como las restricciones de la competencia que se generarían para que dicha actividad sea eficiente, estarán permitidos.

solo un servicio de transporte para llevar el café hasta el puerto para su exportación, obviamente al ser una empresa de cafetaleros los precios serán uniformes y proporcionales a la cantidad de café transportado. Vale decir, estos servicios pueden existir y organizarse empresarialmente dentro de su propia organización jerárquica pudiendo definir en dicho ámbito los precios y las condiciones. No podrá acusarse a la Cooperativa transportista de ser un cartel oligopólico de potenciales clientes del Transporte y que no quieren competir en el nivel de la demanda; pues si fueren separadas no sería viable tener este servicio.

Otro ejemplo: si varias compañías prestadoras de servicios de transporte interprovincial (a nivel nacional) invierten en un Terminal Terrestre, pueden organizar dentro de esta operación su centro de servicios, uniformizar la tarifa y distribuirse las rutas para evitar generar competencia y poder hacer viable el Terminal, pues si cada transportista hiciera lo que quisiera yendo por cualquier ruta o usando el Terminal para ingresar a la ruta que usualmente explota otra compañía; simplemente este servicio de Terminal no existiría y los consumidores perderían una mejora en el servicio: un local central con información sobre rutas y los horarios, una cómoda sala de espera, servicios de cafetería y restaurante, embarque y desembarque, seguridad, etc.

En ese sentido, la fijación de precios, y el reparto de áreas geográficas podrán darse válidamente tanto en actividades principales como accesorias o complementarias en la medida que sean producto de una actividad organizada por dichos agentes, sea que usen una Cooperativa, un Consorcio o Unión Temporal de Empresas, una Sociedad de Hecho o una Empresa Mercantil.

Tampoco cabe que los gremios cooperativos operen como mecanismos de coordinación o recomendación de precios o condiciones de comercialización. Esa no es su función, desde luego podrán prestar servicios de información general que comprenda representación y defensa institucional; estando facultados inclusive a prestar servicios accesorios o complementarios a la actividad principal de la Cooperativa y a determinar sus precios.

3.2.3. LA CONCENTRACIÓN

Si las Cooperativas se integran por razones de eficiencia en otras Cooperativas, Centrales, Federaciones, Consorcios con el objeto de poder procesar sus productos, compartir una marca, generar una oferta exportable, realizar compras en común para ahorrar costos logísticos, generar una oferta compradora en escala o en general desarrollar una actividad económicamente organizada, no estarían generando una conducta infractora.

3.2.4. PROYECTO DE GUÍA DE PARA IDENTIFICAR CONSORCIOS INUSUALES EN LAS CONTRATACIONES PÚBLICAS

Las contrataciones públicas tienen un rol fundamental en el crecimiento económico del país. Durante el periodo del 2010 al 2021, representaron al rededor del 6.5% del Producto Bruto Interno (PBI). En ese sentido, existe una necesidad de parte del Estado para asegurar la mayor y mejor concurrencia de ofertas que conlleven a una reducción del gasto público, ahorro de recursos, mejor relación calidad-precio de los bienes o servicios necesitados y la propia innovación.

Es así como la Comisión de Defensa de la Libre Competencia del INDECOPI aprobó, en el año 2018, la Guía para Combatir la Conceración en las Contrataciones Públicas. En dicho documento, se advirtió sobre la posibilidad de que dos o más agentes económicos participen conjuntamente en un procedimiento de selección por un consorcio inusual que disfrace, consolide o viabilice un pacto colusorio.

Esta es una inquietud que también tienen los organismos internacionales y diversos países, por lo que han elaborado lineamientos o guías sobre contrataciones públicas. Por ello y por la misma recomendación de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OECD) es que la Dirección Nacional de Investigación y Promoción de la Libre Competencia ha decidido proponer a la Comisión la aprobación de una Guía para identificar Consorcios Inusuales en las Contrataciones Públicas bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

El principal objetivo es brindar una serie de indicios para identificar la existencia de consorcios inusuales, ello a partir de diversas recomendaciones y mejores prácticas internacionales (INDECOPI, 2022). Estos son los criterios propuestos para identificar un posible consorcio inusual:

- (i) Las empresas que forman parte del consorcio se han presentado de manera individual en otras convocatorias de iguales o similares características.
- (ii) Las empresas consorciadas tienen la capacidad para cumplir con el contrato individualmente.
- (iii) Los miembros del consorcio tienen cuotas elevadas en el mercado
- (iv) Las empresas presentan cotizaciones en la fase de la indagación de mercado y luego se presentan en consorcio.
- (v) El consorcio se adjudica un contrato y luego subcontrata la ejecución con una empresa o consorcio competidor.
- (vi) Identificar aquellos casos en los que el consorcio esté formado por al menos una empresa que haya participado en la comisión de una práctica colusoria, incluso si esta ocurrió en otro mercado.

- (vii) El hecho de que se intercambie información sensible que pueda dañar la competencia en futuras licitaciones.
- (viii) La competencia tiende a disminuir en otros concursos públicos o mercados donde operan los miembros del consorcio.

Algunos de los criterios mencionados están siendo cuestionados por diversos sectores, sobre todo en lo referido a la limitación de la libertad de contratación y de la presunción de licitud (símil que tiene el derecho administrativo respecto del principio de presunción de inocencia). En noviembre de 2022, el INDECOPI contará con todos los comentarios a este proyecto de guía y se estima que para el 2023 el Perú cuente con el documento oficial, que orientará las conductas de los privados, dentro de los que pueden encontrarse las Cooperativas, y las investigaciones de la autoridad de competencia.

3.3. *Competencia Desleal*

En materia de Competencia Desleal, la Cooperativa es un agente económico más y como tal se encuentra obligada a cumplir con las disposiciones del Decreto Legislativo N.º 1044¹⁵ (Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de la Competencia Desleal), en consecuencia, se encuentra prohibida de realizar actos de engaño, actividades que generen confusión, denigración, violación de normas, de sabotaje empresarial en desmedro de otros competidores (sean Cooperativas o empresas mercantiles). Las Cooperativas no quedan exentas del cumplimiento de la normativa referente a Competencia Desleal, ni mucho menos de las prohibiciones mencionadas. Por ello, es que tenemos denuncias interpuestas por actos de competencia desleal en las modalidades de engaño y comparación indebida¹⁶ entre otros.

¹⁵ Sobre el particular deberá cumplir de manera irrestricta con lo dispuesto en la Clausula General:

«Artículo 6.º.—Cláusula general.

6.1.—Están prohibidos y serán sancionados los actos de competencia desleal, cualquiera sea la forma que adopten y cualquiera sea el medio que permita su realización, incluida la actividad publicitaria, sin importar el sector de la actividad económica en la que se manifiesten.

6.2.—Un acto de competencia desleal es aquél que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe empresarial que deben orientar la concurrencia en una economía social de mercado.»

¹⁶ Al respecto, véase el caso *Derrama magisterial vs. Cooperativa de Ahorro y Crédito Derrama Regional Docente* — Puno de la Resolución 0077-2019/SDC-INDECOPI del

Igualmente, en materia de anuncios publicitarios, las Cooperativas deberán cumplir además con los principios de «autenticidad», «legalidad» y «adecuación social»¹⁷, por lo que no podrán difundir publicidad que infrinja dichos principios jurídicos.

A modo de ejemplo sobre el «Principio de legalidad» supongamos que una Cooperativa de Ahorro y Crédito omite publicar en su página web (mediante la que publicita sus servicios) que sus operaciones se realizan sin captar recursos del público y que los depósitos de sus asociados no se encuentran cubiertos por el «Fondo de Seguro de Depósitos», tal como lo dispone el artículo 8.º del «Reglamento de las Cooperativas de Ahorro y Crédito no autorizadas a operar con recursos del público»¹⁸; habrá incurrido en una evidente infracción al Principio de

Expediente 228-2017/CCD en el que se declaran FUNDADOS ambos extremos (actos de competencia desleal en las modalidades de engaño y comparación indebida).

¹⁷ **Artículo 16.º.—Actos contra el principio de autenticidad.—**

16.1.—Consisten en la realización de actos que tengan como efecto, real o potencial, impedir que el destinatario de la publicidad la reconozca claramente como tal.

16.2.—Constituye una inobservancia a este principio difundir publicidad encubierta bajo la apariencia de noticias, opiniones periodísticas o material recreativo, sin advertir de manera clara su naturaleza publicitaria. Es decir, sin consignar expresa y destacadamente que se trata de un publirreportaje o un anuncio contratado.

Artículo 17.—Actos contra el principio de legalidad.—

17.1.—Consisten en la difusión de publicidad que no respete las normas imperativas del ordenamiento jurídico que se aplican a la actividad publicitaria.

17.2.—Constituye una inobservancia de este principio el incumplimiento de cualquier disposición sectorial que regule la realización de la actividad publicitaria respecto de su contenido, difusión o alcance.

(...)

Artículo 18.º.—Actos contra el principio de adecuación social.—

Consisten en la difusión de publicidad que tenga por efecto:

- a) Inducir a los destinatarios del mensaje publicitario a cometer un acto ilegal o un acto de discriminación u ofensa por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole;
- b) Promocionar servicios de contenido erótico a un público distinto al adulto. La difusión de este tipo de publicidad solamente está permitida en prensa escrita de circulación restringida para adultos y, en el caso de radio y/o televisión, dentro del horario de una (1:00) a cinco (5:00) horas.

¹⁸ **Artículo 8.—Transparencia**

En la publicidad que efectúen las Cooperativas sobre sus operaciones y servicios, deberán indicar claramente que no captan recursos del público y que los depósitos de los asociados no se encuentran cubiertos por el Fondo de Seguro de Depósitos. (...)»

legalidad toda vez que habrá difundido la operatividad de sus servicios sin respetar las normas imperativas que se aplican a la actividad publicitaria.

INDECOPI reconoce la importancia de su rol en materia de anuncios publicitarios, de manera que, cuando las circunstancias así lo ameriten inicia procedimientos sancionadores de oficio en contra de Cooperativas que contravengan con los principios mencionados. De esta forma, tenemos la Resolución 01132016/SDCINDECOPI que confirmó la sanción a una cooperativa por infringir el principio de legalidad, toda vez que difundió volantes publicitarios en los cuales ofrecía sus servicios de ahorro corriente y a plazo fijo sin indicar que no captaba recursos del público y que los depósitos de los asociados no estaban cubiertos por el Fondo de Seguro de Depósitos¹⁹.

4. A modo de conclusión

En virtud de lo expuesto, podemos señalar a modo de conclusión los siguientes puntos:

- El Acto Cooperativo es aquel acto interno que se lleva a cabo entre la Cooperativa y sus socios, dentro de los alcances de su objeto social no mediando un fin lucrativo.
- El Acto Cooperativo puede ser comprendido como «acto de consumo» sujeto a la Tutela del Derecho del Consumidor bajo una dimensión más extensiva y omnicompreensiva toda vez que dentro de las Cooperativas de Usuarios se permite la prestación de servicios a los socios sujeta a una contraprestación económica; pues en buena cuenta lo que busca establecer el Derecho del Consumidor es un estándar mínimo de tutela en materia de Asimetría Informativa.
- Habrá concertación vulnerando la regulación sobre la Libre Competencia en la medida que los socios de una Cooperativa (por ejemplo, pequeños empresarios) no se sirvan de la misma para darle valor agregado a sus productos o complementen su proceso productivo para alcanzar una actividad accesoria o complementaria que les brinde eficiencia a su actividad económica; sino que la usen solo de «fachada» para coordinar precios, condiciones de comercialización, reparto de mercados, etc.

¹⁹ Al respecto, véase el caso iniciado de oficio contra la Cooperativa de Ahorro y Crédito Jehová Jireh Dios Proveedor del Expediente 0052014/CCDINDECOPI-JUN

- La agrupación de los socios en Cooperativas, Asociaciones en Participación, Sociedades de Hecho, Uniones Transitorias de Empresas o Consorcios, no configurará una concertación o acuerdo prohibido siempre y cuando mediante este medio las decisiones de fijación de precios o condiciones de comercialización se lleven a cabo en el contexto de desarrollar una actividad económica que mejore su eficiencia.
- Las Cooperativas en general deberán cumplir con la regulación sobre Libre Competencia y Competencia Desleal como cualquier agente económico teniendo en cuenta las normas especiales y sectoriales que les son aplicables.
- El Proyecto de Guía para identificar consorcios inusuales en las contrataciones públicas bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas es aplicable a las Cooperativas, por su naturaleza de asociación autónoma de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes.

5. Bibliografía

- BOTANA GARCÍA, Gema y RUIZ MUÑOZ, Miguel.: «Curso sobre Protección Jurídica de los Consumidores», Editorial Mc Graw Hill, 1999. p. 29-33.
- BULLARD GONZALES, Alfredo.: «Derecho y Economía». Editorial Palestra Editores. Lima. 2006. p. 299-331 y 747-814.
- COASE, Ronald Harry.: «La empresa, el mercado y la ley». Alianza Economía. Madrid. 1994. p. 37.
- CRACOGNA, Dante.: «La legislación de defensa del consumidor y las cooperativas». Boletín de la Asociación Internacional de Derecho Cooperativo de Deusto, 45, 2011. p. 49-57.
- FRIEDMAN, Natalia y PÉREZ CONSTANZO, Gloria.: «Derechos del Consumidor y Seguridad en los Productos», Foro y Regulación del Derecho de la Competencia, Buenos Aires, 2005, p. 2.
- MORALES ACOSTA, Alonso Víctor Manuel.: «Temas de Protección al Consumidor y Buenas Prácticas de Mercado». Editorial Asesorandina, Lima. 2008. p. 1-297.
- URIBE GARZON, Carlos.: «Bases del Cooperativismo». Editora Guadalupe Ltda. Bogotá. 2002. p. 163-205.