

# ¿DEJAR COMPETIR O NO DEJAR COMPETIR? HE AHÍ EL DILEMA.

## Las Prácticas Predatorias y el Abuso de Posición de Dominio

Alfredo Bullard\*

Profesor de Derecho Civil y Análisis  
Económico del Derecho  
Pontificia Universidad Católica del Perú,  
Universidad de Lima.

*La posición de dominio surge cuando una empresa puede actuar de modo independiente en el mercado; esto quiere decir que "se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustancial en el precio y las condiciones ofrecidas para algún producto de una empresa que esté en el mercado". Ostentar una posición de dominio no es algo ilícito o negativo, pero constituye un supuesto en el que una empresa tiene la responsabilidad de no permitir que su posición impida la libre competencia; es decir, se sanciona el mal uso del poder que contiene una posición de dominio en el mercado.*

*Toda empresa busca ampliar su participación en el mercado, esto lleva a que en esa búsqueda la eficiencia aumente y los beneficios para el consumidor también. El problema surge cuando se pretende limitar la conducta de una empresa por haber alcanzado una posición importante en el mercado, ¿estamos castigando al eficiente sólo por serlo?*

*El problema, no obstante, no se limita a la definición de lo que constituye una posición dominante por el posible espectro de lo sancionable; sino que alcanza, en la práctica, al ámbito de la definición de las conductas que evidencian el abuso de la posición de dominio.*

*En el presente artículo, Alfredo Bullard trata de acercarnos a la solución de estos problemas; propósito para el cual comenta, teórica y jurisprudencialmente, temas como las prácticas predatorias, la discriminación de precios y condiciones y la negativa injustificada a contratar.*

### 1. INTRODUCCIÓN.

Las conductas predatorias han sido quizás una de las áreas de las políticas de competencia en las que se han tejido más mitos y leyendas. Así, se ha asumido que muchas veces las empresas que tienen posición de dominio en el mercado están en capacidad de desarrollar prácticas ilícitas dirigidas a impedir la entrada de nuevos competidores o a sacarlos del mercado mediante distintas estrategias (negativas a contratar, precios por debajo de los costos o discriminación de precios y condiciones, entre otras prácticas similares).

La gran pregunta que surge es cómo distinguir esas supuestas prácticas ilegales de una competencia agresiva en el mercado ¿Acaso las empresas no utilizan todos los medios a su alcance para impedir la entrada de nuevos competidores o sacar a los ya existentes por medio precisamente de la competencia? La pregunta es entonces cómo distinguir lo ilegal de la práctica legítima. Cuándo actuar y cuándo no actuar.

Las empresas buscan siempre incrementar su porcentaje de participación en el mercado. Pero ese deseo lleva implícito el de reducir las participaciones de sus competidores o incluso sacarlos del mercado. Y lleva también implícito el de no perder participación, lo que incluye frenar el crecimiento de los competidores o incluso evitar su entrada al mercado.

\* Las opiniones vertidas en el presente artículo son atribuibles de manera personal al autor y en nada comprometen la posición del INDECOPI del que el autor es Presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia y de Protección de la Propiedad Intelectual. El autor quisiera agradecer la ayuda prestada por Carlos Patrón y Javier Mori en la elaboración del presente trabajo.

Se trata, sin embargo, de una línea difícil de trazar, y cuyo trazo tiene consecuencias evidentes en la conducta de las empresas y en los incentivos para promover la eficiencia productiva.

Es finalmente ese deseo de ampliar la participación del mercado lo que promueve la competencia. El afán de crecer y eventualmente de alcanzar un casi siempre inalcanzable monopolio, es el combustible del desarrollo económico. Y es que el porcentaje de participación de mercado implica rentabilidad, y monopolio implica rentabilidad monopólica.

Pero si cuando a las empresas les decimos que, por tener una participación importante en el mercado, ven limitada su conducta y que esas limitaciones afectan precisamente la rentabilidad, entonces los incentivos para crecer se reducen, y con ello los incentivos para ser más eficiente.

Y es que las legislaciones antimonopolios son víctimas de una paradoja difícil de solucionar: persiguen una mayor competencia pero para lograrlo reducen o limitan los medios que muchas veces las propias empresas usan para competir.

Sólo a título de ejemplo, una llamada “política de precios predatorios” puede sacar empresas competidoras del mercado. Pero, ¿cómo distinguirla de una agresiva competencia de precios? Una negativa a suministrar el uso de un recurso esencial a un competidor puede reducir la posibilidad de que la empresa titular de ese recurso (por ejemplo el único puente sobre un río para el pase de trenes) pueda enfrentar competencia efectiva ¿Cómo evitar que prohibir esa conducta no disminuya los incentivos para invertir en la generación de este tipo de recursos esenciales? La discriminación de precios puede ser utilizada para limitar la competencia, pero, ¿cómo evitar el error de comprender dicha discriminación como el resultado de costos diversos para suministrar bienes y servicios a distintos consumidores?

El presente artículo pretende acercarnos, de manera preliminar a la problemática de algunas de estas llamadas prácticas predatorias, conciliando el análisis teórico con lo que ha venido arrojando la aún escasa jurisprudencia del INDECOPI sobre el particular.

## 2. ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN EL MERCADO

Las llamadas prácticas predatorias son modalidades de abuso de posición de dominio. Por ello, antes

de entrar al análisis de prácticas específicas, describiremos algunas de las herramientas conceptuales básicas para poder analizar casos de abuso de posición de dominio.

### 2.1 Posición de dominio en el mercado

Nuestra legislación de libre competencia distingue, de manera general, dos categorías de infracciones al Decreto Legislativo 701. La primera categoría está vinculada a lo que se conoce como abuso de una posición dominante en el mercado. La segunda categoría se refiere a las prácticas que impidan, limiten, restrinjan o distorsionen la competencia, conocidas normalmente como prácticas restrictivas.

Se entiende, de acuerdo con nuestra ley, que las empresas gozan de una:

“... posición de dominio en el mercado, cuando pueden actuar de modo independiente, con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores, debido a factores tales como la participación significativa de las empresas en los mercados respectivos, las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios, el desarrollo tecnológico de los bienes o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”<sup>1</sup>.

Un primer punto importante es que no se considera como infracción la situación dominante en sí misma, sino el abuso que se haga de ella. Se renuncia así a establecer la razonabilidad del monopolio, es decir a determinar si estamos ante un monopolio bueno o un monopolio malo. Se acepta el monopolio, y en general la concentración de poder económico, como un hecho que puede ser producto del propio sistema de competencia. Sólo se prohíbe el abuso de tal posición. No hay que confundir el uso de la posición con el abuso de la posición. Una empresa de ciertas dimensiones, con una inversión importante de capital y con una participación importante en el mercado puede tener una serie de ventajas para competir con otras empresas que no gozan de tal posición. Mientras el uso de su posición sea utilizado para generar eficiencia y con ello un mayor bienestar en los consumidores, dicho uso no debería ser cuestionado. Más adelante veremos en qué casos podría configurarse un abuso.

Sobre el particular, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea estableció claramente que:

<sup>1</sup> Artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

“Declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino simplemente significa que, sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada...”<sup>2</sup>.

La posición de dominio en el mercado se da cuando no existen suficientes ofertantes y/o demandantes como para evitar que alguno o algunos puedan determinar o influir de manera sustantiva en el precio y las condiciones ofrecidas en el mercado. En un mercado competitivo, todos (ofertantes y demandantes) son “tomadores” de precios y de condiciones. Esto quiere decir que asumen el precio y las condiciones como dadas, y quien los dicta es el mercado a través de un conjunto indeterminado de decisiones atomizadas. Sin embargo, cuando el número de ofertantes o demandantes no es suficiente para que esto se cumpla, uno o unos pocos tienen la facultad de fijar un precio y las condiciones de manera distinta a aquellos que el mercado arrojaría en libre competencia.

A esto se refiere el Decreto Legislativo 701 cuando dice que “...pueden actuar con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores...”<sup>3</sup>.

La norma hace alusión a factores generadores de los monopolios naturales descritos arriba. Así, las características de la oferta y la demanda son las que determinan que la solución más eficiente sea, en términos de reducción de costos, la existencia de una sola empresa, especialmente en casos en que la estructura de costos está principalmente determinada por los costos fijos, mientras los costos variables no son significativos.

El desarrollo tecnológico es otro factor que tiende a la formación de monopolios, sea porque la empresa tiene un monopolio legal para la fabricación de ciertos productos, a través de la protección de la propiedad industrial, principalmente patentes, o porque ha alcanzado mejoras tecnológicas que le permiten una reducción substancial de los costos de producción o una captura mayor de las preferencias de los consumidores que le permiten a su vez eliminar, a través de la propia competencia, a sus competidores. Finalmente, se recogen las limitaciones a fuentes de sumi-

nistro (monopolios de recursos naturales), distribución o financiamiento, es decir, a situaciones donde los recursos muestran una falta de flexibilidad que permita la aparición de competidores. Debemos reiterar, sin embargo, que la norma no critica ni sanciona tal situación en sí misma ni emite un juicio de valor sobre la existencia de estas “barreras” de entrada al mercado. Sólo nos dice que ellas existen.

Por lo tanto, una empresa no puede ser sancionada por tener un monopolio natural o por gozar de mayor tecnología o un acceso especial a recursos. Lo que se sanciona es el mal uso del poder que tales situaciones podrían estar dando a la empresa. Pero nótese que la diferencia entre calificar un uso como bueno o como malo deriva en un cambio en el sistema de incentivos para el desarrollo de prácticas eficientes y adecuadas frente a supuestas prácticas que afectan la competencia.

En todo caso, para poder establecer la existencia de una posición de dominio es necesario definir lo que se conoce como mercado relevante, es decir, dentro del mercado de qué bienes y servicios y dentro de qué límites geográficos puede existir y ejercerse dicha posición.

Para determinar la existencia de una posición de dominio en el mercado deben seguirse dos pasos: (1) debe determinarse el mercado relevante, es decir qué bienes y/o servicios puede considerarse que compiten con el de la empresa cuya posición en el mercado se quiere determinar, y dentro de qué espacio geográfico se da dicha competencia. Esto porque cuanto más competencia exista, menor será la posibilidad de que se considere que hay una posición de dominio, pero para ello hay que determinar precisamente a qué nivel de competencia está sujeta la empresa; y (2) determinar el nivel de concentración en el mercado, es decir cuál es el poder de mercado real que la empresa tiene en el mercado relevante, una vez determinado este último.

Una vez establecida la posición de dominio de la empresa en el mercado relevante, el paso siguiente es establecer si se abusó o no de tal posición, analizando tanto los supuestos tipificados expresamente en la ley, como los posibles casos de efectos equivalentes que encajen dentro de las cláusulas generales establecidas legalmente<sup>4</sup>.

<sup>2</sup> Michelin vs. Comisión Asunto 322/81 [1983] Rep 3461.

<sup>3</sup> Artículo 4 del Decreto Legislativo 701.

<sup>4</sup> Por “cláusula general” entendemos definiciones generales de prácticas dirigidas a cubrir supuestos no tipificados con toda especificidad. La estructura de la mayoría de leyes de competencia es similar. Cuentan con una enumeración relativamente detallada de conductas sancionables, pero además cuentan con una cláusula general que se utiliza como “cajón de sastre” para contemplar conductas dañinas a la competencia que no han sido tipificadas expresamente en la enumeración específica de conductas. Ello ocurre con el artículo 3 o con la primera parte del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

## 2.2 La definición de mercado relevante

Uno de los problemas no resueltos en nuestras regulaciones para definir la posición de dominio, es qué se debe entender por mercado relevante. Como ya indicamos, este concepto se refiere a cuál es el área geográfica en base a la cual se va a definir la participación en el mercado<sup>5</sup> y qué productos deben ser considerados sustitutos adecuados para determinar con qué productos se compite<sup>6</sup>.

Las empresas denunciadas o demandadas, frente a un caso concreto, siempre tratarán de definir el mayor mercado posible para así reducir su porcentaje de participación y tratar de probar que no tienen una posición de dominio de la que puedan abusar. Ello porque una conducta prohibida para una empresa en esta situación, es perfectamente permitida para todas las demás. Así, les conviene definir su participación dentro del mercado nacional antes que dentro de un mercado local, para así diluir su participación dentro de un ámbito mayor. De la misma manera, tratarán de señalar el mayor número de sustitutos posibles a fin de sostener la existencia de una competencia que les impide aumentar unilateralmente el precio o fijar las condiciones de comercialización en el mercado del bien específico que producen.

Es sumamente complejo definir los límites del mercado. Las situaciones cambian según las circunstancias de cada mercado particular, la movilidad de los recursos necesarios para producir un bien competitivo, el nivel de tecnología disponible, las preferencias de los consumidores, etc. La casuística puede hacer el análisis de cada caso diferente y son muchos los factores involucrados.

Quizás la mejor manera de formarse alguna idea es analizando casos que se han presentado ante la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI. En el caso Sociedad Nacional de Industrias vs. Pesca Perú<sup>7</sup>, la primera denunció a la segunda argumentando que tenía posición de dominio en el mercado de adquisición de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado y que venía abusando de la

misma al establecer condiciones discriminatorias respecto a la adquisición de los mismos en una licitación pública. La Comisión consideró que el mercado relevante no era el de sacos de polipropileno para envasar harina de pescado, sino el mercado de sacos de plástico en general, estableciendo implícitamente que las empresas que actúan en el mercado podían fabricar otro tipo de sacos, con lo que Pesca Perú no podía actuar con independencia de sus proveedores.

En el caso Instalaciones Electromecánicas S.A. con SEDAPAL<sup>8</sup>, la denunciante sostuvo que SEDAPAL gozaba de posición de dominio en la compra de esclusas de hierro fundido. La Comisión consideró que el mercado relevante no era el de esclusas de hierro, sino que incluía además las compuertas de acero fundido o de plancha estructural que eran perfectos sustitutos. A pesar de ello, consideró que igualmente SEDAPAL tenía posición de dominio en ese mercado ampliado pues era el principal comprador de esclusas.

En FONGALSUR vs. Gloria S.A.<sup>9</sup>, la primera denunció que la segunda abusaba de su posición de dominio en el mercado de compra de leche cruda en la cuenca lechera del sur. La Comisión estableció, sin que la Resolución permita establecer con claridad cuáles fueron los criterios utilizados, que el mercado relevante era el de la cuenca lechera del sur (cuyos límites geográficos no fueron definidos) respecto de la adquisición para usos industriales. Como se puede apreciar, se usó un concepto restrictivo de "mercado relevante" asumiendo implícitamente un mercado geográfico reducido (que podría encontrar su explicación en las dificultades de transportar leche cruda a otras localidades) y un uso determinado de la leche (uso industrial). Las razones de esto último no parecen, sin embargo, muy claras. En todo caso, en base a tal definición de posición de dominio, la Comisión encontró que sí había posición de dominio, aunque luego determinaría que no existió abuso de la misma, como veremos más adelante.

Un caso en el que la Comisión estableció algunos criterios de interpretación para la determinación de

<sup>5</sup> Por ejemplo, para determinar el grado de participación en el mercado de una empresa ubicada en Lima ¿se debe considerar el área de la provincia de Lima, la del departamento, la de la costa central o la del país en general?

<sup>6</sup> Por ejemplo, en el caso de alarmas contra robos, ¿se puede considerar como un competidor al fabricante de cerraduras de seguridad?

<sup>7</sup> Resolución 039-94-INDECOPI/CLC.

<sup>8</sup> Resolución 030-94-INDECOPI/CLC.

<sup>9</sup> Resolución 003-93-INDECOPI/CLC.

lo que es el mercado relevante, es *Medidores Inca S.A. vs. SEDA JULIACA*<sup>10</sup>. La primera denunció a la segunda por abuso de posición de dominio consistente principalmente en la discriminación de condiciones por exigir ciertas características técnicas en una adquisición de medidores que, a juicio de la denunciante, la discriminaban para participar en una licitación. Según la Comisión, para determinar cuál era el mercado relevante debía acudirse al análisis de, entre otros elementos, la “movilidad de los factores”. En base a este concepto la Comisión consideró que no procedía considerar al mercado de Juliaca como el mercado relevante, dado que los vendedores de medidores de agua están en posibilidad de vender sus productos en todo el territorio nacional. Este concepto de “movilidad de factores” parecería dirigido a establecer que los ofertantes de medidores pueden desplazar su producto a otros adquirentes si es que el denunciante no desea comprarlos. Esto refleja la idea de una visión dinámica de cómo funcionan los mercados y qué es lo que determina la existencia o no de una posición de dominio.

Un buen criterio para definir cuál es el mercado pertinente, dentro de la línea señalada en el párrafo anterior, es el que usa el Departamento de Justicia de los Estados Unidos para atacar las fusiones de empresas. En términos geográficos, se analiza cuál sería el efecto de un incremento en 5% del precio en la aparición de nuevos proveedores de un mismo bien o en las decisiones de los consumidores en el plazo de un año. Así, por ejemplo, se considera que si al incrementar un ofertante en Lima el precio de un producto en un 5% se crean incentivos para que proveedores en otras localidades (nacionales o internacionales) participen en ese mercado, o para que los consumidores hagan sus adquisiciones en otro mercado, y siempre y cuando dicha reacción se produzca en un plazo relativamente corto (un año), se debe incluir esos mercados para definir el porcentaje de participación de la empresa en cuestión. Si el incremento de 5% en el precio del único proveedor de un bien en Lima, hace que proveedores de Are-

quipa se trasladen a Lima o abran una distribuidora en esta ciudad o que los consumidores viajen a hacer sus adquisiciones en Arequipa dentro del plazo establecido, debe incluirse Arequipa como parte del mercado relevante<sup>11</sup>.

En términos de bienes sustitutos adecuados, el criterio debe ser similar. Si al incrementar el precio de un bien en 5% los consumidores van a desarrollar una tendencia a escoger el bien sustituto dentro de un plazo razonable de un año, se debe considerar como parte del mercado pertinente a efectos de definir la participación. Así, si al subirse el precio de las alarmas contra robo, el consumidor decidiera instalar cerraduras de seguridad, se considera que las cerraduras son un sustituto adecuado y por tanto sus productores son competidores de la empresa fabricante de alarmas. Lo mismo pasaría con productos como pan y galletas, cerveza y ron, fósforos y encendedores, si en ellos se presenta un desplazamiento similar como consecuencia de la modificación moderada del precio<sup>12</sup>.

Un ejemplo de la aplicación de este principio que aparece más claramente definido en la jurisprudencia administrativa peruana, se puede apreciar en el caso *Metales Bera del Perú S.A. vs. Minsur S.A.*<sup>13</sup>. En dicho caso Bera denunció a Minsur por supuesta negativa injustificada para contratar, pues se negaba a venderle estaño de sus minas para que la denunciante pudiera procesarlo. Cuando la Resolución de la Comisión analiza cuál es el mercado relevante geográfico, establece que en nuestro país la importación de estaño no está sujeta a ninguna limitación administrativa y está gravada con un arancel de 15%, salvo en el caso de las importaciones de Bolivia, en las que el arancel es 0% como consecuencia de la Decisión 321 del Acuerdo de Cartagena. Por otro lado la mina de Minsur se encuentra ubicada en el departamento de Puno, con lo que las diferencias entre las distancias entre esta mina y las minas bolivianas de estaño no son significativas, por lo que no existen diferencias importantes en el costo de transporte. Ello llevó a la Comisión a con-

<sup>10</sup> Resolución 009-94-INDECOPI/CLC.

<sup>11</sup> El número “mágico” de 5% podría no ser adecuado para una realidad como la peruana. En un mercado más competitivo como el estadounidense es comprensible que se hable de una variación relativamente pequeña, en el entendido de que la dinámica económica de dicho mercado permite una reacción más rápida y efectiva. Diversos consultores han recomendado en distintas oportunidades que en el país deberían usarse porcentajes mayores (entre 10 y 20%). En todo caso, el principio es adecuado así no lo sea la cifra. Lo importante es que el análisis comprenda que el mercado relevante debe determinarse a la luz de los incentivos competitivos existentes para controlar la capacidad de la empresa de fijar precios y condiciones.

<sup>12</sup> Nuevamente estamos frente a cifras aplicables a los Estados Unidos y que deberán adaptarse a las características y estructura de un mercado como el peruano.

<sup>13</sup> Resolución 067-INDECOPI/CLC.

siderar como el mercado relevante a Perú y Bolivia. Nótese que el análisis es muy similar al sugerido por el Departamento de Justicia. Las diferencias de costos entre una alternativa y otra permite diferenciar con qué productores, según su ubicación geográfica, se está en realidad compitiendo. Definido así el mercado, y no sólo el Perú, como sugirió Bera a lo largo del procedimiento, se concluyó que Minsur no gozaba de la posición de dominio que le permitiera cometer abusos como la negativa injustificada<sup>14</sup>. Quedaba así claro para la Comisión, que si Minsur se negaba a proveer a alguna empresa peruana ésta tenía como opción razonable el acudir a un proveedor boliviano, con lo que la posición de dominio (capacidad de actuar independientemente de sus clientes) era inexistente.

La idea central es identificar el dominio en el mercado en relación al poder de determinar el precio. Si esta facultad está controlada por la posibilidad de que proveedores de otras áreas geográficas abastezcan el área de la empresa en cuestión, o que los consumidores elijan bienes sustitutos, se considera, para efectos de determinar el porcentaje de participación en el mercado, las alternativas de los consumidores. No necesariamente el porcentaje tiene que ser de 5%. Este puede variar según las características de cada mercado. Lo importante es establecer la relación entre la idea de posición dominante y la facultad de afectar el precio, es decir, de no ser un "tomador" del mismo.

Estos elementos deben ser analizados con cuidado para determinar cuál es el mercado relevante en atención a las opciones que tienen los consumidores en dichos mercados.

### 2.3 Determinación del nivel de concentración en el mercado relevante

Una vez determinado cuál es el mercado relevante, el segundo problema a resolver es cómo determinar que una empresa ha concentrado una parte suficientemente grande de dicho mercado, es decir, si tiene o no efectivamente posición de dominio.

Un criterio usado con cierta frecuencia es establecer el porcentaje de participación en el mercado. Así, por ejemplo, puede considerarse que una empresa que tiene más del 50% del mercado tiene una posición de dominio<sup>15</sup>.

Sin embargo, tener en cuenta sólo la participación porcentual en el mercado es insuficiente para entender la capacidad que tiene una empresa para influir en el precio. La idea no es sólo identificar su participación particular, sino el nivel de concentración del mercado en que dicha participación se da. No es lo mismo actuar con un 30% de mercado cuando el resto está conformado por otras dos empresas (una con 30% y otra con el 40%) que tener un 30% frente a un número alto de empresas compitiendo (70 empresas con 1% del mercado cada una). Los riesgos para un funcionamiento adecuado de la economía son mayores en mercados con niveles de concentración mayores (es decir con menos "jugadores") que en mercados con niveles de concentración menores (es decir con muchos "jugadores").

Los mercados concentrados generan más riesgo de concertación entre los agentes económicos y hacen que las prácticas abusivas puedan ser más efectivamente desarrolladas.

La concentración de un mercado se da en función del número de empresas y de la participación de estas empresas en el mismo. En mercados muy concentrados aumentan las posibilidades de que una o un pequeño grupo de empresas puedan ejercer su posición dominante en el mercado de manera efectiva, principalmente porque se reducen los costos de transacción para llegar a una concertación, para desarrollar prácticas paralelas o para que el abuso de cierta posición en el mercado sea más efectiva. Cuanto menor sea el porcentaje de la oferta total que controla una empresa, deberá ser mayor la restricción de su producción para poder afectar el precio y es menos probable que esta restricción pueda serle beneficiosa. Cuando la acción colectiva de las empresas es necesaria para controlar el precio, se añade una limitación adicional. Si el número de empresas necesarias para controlar un porcenta-

<sup>14</sup> Mientras que con la definición del Perú como mercado relevante Minsur tenía prácticamente el 100%, la definición de Perú y Bolivia como mercado relevante reducía la participación a 46%.

<sup>15</sup> Así, por ejemplo, el Tribunal de la Comunidad Económica Europea consideró que cuotas de mercado durante un periodo de tres años que oscilaban entre 75% y 87% eran "tan grandes que eran en sí mismas prueba de una posición dominante." (Caso Hoffmann vs. La Roche). El mismo Tribunal consideró que cuotas entre 57% y 65% por periodos de tres años, sumado a la distancia con las cuotas de otros competidores (entre 4% y 8%) constituía una indicación válida de que existía posición de dominio (Caso Michelin vs. Comisión). Como veremos más adelante, la doctrina y jurisprudencia norteamericana ha ido por otro camino, pues consideran que mercados concentrados, donde hay varios competidores con participaciones importantes, pueden ser considerados más peligrosos para la competencia. En Europa, una empresa con menos de 30% de participación de mercado difícilmente será considerada como una con posición de dominio.

je fijo de la oferta total es mayor, el costo (entendido como costo de transacción) de que éstas lleguen a un acuerdo y que puedan hacerlo efectivo se eleva, y la posibilidad de que se llegue a ejercer el poder económico de manera efectiva se complica<sup>16</sup>.

Por ello, no basta establecer el porcentaje de participación de una empresa, sino el nivel de concentración del mercado en el que dicha empresa (o empresas) actúa. El Departamento de Justicia de los Estados Unidos utiliza lo que se conoce como el Herfindahl-Hirshman Index (en adelante, HHI) para medir el nivel de concentración en un mercado determinado. Este índice se calcula sumando los porcentajes de participación de todas las empresas en un mercado luego de elevarlos al cuadrado. Por ejemplo, si en el mercado existen cuatro firmas con participaciones de 30%, 30%, 20% y 20%, existe un HHI de 2600<sup>17</sup>. El HHI puede ir desde 10,000 (en el caso del monopolio puro, es decir, una empresa con el 100% del mercado)<sup>18</sup> hasta un número cercano a 0 (en el caso de un mercado muy atomizado, donde ningún proveedor superó el 0.1% de participación).

Si bien puede ser deseable tener información sobre todas las empresas involucradas, la falta de información sobre pequeñas empresas no es indispensable, pues no afectan el HHI de manera significativa.

En el caso del Departamento de Justicia en los Estados Unidos, en base a observación empírica, se han dividido los niveles de concentración en tres áreas: mercados desconcentrados (con un HHI menor a 1,000), mercados moderadamente concentrados (HHI entre 1000 y 1800) y mercados altamente concentrados (HHI superior a 1800). En estos últimos los riesgos a la competencia se consideran más altos.

Así, no es lo mismo tener un 20% de participación en un mercado desconcentrado que el mismo porcentaje en un mercado altamente concentrado. La posibilidad de acuerdos dirigidos a fijar precios y reducir producción, es mucho más clara en el segundo caso que en el primero. Por ello, no sólo se debe considerar el porcentaje de participación, sino el nivel de concentración en el mercado correspondiente.<sup>19</sup>

En la jurisprudencia del INDECOPI no aparece claro aún el uso de índices como el HHI (salvo algunos casos de concertaciones de precios) habiéndose sustentado la calificación de posición de dominio más en el simple porcentaje de participación en el mercado relevante.

Así, por ejemplo, en el caso de INEMEC vs. SEDAPAL, antes citado,<sup>20</sup> la Comisión consideró que una participación de 80% en el mercado relevante en los últimos dos años daba a SEDAPAL posición de dominio en el mercado de compuertas y esclusas.

En el caso Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino<sup>21</sup>, se determinó que la denunciada, Cemento Andino, gozaba posición de dominio en la costa y sierra central del país, pero sin indicar el porcentaje de participación, limitándose a afirmar que son las "...zonas donde se ha demostrado que la empresa denunciada puede actuar con independencia de sus proveedores, clientes y competidores...".

En Bera vs. Minsur<sup>22</sup> la Comisión consideró que 47% del mercado relevante (estaño producido en Perú y Bolivia) no constituía posición de dominio en favor de la denunciada.

<sup>16</sup> Justice Department Merger Guidelines. En: *The Bureau of National Affairs, Inc.* Washington D.C., suplemento especial. P. 5-6.

<sup>17</sup>  $(30)^2 + (30)^2 + (20)^2 + (20)^2$   
 $900 + 900 + 400 + 400 = 2,600$

<sup>18</sup>  $(100)^2 = 10,000$

<sup>19</sup> Nótese la diferencia substancial con la posición adoptada en el mercado europeo, en el que se considera más riesgoso un mercado con un "jugador" grande y muchos jugadores pequeños. La diferencia se encuentra en una distinta óptica de cuáles son los fines de la legislación antimonopolios. Así, para el sistema europeo aún subsiste la idea de que, al menos en parte, la función de las normas de libre competencia es proteger a empresas pequeñas. Por eso les preocupa que haya diferencias significativas entre los porcentajes de participación de las mismas en el mercado. En cambio, para la legislación norteamericana la preocupación es el bienestar del consumidor, y un mercado con mayor nivel de concentración total, es mucho más peligroso en cuanto ofrece menores opciones a los consumidores. Consideramos que la opción norteamericana es más adecuada.

<sup>20</sup> Resolución 030-94-INDECOPI/CLC.

<sup>21</sup> Resolución 018-95-INDECOPI/CLC.

<sup>22</sup> Resolución 066-96-INDECOPI/CLC.

De manera similar en el caso de Asociación Editorial Bruño contra otras empresas integrantes del Comité de Fabricantes de Material Didáctico de la Sociedad Nacional de Industrias<sup>23</sup> se consideró que no existía posición de dominio porque existía una participación de mercado inferior al 50%.

En el caso María del Carmen Molta Wendell vs. PROQUINSA se consideró que la empresa denunciada gozaba de posición de dominio en el mercado relevante porque había tenido una participación que normalmente había oscilado por encima del 50%, aunque ello no queda tan claro en la Resolución.

Si bien no se ha establecido como un precedente expreso, la práctica en el INDECOPI muestra que el punto de quiebre entre la existencia o no de posición de dominio gira en torno a participaciones de mercado de 50%, lo que guarda similitud con los criterios desarrollados en el sistema europeo.

#### 2.4 La cláusula general de abuso de posición de dominio

El problema no es sólo definir qué constituye una posición dominante, sino qué es abusar de tal posición. Como ya se indicó, la posición de dominio en sí misma no se encuentra sancionada. Es sólo el abuso de dicha posición lo que despierta la preocupación de las normas de libre competencia.

El Decreto Legislativo 701 trata algunos criterios para resolver este problema. En su artículo 5, se establece que una o varias empresas abusan de su posición dominante cuando "...actúan de manera indebida, con el fin de obtener beneficios o causar perjuicios a otros que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio".

El "actuar de manera indebida" debe entenderse referido a utilizar la participación en el mercado de manera tal que se produzca un daño distinto al mero daño concurrencial, es decir, el derivado de una competencia leal y libre por medio de precios, calidad y condiciones de comercialización. Este es quizás el problema principal que plantean los casos de abuso de posición de dominio ¿Cómo diferenciar los daños causados por una práctica abusiva del mero daño concurrencial? En sus efectos pueden ser muy similares: reducción de participación de empresas competidoras por salida de estas del mercado. Así, la meta que se trazan las empresas para

competir agresivamente es la misma que se trazan para desarrollar prácticas predatorias. Por ello, las dificultades para determinar si estamos frente a un abuso son substanciales.

El uso de la posición de dominio puede ser entendida de dos maneras, según las circunstancias. La primera es el uso de las eficiencias derivadas de las economías de escala. De hecho, las empresas desarrollan capacidades competitivas en función a su tamaño. Este les permite reducir costos, integrar mejor su aparato productivo y con ello ofrecer mejores productos a bajos precios. La segunda es que el tamaño les da la posibilidad de obtener ventajas ilícitas que no hubieran podido obtener de no ser precisamente por dicho tamaño.

El error en la autoridad que califica la práctica puede tener consecuencias fatales para el mercado. Si la autoridad sanciona a una empresa por usar su eficiencia productiva al competir está penalizando precisamente la eficiencia que el mercado busca generar. Al hacerlo, el mensaje que está mandando es que las empresas sean menos eficientes. Esta situación exige una actuación muy cautelosa de la autoridad. De ello se deriva que en caso de duda sobre la naturaleza ilegal de la práctica se presume la legalidad de la misma. Por tanto, los efectos nocivos de una actuación deberán haber quedado acreditados de manera contundente y los posibles beneficios de la misma no deberán ser importantes para que dicha actuación pueda ser calificada finalmente como un caso de abuso de posición de dominio.

Los intentos por encontrar definiciones claras que nos den principios predecibles de actuación han sido intensos pero en general han fracasado. Los límites entre lo eficiente y lo abusivo son sumamente ambiguos e imprecisos, poniendo de manifiesto el riesgo de actuación de las autoridades.

El Tribunal de la Comunidad Económica Europea<sup>24</sup> definió que:

"El concepto de abuso es un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o

<sup>23</sup> Resolución 067-96-INDECOPI/CLC.

<sup>24</sup> Caso Hoffmann vs. La Roche.



servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia.”

Este principio de “competencia normal” es fundamental para entender qué puede ser considerado abuso. Una práctica abusiva es aquella que no sería posible en condiciones de competencia normal, en la que los competidores son tomadores de precios y condiciones del mercado, y que la empresa con posición de dominio desarrolla para reducir o evitar el incremento de la competencia existente. Pero, nuevamente, los límites entre “competencia normal” y “competencia anormal” no son fáciles de establecer.

El daño concurrencial es legítimo y aceptable, pues es consecuencia de la mayor eficiencia de una empresa frente a la menor eficiencia de la otra. El sistema debe garantizar al consumidor elegir lo que considera mejor para sus intereses. Si dicha elección se deriva de prácticas correctas y adecuadas de las empresas, el daño que se produzca es legítimo, y la autoridad de competencia no podrá cuestionarlo.

Como dijimos, la existencia de empresas más grandes puede ser beneficiosa para los consumidores, si como consecuencia de una economía de escala, la reducción de los costos de producción se traduce en precios más bajos o en mayor eficiencia productiva, es decir, en más riqueza y bienestar.

Como se puede deducir de la lectura del ya citado artículo 5, los requisitos para que exista un abuso de posición de dominio son:

**a) Que exista posición de dominio:**

Esto es que, de acuerdo a los principios establecidos en los puntos anteriores, la empresa o empresas involucradas tengan una participación tal en el mercado relevante que, dadas las características del mismo, puedan actuar con independencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores.

**b) Que se actúe de manera indebida:**

Así, la empresa deberá actuar en contra de principios básicos de conducta tipificados expresamente en la ley o que puedan tener efectos análogos. La actuación indebida no implica necesariamente y en todos los casos acreditar la intencionalidad. Basta que la conducta rompa con lo que puede considerarse una competencia leal y libre basada en la propia capacidad de satisfacer al consumidor. Sin embargo, como veremos más adelante, muchas veces la intencionalidad es un elemento importante para

probar la práctica, en especial cuando nos referimos a las llamadas prácticas predatorias. Es más, en muchas ocasiones será la prueba de la intencionalidad lo que definirá cómo se resuelve el caso.

**c) Que se obtengan beneficios o se causen perjuicios que no hubiesen ocurrido de no haber existido posición de dominio:**

Los perjuicios y beneficios deben estar presentes en el caso. La empresa con posición de dominio debe estar en posibilidad de obtener beneficios actuales o potenciales de su acción, y a la vez, dicha actuación, debe ocasionar perjuicios a los demás competidores y/o a los consumidores de los bienes y servicios pertinentes. Aquí conviene destacar que el perjuicio realmente relevante es el que se ocasionaría al consumidor. Sin embargo, en muchos casos el daño al consumidor es consecuencia o se produce simultáneamente con los daños a los competidores. Pero un daño a los competidores que no afecte o perjudique a los consumidores es un daño que no nos debería preocupar, pues podría ser considerado un simple daño concurrencial. Este elemento es fundamental para distinguir casos de daño concurrencial del daño por abuso. Si los consumidores se benefician de los esfuerzos de una empresa por desplazar a otra del mercado, entonces podríamos calificar el daño ocasionado a los competidores como uno concurrencial, y no como un caso de abuso.

No es necesario acreditar que se han causado los daños y se han obtenido los beneficios. Bastará que sean potencialmente consecuencia de la conducta. En cualquier caso, el término “con el fin” no implica que tenga que probarse necesariamente la intención, pudiendo la misma derivarse de la conducta objetivamente desarrollada.

Es importante tener en cuenta que en ocasiones las propias normas han tipificado expresamente ciertas conductas consideradas como abusos, aunque ello no implica que se trate de infracciones “*per se*” ilegales. Pero además las cláusulas generales, como el propio primer párrafo del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 y las remisiones expresas a la sanción de prácticas con efectos equivalentes, permiten incluir otros casos de abusos no expresamente tipificados. Así lo ha reconocido en distintas oportunidades la jurisprudencia del INDECOPI, sobre el particular.

Una herramienta útil para entender la figura de abuso de posición de dominio en el mercado es una figura típica del Derecho común: el abuso de derecho. Si bien los casos de abuso de posición de dominio están reconocidos expresamente en la ley,

por lo que no se cumple uno de los requisitos establecidos en la doctrina para la aplicación de la figura del abuso del derecho (es decir que se afecte un interés no protegido por una específica prerrogativa jurídica) la estructura lógica de la institución guarda vinculación evidente.

En ambos casos está reconocido un derecho subjetivo. En concreto las empresas están legitimadas a competir vía precios, condiciones y calidades, pudiendo elegir con quién contratan y en qué términos lo hacen. Además, la ley les permite acumular una posición en el mercado que les permita actuar con cierta independencia de sus competidores. Sin embargo, la conducta desarrollada, no prohibida expresamente, resulta teniendo efectos disfuncionales o antisociales en relación a los fines por los cuales se reconoció el derecho al titular.

Así, el derecho a competir se otorga a las empresas para que dicha competencia genere beneficios para el mercado, y en particular, para los consumidores. El alcanzar economías de escala es otra manera de maximizar la eficiencia económica y por dicha vía mejorar el bienestar de los consumidores. Pero cuando dichos fines son desnaturalizados por la propia actuación de los agentes económicos, el Estado se reserva el derecho a intervenir para corregir la distorsión.

El problema que se enfrenta con ello es evidente y es el mismo que se tiene para aplicar la teoría del abuso del derecho: hay que hacer un análisis caso por caso. En el abuso de posición de dominio hay que analizar la razonabilidad de la conducta, es decir, los eventuales efectos antisociales o disfuncionales de la conducta, a diferencia de lo que ocurre con ciertas prohibiciones expresas en la ley, que tienen la naturaleza de prácticas "*per se*" ilegales. Así, de la misma manera que el Código Civil sanciona con nulidad los contratos celebrados sin cumplir una formalidad prevista en la ley, puede sancionar como ilegales "*per se*" ciertas conductas. Pero en el campo del abuso del derecho, la regla "*per se*" no puede operar precisamente porque se requiere un análisis de los efectos específicos de cada caso en relación a la finalidad o función económica o social por la que se reconoció el derecho del que ahora se abusa.

Así, siempre deberá recurrirse a un análisis de los efectos cuando se evalúa la existencia de casos de abuso de posición de dominio, y en particular cuando se analiza las llamadas prácticas predatorias.

### 3. Las Prácticas Predatorias

Se consideran prácticas predatorias aquellos supuestos en los que una empresa que goza de posición de

dominio en el mercado utiliza dicha situación para desarrollar conductas dirigidas o que tienen por efecto el desplazamiento de uno o varios competidores por medios distintos a la competencia normal. Son conductas que en su estructura afectan directamente a competidores y en consecuencia afectan a los consumidores de manera indirecta, por la vía de reducir las opciones de los mismos en el mercado.

Nótese que no toda eliminación de competidores es mala para el consumidor. Si bien puede argumentarse que ello reduce sus opciones, si dicha reducción se produce como consecuencia de mejores precios, condiciones o calidades, sin que exista ninguna conducta ilícita, entonces estaremos frente al proceso competitivo actuando y está en su dinámica precisamente captar y desviar las preferencias de los consumidores.

Es quizás en el área de las prácticas predatorias donde el dilema entre uso eficiente de las economías de escala y posible abuso de posiciones de dominio en el mercado se torna más complejo y difícil de resolver. Y ello quizás radique en que el daño al consumidor es indirecto, lo que hace difícil distinguir cuándo es competencia agresiva y cuándo abuso de posición de dominio.

A continuación vamos a analizar tres supuestos específicos de las llamadas prácticas predatorias, a fin de establecer las condiciones y presupuestos teóricos y prácticos de análisis que deben seguirse para distinguir posibles actos ilegales de posibles actos legítimos dentro de una atmósfera competitiva. Estos supuestos son (1) precios predatorios, (2) discriminación de precios y (3) negativa injustificada de contratar. Lo que tienen en común los tres es que se darían en la modalidad de predación de mercados, esto es, con la intención de debilitar o eliminar la competencia de un competidor usando la posición de dominio de una manera no lícita.

#### 3.1. Precios Predatorios

La doctrina reconoce a los precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio en el mercado. Consisten en el supuesto de que una empresa, con posición de dominio en el mercado, reduzca sus precios por debajo de sus niveles de costos con la intención de generar pérdidas en su competidor y así sacarlo del mercado.

El propio uso del término "predación" evoca una conducta intencional o al menos conciente de sus consecuencias, y conciente de que supuestamente refleja una estrategia dirigida a excluir a un competidor o a un grupo de competidores del mercado o a desincentivarlos a entrar al mismo usando precios que los forzarán a pérdidas para poder competir o a

llevarlos a suspender actitudes competitivas. Nótese, sin embargo, que estas prácticas generan, al menos en el corto plazo, beneficios para los consumidores, que pagan por los bienes y servicios menos de lo que estos cuestan. La preocupación surge porque en el largo plazo la eliminación de competidores podría llevarlos a pagar precios monopólicos derivados de la existencia de menos competidores, o por lo menos competidores “disciplinados” por la práctica del predador.

Como señala Bork<sup>25</sup>, la predación puede entenderse como:

“(…) una agresión deliberada de una empresa contra uno o más rivales a través del uso de prácticas de negocios que no serían consideradas como dirigidas a maximizar utilidades salvo por la excepción que (1) los rivales sean sacados del mercado, dejando al predador con una participación del mercado suficiente como para obtener ganancias monopólicas, o (2) los rivales sean golpeados suficientemente como para abandonar un comportamiento competitivo que el predador encuentra inconveniente o desafiante. Siendo que el resultado causa detrimentos al bienestar del consumidor, la predación no puede clasificarse como eficiencia superior.”

La predación suele ser considerada sancionable en el caso de que sea llevada a cabo por empresas que gozan de una posición de dominio en el mercado. Las razones de tal requerimiento son obvias. Una empresa que decide realizar prácticas predatorias en contra de otra sufrirá pérdidas causadas precisamente por los costos de financiar la predación. En el caso de que la empresa no goce de posición de dominio en el mercado, carecería de alguna ventaja que marcara la diferencia con una simple competencia por precios. Incluso si se demostrara que una empresa está vendiendo sus productos a pérdida, su actitud no puede ser sancionada pues puede tratarse de estrategias válidas y aceptables para introducir o ganar una mayor penetración del bien que produce en el mercado.

Cualquier teoría sería de lo que es predación debe partir de la constatación de que la empresa predatoria va a incurrir en pérdidas durante el desarrollo de su práctica, pero está en la capacidad de hacer un cálculo racional que considere las pérdidas como inversión en búsqueda de ganancias monopólicas

futuras. Para ello, las ganancias futuras esperadas deben superar las pérdidas actuales<sup>26</sup>.

Tanto la doctrina legal como la económica discuten intensamente sobre la viabilidad de que pueda existir o no una política de precios predatorios efectiva, es decir que pueda tener como resultado la consolidación o refuerzo de una posición de dominio. A ello se suman los problemas complejos de diferenciar una política de precios predatorios de una simple competencia agresiva en el mercado que permita identificar a la primera como ilegal. Incluso vender por debajo del costo puede ser una estrategia de negocios válida para una empresa con posición de dominio. Pero lo más complejo es que debe calcularse cuál es el costo de producción para poder determinar que el precio se encuentra por debajo, lo que plantea dificultades prácticas y teóricas importantes.

Los riesgos de poder establecer la diferencia entre competencia y predación llevan a que deba actuarse con mucha cautela cuando se analiza su existencia. Un error en la autoridad que aplica la norma, puede llevar a que se creen desincentivos a bajar costos para ofrecer precios más competitivos, con evidente perjuicio al consumidor. El mal que se trata de evitar es que, luego de que la predación haya sido exitosa, la empresa con posición de dominio use la participación obtenida en el mercado para fijar precios monopólicos. Pero si la conducta es legítimamente una de competencia, estamos frente a un supuesto de crecimiento interno sustentado en una mayor eficiencia competitiva.

Las empresas en un mercado pueden enfrentar costos diferentes, en especial como consecuencia de los diversos niveles de eficiencia que pudieran alcanzar. Ello podría ser otra explicación a la existencia de precios bajos. El error de la autoridad al calificar la práctica reduciría evidentemente los niveles de bienestar de los consumidores involucrados. Por eso es que los costos que deben analizarse para determinar que los precios son inferiores, no son los costos de la industria en general, sino los de la empresa en particular, lo que a su vez plantea retos mayores y una mayor complejidad en el análisis.

Las dudas sobre si la predación es una práctica real y posible o sólo es producto de la imaginación de algunos economistas o abogados, parten de la necesidad de comprender bajo qué condiciones una

<sup>25</sup> BORK, Robert H. *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*. New York: The Free Press, 1993, p. 144.

<sup>26</sup> Bork, op cit, p. 145.

empresa puede estar en capacidad de soportar pérdidas para depredar el mercado y luego consolidar una posición de dominio que permita obtener ganancias monopólicas que cubran tales pérdidas.

Así, uno de los elementos económicos que debe necesariamente definirse es si la empresa que desarrolla la práctica no sólo pueda agotar y derrotar la resistencia de sus rivales a un elevado costo en la guerra de precios, sino además pueda generar ganancias rápidas y de manera efectiva que le permitan superar las pérdidas sufridas durante el desarrollo de la predación.

En un mercado abierto, y con costos de acceso bajos, es sumamente improbable (por no decir prácticamente imposible) que una práctica de predación pueda funcionar. Los costos de depredar probablemente superarán las ganancias monopólicas que se puedan obtener. Una empresa puede soportar pérdidas por meses o hasta por años en su intento de eliminar un competidor. Pero si tiene éxito en su estrategia, nada le garantiza que en un período substancialmente más corto nuevas empresas entren al mercado y controlen su capacidad de cobrar un precio monopolístico. Y ello se hace aún más difícil de entender si consideramos que, precisamente, la elevación de precios luego de la "victoria" genera de inmediato incentivos para la entrada de nuevos competidores.

Para Bork el cumplimiento de las condiciones necesarias para que la estrategia del predador tenga éxito son sumamente inusuales. Las pérdidas durante el período que dura la guerra serán proporcionalmente más altas para el predador que para sus rivales, porque se ve obligado a gastar más para poder expandir su producción, mientras que su víctima no sólo no expandirá su producción, sino que tiene además la opción de reducirla y de esa manera reducir sus costos<sup>27</sup>.

El predador deberá literalmente "aplastar" a su rival hasta eliminar la utilidad y rendimiento de todos sus bienes y recursos, con los costos consiguientes. Y luego de logrado su objetivo, el predador se torna en enemigo de sí mismo pues, si sube el precio, crea incentivos para que vuelvan a aparecer competidores.

Bajo tal perspectiva los costos de la predación parecen prohibitivos, las posibilidades de fracaso son significativas y las de éxito remotas.

A estas condiciones se añaden otros elementos que dificultan la predación. La facilidad de salida es simétrica con la facilidad de entrada. Cuanto más fácil sea sacar a una empresa del mercado será más fácil que una nueva entre al mismo. Por su parte, cuanto más difícil sea sacarla del mercado, más difícil será que una nueva entre al mismo. Esta relación hace de la predación normalmente un muy mal negocio.

A ello debemos añadir que mientras las pérdidas son reales, actuales y tangibles, las ganancias de la predación son potenciales, futuras e inciertas. A la incertidumbre, y los costos del riesgo a ella asociados, debe añadirse que el predador deberá descontar a sus ganancias futuras la tasa de interés, pues está financiando con ganancias actuales, eventuales ingresos extraordinarios futuros y quizás lejanos<sup>28</sup>.

Si a ello añadimos los riesgos de un error de la autoridad, dada la dificultad de prueba (pues exige demostrar que se está vendiendo por debajo del costo marginal, lo cual es muy difícil de calcular), es probable que la persecución de esta falta tenga más posibilidades de dañar al consumidor que de ayudarlo y mejorar su situación. Por eso en su sanción debe tenerse mucho cuidado.

Sin embargo, de la argumentación presentada no se desprende que la práctica de precios predatorios no pueda darse en la realidad si se cumplen ciertas condiciones.

Como ya se dijo, la predación es un caso de abuso de posición de dominio, es decir, que exige demostrar la existencia de posición de dominio, aunque no necesariamente en el mercado en el que se produce, sino en otro distinto en el que participe la empresa. Así, puede darse que una empresa que tiene posición de dominio en el mercado de Lima (que debería ser el mercado relevante determinado según los criterios mencionados líneas arriba) use sus ganancias monopólicas en dicho mercado para "subsidiar" su ingreso al mercado de Arequipa, o que utilice su posición de dominio en el mercado de cerveza para subsidiar el precio de las gaseosas, mercado en el que no cuenta con posición de dominio. Si bien la predación puede usarse en el mismo mercado en el que se tiene posición de dominio (para disciplinar o eliminar a competidores reales o potenciales), ello no es un requisito para configurar la práctica, pu-

<sup>27</sup> Bork, op cit, p. 149.

<sup>28</sup> Bork, po cit, loc. Cit.

diendo usarse una suerte de “subsídios cruzados” para obtener las metas que el predador se ha fijado.

Un segundo requisito, es que los costos de reingreso al mercado depredado sean suficientemente altos como para permitir a la empresa depredadora mantener la participación de mercado ganada por la práctica por suficiente tiempo y de la manera adecuada como para obtener ganancias extraordinarias que le permitan compensar, con creces, las pérdidas sufridas durante la práctica. Por ello, la predación será más probable en mercados con altos costos legales de acceso (sujetos a permisos, concesiones o autorizaciones difíciles de conseguir) o que requieran una inversión muy alta para entrar en ellos (que implique la existencia de costos hundidos significativos).

Un tercer requisito es que la posibilidad de afectar a la empresa víctima de la práctica permita obtener resultados en relativamente corto tiempo. Ello implica que el mercado en cuestión permita un fácil desplazamiento de la demanda como consecuencia de la variación en los precios (es más difícil en mercados donde la fidelidad a la marca o la calidad del servicio tiene un peso específico importante). Por ello, debe ser considerada sospechosa una alegación de que existen prácticas predatorias por períodos relativamente largos de tiempo.

Así, por ejemplo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Matsushita Electric Industrial Co. Ltda. vs. Zenith Radio Corporation*<sup>29</sup> analizó el caso de una supuesta práctica predatoria llevada a cabo por una serie de productores japoneses de productos electrónicos, en especial televisores, para venderlos a precios que implicaban pérdidas en el mercado norteamericano, con el fin de sacar a los productores estadounidenses del mercado. Según lo que alegaron los demandantes, esta práctica se venía desarrollando desde los años 50's y había sido continua hasta la década de los 80's, en la que el caso fue resuelto. La Corte Suprema consideró, entre otros argumentos, que no podían encontrarse motivos razonables para una práctica de ese tipo que llevara a los productores japoneses a generar pérdidas tan elevadas por un período tan largo de tiempo, sin tener posibilidades aparentes de obtener algún éxito. La Corte concluyó que existía consenso en la doctrina de que las prácticas de precios predatorios eran raramente utilizadas y eran aún más raramente exitosas, citando a una serie de autores destacados como Bork, Areeda & Turner,

Easterbrook, Koller. McGee. Cita también otro caso (*Northeastern Telephone Co. vs. American Telephone & Telegraph Co*<sup>30</sup>) en el que se determinó que “En ninguna parte de la reciente literatura sobre el tema los comentaristas sugieren que los precios (predatorios) sean o comunes o posibles de ocurrir.”

Las normas generales de libre competencia peruanas no regulan de manera expresa la existencia de precios predatorios como un caso de abuso de posición de dominio. Sin embargo, la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI ha considerado que podría sancionar dicha práctica. Así, en el caso *María del Carmen Molta Wendell vs. PROQUINSA*<sup>31</sup> la Comisión analizó la posibilidad de sancionar a la denunciada por precios predatorios. Si bien al final consideró que dicha política no había sido desarrollada, consideró que de haberse encontrado elementos de juicio suficientes se debería de haber sancionado a la denunciada. La Comisión no citó en base a qué artículo hubiera podido sancionar por precios predatorios, limitándose a citar, de manera genérica, el Decreto Legislativo 701.

Una posibilidad es considerar que la misma se encuentra contemplada en el inciso “b” del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, que establece que es un caso de abuso de posición de dominio la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes. Así, si una empresa ofrece a sus clientes en Arequipa un precio inferior al que ofrece a sus clientes en Lima, que no pueda justificarse en diferencias de costos apreciables entre vender en ambos mercados, podría configurarse una discriminación de precios dirigida a excluir a sus competidores actuales o potenciales en Arequipa. La discriminación de precios podría entonces entenderse como un caso de subsidio cruzado.

Sin embargo la norma no resultaría aplicable directamente en el caso de que el subsidio cruzado se dé no entre dos mercados geográficos (Lima y Arequipa) sino entre dos productos o servicios (cerveza y gaseosas) en las que las ganancias monopólicas en el mercado de uno de ellos permitan subsidiar los precios en el mercado del otro.

En cualquier caso, podría ser un supuesto que caería perfectamente dentro de la cláusula general (primer párrafo del artículo 5, concordado con el inciso “f” del mismo artículo que permite sancionar otros casos de efecto equivalente).

<sup>29</sup> 475 US 574, 89 L. De 2d 538, 106 S Ct 1348

<sup>30</sup> 455 US 943, 71 L De 2d 654, 102 S Ct 1438 (1982).

<sup>31</sup> Resolución 070-96-INDECOPI-CLC.

Bajo el régimen general, la política de precios predatorios debe ser analizada bajo la “regla de la razón”, es decir, que la práctica debería ser sancionada sólo en el caso que se demuestre que ésta no es racional o buena para la economía, es decir, que tenga efectos nocivos para el bienestar de los consumidores en el largo plazo. Ello evitará, a su vez, confundir la predación con competencia agresiva entre las empresas, con las lógicas consecuencias negativas de tal error.

A fin de ver la aplicación de algunos de los conceptos analizados en la práctica, es importante analizar lo establecido en el caso *María del Carmen Molta Wendell vs. PROQUINSA*<sup>32</sup> en el que la Comisión estableció una serie de criterios dirigidos a determinar la existencia de precios predatorios.

La Comisión definió como precios predatorios “...aquellos que resultan inferiores a un nivel determinado de costos, establecidos con la intención de eliminar del mercado a uno o varios de los competidores...”. Como se puede apreciar la Comisión establece un requisito de intencionalidad en la práctica, común a lo que se conoce como prácticas predatorias.

Los efectos que la Comisión considera que se derivan de una política de precios predatorios son: (1) rebajas selectivas de precios, (2) nivel de precios no rentable o poco rentable, y (3) una política de precios dirigida a un competidor específico<sup>33</sup>. Nótese cómo estos requisitos, en especial el primero y el tercero, establecen una posible vinculación entre la política de precios predatorios y una posible política de discriminación de precios, lo que reforzaría la hipótesis de una eventual aplicación del inciso b del artículo 5 del Decreto Legislativo 701.

La Comisión advierte, sin embargo, de los riesgos de confundir una política de precios predatorios con competencia efectiva en el mercado:

“...debe tenerse presente que la competencia por precios es una característica normal y esperada del proceso competitivo. Por tanto, las reducciones de precios pueden ser muestra del proceso de compe-

tencia efectiva incluso en un mercado donde una empresa detenta posición dominante y no deben estar prohibidas por el hecho de perjudicar al competidor, puesto que ello constituiría solo un daño concurrencial.”

Como hemos visto, la conjunción de precios no rentables o poco rentables junto con la intencionalidad en la acción constituyen elementos claros para tipificar una conducta determinada como un caso de precios predatorios. Sin embargo, la Comisión hace algunas precisiones, estableciendo incluso una situación en la que parecería no ser necesario ir a la intención que inspira la conducta:

“...no todo precio establecido por debajo de los costos es un precio predatorio. Por el contrario, siempre será un precio predatorio aquel que esté por debajo del costo variable medio -es decir, el resultado de la suma de todos los costos variables entre el número de unidades producidas. Los costos variables son aquellos que están en función al nivel de producción, es decir, que aumentan si se incrementa la producción. Finalmente, los precios inferiores al precio total pero superiores al costo variable medio sólo serán predatorios si son parte de una estrategia dirigida a expulsar del mercado a uno o varios competidores.”<sup>34</sup>

En el caso concreto la Comisión consideró, por la vía de comparar los precios de los competidores en el mercado, que las diferencias de precios existentes entre el competidor supuestamente afectado y la denunciada no se debían a una política de precios predatorios, sino por el contrario a diferencias en la estructura de costos que enfrentaba cada una, y que por tanto no se había tipificado un caso de abuso de posición de dominio.

Para llegar a esta conclusión, la Comisión analizó los siguientes aspectos: (1) el denunciado tenía un mayor número de líneas que su competidora, por lo que podía distribuir sus costos fijos entre más productos, situación conocida como economía de alcance, (2) los montos de depreciación eran diferentes al haberse adquirido sus activos en momentos distintos, (3) la denunciada importaba uno de sus

<sup>32</sup> Ibid.

<sup>33</sup> Estos tres requisitos han sido tomados por la Comisión de la experiencia y jurisprudencia de la Comunidad Económica Europea, tal como se puede apreciar en BELLAMY, Christopher y Graham CHILD. *Derecho de la Competencia en el Mercado Común*, Madrid: Civitas, p. 537.

<sup>34</sup> Este principio fue tomado de la jurisprudencia europea, en especial del caso *ECS vs. AZCO* (Asunto 62/86, sentencia del 3 de julio de 1991). ECS era una pequeña empresa que suministraba peróxido benzónico, sustancia química usada para molinero de harina y para la

insumos principales a granel y en grandes volúmenes junto con otras empresas, mientras su competidora lo adquiriría en el mercado local a un precio mayor, (4) la técnica utilizada por la denunciada le permitía ahorrar en el costo de combustible y (5) al entrar el competidor, la denunciada se encontraba ya posicionada en el mercado, con lo que tenía menores costos de transacción -ventas.

Así, la Comisión concluyó que los precios siempre estuvieron por encima de los costos totales (con excepción de uno solo de los meses dentro del periodo investigado), y por tanto por encima de los costos variables. Siendo que sólo en un mes los precios fueron menores a los costos totales, la Comisión concluyó que no era posible derivar una intención predatoria de dicha conducta dada la poca importancia de los posibles efectos del precio bajo en un período tan corto.

Es importante destacar lo importante que es normalmente derivar la existencia de una intención predatoria para poder sancionar la práctica, y evitar así su confusión con una simple competencia efectiva de precios.

Una estrategia de precios predatorios podría incluir el caso de ofertar bienes o servicios gratuitos, por lo menos en un inicio. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que ello debe analizarse con cuidado. Es usual en la introducción de bienes al mercado o en estrategias agresivas de competencia, que se ofrezcan muestras gratis o se otorgue un servicio gratuito por un periodo. Ello se puede ver en mercados como la televisión por cable en los que el posicionamiento permite "capturar clientes" en el mediano plazo lo que lleva a que algunas empresas ofrezcan instalación gratuita<sup>35</sup>. En consecuencia, dicho hecho en sí mismo, no permite acreditar la existencia de una práctica predatoria, sobre todo si los plazos de gratuidad son razonables y obedecen a prácticas usuales en el mercado. Así, la gratuidad por plazos

razonables es más una estrategia competitiva antes que un abuso de posición de dominio, salvo que se demuestre la existencia de subsidios cruzados con otros productos o servicios que permitan ejercer la práctica de manera poco razonable.

Como se puede ver, las condiciones para que una política de precios predatorios se dé realmente en el mercado son sumamente inusuales y será extraño encontrar casos en los que realmente se pueda considerar que se está infringiendo la Ley. Ello, sin embargo, no implica que no existirán denuncias sobre el particular. De hecho empresas que tengan problemas para competir con otra, principalmente porque su competidor ofrece precios atractivos, posiblemente imputará dicho hecho a una supuesta práctica de precios predatorios. La autoridad debe mostrarse bastante escéptica sobre la existencia de esas prácticas, y solo deberá entrar a tallar en casos en que la conducta sea claramente anticompetitiva.

### 3.2 Discriminación de precios y condiciones

Otro caso de abuso de posición de dominio, que podría estar vinculado con una política de precios predatorios, es la discriminación de precios y condiciones en el mercado. Como la mayoría de casos de abuso en la legislación antimonopólica general, la discriminación es una práctica sujeta a la "regla de la razón", es decir, una práctica que sólo será ilícita si se demuestra que tiene efectos no deseados en el mercado, y en particular en el bienestar de los consumidores.

Las empresas, en principio, se encuentran en absoluta libertad de discriminar precios y condiciones entre sus clientes. Sin embargo, como ya hemos visto, las normas de libre competencia depositan obligaciones más gravosas sobre las empresas que gozan de posición de dominio.

Pero incluso en empresas que gozan de posición de dominio, la discriminación puede ser una práctica

fabricación de plástico. Sin embargo, ECS tradicionalmente había vendido la sustancia a fabricantes de harina. AZCO, empresa con posición de dominio en la venta de peróxido benzónico, amenazó a ECS con sacarla del mercado de aditivos de harina si no dejaba de vender en el mercado de plásticos. AZCO comenzó a vender la sustancia con rebajas a los clientes harineros de ECS. La Comisión sancionó a AZCO en base a que los documentos encontrados demostraban la intención firme de castigar e incluso eliminar a ECS del mercado atacando su base en el mercado de aditivos para harina como sanción a su expansión al mercado de plásticos. El Tribunal Europeo confirmó la resolución (aunque redujo la sanción) señalando que una empresa con posición dominante no puede debilitar la competencia a través de medios distintos a los que serían el uso de una competencia normal. Así sostuvo que eran abusivos los precios inferiores a la media de los costos variables, señalando que el único interés de la empresa en tales circunstancias sería eliminar a su competidor. Señaló además que en caso los precios fuesen inferiores a la media de los costos totales, pero superiores a la media de los costos variables, debe considerarse que la conducta es abusiva cuando se fijan en el marco de un plan que tenga por objeto eliminar a un competidor.

<sup>35</sup> Otro caso que se presentó en el Perú, fue cuando en el lanzamiento del sistema de Administradores de Fondos de Pensiones -AFPS- la AFP Horizonte se lanzó al mercado ofreciendo no cobrar a sus afiliados comisión fija por un periodo. Las demás AFPS reaccionaron, aunque nunca plantearon un procedimiento formalmente, considerando la práctica como predatoria (aunque nunca la denunciaron formalmente). Sin embargo se trataba de una práctica legítima. Si bien no existía en dicho momento una posición de dominio, en el supuesto que la hubiera tenido aparece como razonable hacer una oferta de introducción en dichos términos.

necesaria y legítima. En primer lugar, los costos de suministrar bienes y servicios a todos los clientes no son los mismos. La ubicación geográfica, las cadenas de distribución, el nivel de riesgo, las condiciones de compra (como volumen, forma de pago, etc.) determinan que no necesariamente los precios y condiciones deban ser los mismos para todos. Por ello esta práctica debe ser analizada bajo la "regla de la razón", pues de lo contrario podría estarse prohibiendo discriminaciones que son, en términos económicos, eficientes y se ajustan a una competencia legítima.

Así las empresas, en su afán por competir, tratarán de aprovechar al máximo las diferencias de costos que se obtienen de vender a distintos proveedores ofreciendo a precios distintos. La discriminación será entonces, antes que una práctica ilegal, la expresión de una agresiva competencia. Por ello, existe el riesgo de confundir la discriminación con una forma de competencia efectiva<sup>36</sup>.

En cada caso deberá determinarse si la empresa que goza de posición de dominio tiene motivos razonables que justifiquen diferencias de trato entre sus clientes.

Así, según Bellamy y Child<sup>37</sup>:

"En términos generales puede decirse que discriminación de precios consiste en no tratar casos iguales de manera distinta. En otras palabras, precios distintos no son discriminatorios excepto si no hay justificación objetiva de la diferencia."

Además, la norma peruana determina que la discriminación coloca a ciertos competidores en desventaja frente a otros. Así, si una empresa vendiera detergente discriminando a sus clientes y como consecuencia de ello uno no pudiera competir contra los otros, entonces podría darse una discriminación penada por ley, si es que además dicha discriminación no encuentra sustento en motivos atendibles.

La doctrina económica considera que, en la mayoría de los casos, la discriminación de condiciones o precios es perfectamente legítima y no debería ser cuestionada. Autores como Bork critican tan duramente el calificar la discriminación como una práctica ilegal, que incluso consideran que tales regulaciones sólo han causado daños a la economía. Así, al comentar la Robinson-Patman Act, norma que introdujo legislativamente esta figura al sistema norteamericano, señala<sup>38</sup>:

"Promulgada en 1936, la ley fue un hijo de la depresión, y fue una regulación económica muy perniciosa. Robinson-Patman comparte junto con muchas otras regulaciones {...} la premisa de que los mercados libres están llenos de prácticas desleales y anti-competitivas que afectan la competencia, los negocios pequeños y los consumidores. La discriminación de precios fue concebida como una de esas prácticas, en gran parte como consecuencia del movimiento de las cadenas de tiendas, de las que A&P fue el principal ejemplo en la mente popular. Las cadenas compran en volumen y suelen tomar ciertas funciones de distribución de los proveedores, creando así ahorros de costos que se reflejaban en la habilidad de comprar por menos. La eficiencia superior no es popular entre aquellos que deben competir contra ella, y ello no parece ser entendido por los legisladores."

En realidad se podría identificar algunos casos de discriminación de precios como la otra cara de la moneda de ciertas prácticas de precios predatorios, como ya se explicó, y por tanto sus posibilidades de éxito como práctica contraria a la competencia están sujetas al mismo grado de escepticismo que ya señalamos anteriormente. La discriminación de precios, como práctica monopólica, no es sino, en una serie de casos, una forma distinta de describir una práctica predatoria.

En cualquier caso, la discriminación de precios o condiciones de comercialización sólo podría tener algún sentido en el caso de que la empresa que la lleva a cabo tenga posición de dominio y tenga por

<sup>36</sup> Ello ocurrió, según señalan diversos comentaristas (Posner, *Antitrust*, pp. 193-194. Bork, op cit, pp. 386. Posner, Richard y Frank Easterbrook, *Antitrust*. St. Paul: West Publishing, 2a de, 1981, pp. 689 y ss) en el caso *Utah Pie Company vs. Continental Baking Company*. En él se condenó a los demandados, un conjunto de empresas fabricantes de *pies* congelados, por haber recortado precios en el mercado de Salt Lake City para competir con Utah Pie Company. Si bien era cierto que las empresas demandadas cobraban un precio diferente al que cargaban en otras localidades, ello fue una respuesta competitiva al hecho de que la empresa demandante entró agresivamente a dicho mercado aprovechando que no tenía costos significativos de transporte. Lo increíble del caso es que la competencia entre las empresas fue tan agresiva que el consumo de *pies* congelados se incrementó substancialmente. De 57,000 docenas que se vendía en total en 1958, se llegaron a vender 267,000 en 1961. La aparente víctima de la discriminación, si bien redujo su participación en el mercado de 67% a 45.3% en 1961, aumentó substancialmente sus ventas totales. Bajo tales circunstancias sostener que la práctica afecta la competencia no resiste el menor análisis.

<sup>37</sup> Bellamy y Child, op cit, p. 542.

<sup>38</sup> Bork, op cit, pp. 382-383.



efecto beneficiar a un cliente en perjuicio de otro. Dentro de esta línea, el propio inciso “b” del artículo 5 del Decreto Legislativo 701 establece una serie de casos en que la discriminación no es considerada ilegal. Señala que:

“No constituye abuso de posición de dominio el otorgamiento de descuentos y bonificaciones que correspondan a prácticas comerciales generalmente aceptadas, que se concedan u otorguen por determinadas circunstancias compensatorias, tales como pago anticipado, monto, volumen u otras que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones”.

Así, la Ley establece una serie de excepciones a la prohibición de discriminar que recae sobre una empresa con posición de dominio. En primer lugar, es un requisito que la empresa que lleve a cabo la discriminación esté colocando a algunos competidores en una situación desventajosa respecto de otros. Pero además, incluso si se presentara tal desventaja, ella será admisible si obedece a diferencias que se establecen como una práctica comercial normal y común, que responde a diferencias en el tipo de operaciones que se llevan a cabo. Para fines de graficar y entender mejor qué tipo de excepciones se presentan veamos algunos casos peruanos.

En el caso INEMEC vs. SEDAPAL<sup>39</sup> si bien se determinó que SEDAPAL gozaba de posición de dominio, se consideró que no llevaba a cabo una discriminación por sujetar sus adquisiciones a una serie de normas técnicas. INEMEC, fabricante nacional de compuertas, sostenía que la inclusión del requisito de cumplir con ciertas normas técnicas para participar en una licitación que no podían ser cumplidas por los fabricantes nacionales, era una discriminación que favorecía a los fabricantes extranjeros. La Comisión consideró que se trataba de un requisito válido que se ajustaba “...con la calidad y seguridad que debe cumplir el bien, en razón de la obra a ejecutarse...”. Concluye señalando que “...no se advierte la existencia de una acción discriminatoria, y no se desprende que las Bases del Concurso hayan sido redactadas con una finalidad discriminatoria...”.

Nótese que de la redacción de la resolución se puede desprender la necesidad de acreditar la finalidad (intención) de que la práctica tenga efectos anticompetitivos.

En FONGALSUR vs. Gloria S.A.<sup>40</sup> la primera acusó a la segunda de establecer condiciones diferentes para sus agremiados respecto a las que ofrecía frente a FONGAL-AREQUIPA en el mercado de compra de leche cruda. Afirmaban que Gloria pagaba a FONGAL-AREQUIPA un precio superior que el que pagaba a FONGALSUR. La Comisión claramente estableció que:

“...el Decreto Legislativo 701, permite aplicar condiciones desiguales para prestaciones que aparentemente son similares, pero por razones intrínsecas a la misma operación, determinan una diferenciación entre una y otra, justificando de este modo la aplicación de condiciones desiguales...”.

En tal sentido, en el procedimiento se acreditó que la diferencia en los precios obedecía al diferente contenido graso de la leche, razón justificada para que exista una diferenciación de precios como la que fue objeto de la denuncia. Además se determinó la existencia de bonificaciones por volumen que están plenamente justificadas de acuerdo al Decreto Legislativo 701.

Así, de acuerdo a los antecedentes citados, puede verse cómo la simple existencia de diferencias en el tratamiento no hace que la práctica sea ilegal, sino que debe determinarse la razonabilidad de la misma en atención a lo que es la práctica comercial normal y ordinaria en el mercado correspondiente. Se trata pues de un caso en el que se usa la llamada “regla de la razón”.

En el caso United Brands, resuelto en la Comunidad Económica Europea<sup>41</sup>, no queda claro, sin embargo, cómo se cumplieron los requisitos señalados. United Brands descargaba plátanos en los puertos de Rotterdam y Bremerhaven. Los plátanos eran de calidad similar y los costes de descarga eran virtualmente idénticos. Sin embargo, vendía los plátanos a precios sustancialmente distintos a cada uno de los países miembros de la Comunidad. United Brands argumentó que su política de precios era consecuencia de las condiciones de los precios al por menor en cada uno de los países miembros, reflejando así, a su vez, las condiciones de demanda que eran distintas en cada uno de los países. El Tribunal consideró que United Brands no podía discriminar y por tanto debía cobrar el mismo precio sin perjuicio de la nacionalidad de quien comprara los plátanos.

<sup>39</sup> Resolución 30-94-INDECOPI/CLC.

<sup>40</sup> Resolución 003-93-INDECOPI/CLC.

<sup>41</sup> [1978] Rep. 207.

nos. Sin embargo, no queda claro cómo esa discriminación ponía a unos competidores en mejor posición de otros<sup>42</sup>.

El caso que podría, en ciertos supuestos, generar alguna preocupación es el de la empresa que está en la posibilidad de establecer subsidios cruzados entre un mercado y otro y así poder desarrollar estrategias discriminatorias que afecten a competidores en otros niveles de la cadena. Por ejemplo una empresa distribuidora de jabones, que pretendiera beneficiar a un grupo de distribuidores en perjuicio de otro, podría dar a los primeros descuentos que se negarían a los segundos y así ir paulatinamente sacándolos del mercado.

En conclusión, para poder considerar que existe una infracción a la obligación de no discriminar establecida en el inciso "b" del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, deben cumplirse las siguientes condiciones: (1) que la empresa goce de posición de dominio, (2) que quede demostrada la discriminación o trato diferenciado, sea en precios, condiciones contractuales o calidad de servicio, (3) que las prestaciones objeto de la aparente discriminación sean equivalentes, esto es, que no existan diferencias que pudieran explicar razonablemente costos diversos que justifiquen las diferencias de precios o condiciones, de acuerdo a lo que es normalmente aceptado en el mercado correspondiente.

Un caso especialmente interesante es el de las llamadas "facilidades esenciales", esto es, insumos o elementos productivos necesarios para producir un bien o brindar un servicio, y que se encuentran en poder de una empresa. El asunto se complica aún más cuando la llamada "facilidad esencial" se encuentra en poder de una empresa que a su vez compete con otra, y no brinda esa facilidad esencial en los mismos términos en los que se la brinda a sí misma.<sup>43</sup> Ello ocurriría, por ejemplo, en el caso de una empresa ferroviaria que es propietaria del único puente que existe sobre un río y que se niega a compartirlo con una empresa competidora en los

mismos términos a los que se los da a una empresa económicamente vinculada.

En la aplicación de esta infracción debe, sin embargo, tenerse especial cuidado. De alguna manera estamos imponiendo a una empresa colaboración con un competidor, esto es, que comparta eventuales eficiencias desarrolladas por ella con quien no las ha desarrollado por sí misma. Inversiones en investigación, mejoras tecnológicas, mejores equipos y otros elementos que permitan brindar un mejor servicio tendrían que ser puestas a disposición de un competidor (es decir de un rival). Ello puede generar externalidades positivas en beneficio de una empresa y en perjuicio de otra, que generen a su vez desincentivos para que esta última haga las inversiones cuyos beneficios no va a poder disfrutar en su integridad.<sup>44</sup>

Nuevamente nos encontramos en casos en que los presupuestos para que la práctica sea negativa para la competencia no son muy claras. Las autoridades deben mostrarse sospechosas de alegaciones sobre la realización de este tipo de prácticas, y deberán levantar sus sospechas sólo frente a casos muy claros y contundentes en tal sentido. Ello, nuevamente, porque la discriminación puede ser una conducta perfectamente razonable y consistente con la eficiencia y con una adecuada asignación de costos en el proceso productivo.

### 3.3 Negativa injustificada a contratar

Otra de las prácticas que podría tener relevancia en el caso es la negativa injustificada de contratar por parte de una empresa que goza de posición de dominio en el mercado.

Al igual como ocurre con otras prácticas, la negativa a contratar es, en principio, una decisión legítima de cualquier empresa. Es parte inherente de su autonomía de la voluntad, en especial de su libertad de contratar. Sin embargo, cuando la empresa en cuestión tiene posición de dominio en el merca-

<sup>42</sup> En realidad el caso parecería no encontrar mucho sustento en las teorías expuestas en este punto. En el fondo la alegación de United Brands es que enfrentaba condiciones de demanda diferentes, y que los compradores de un país no competían con los vendedores de otro país, con lo que no aparece cuál es el efecto nocivo de la discriminación para unos competidores frente a otros competidores.

<sup>43</sup> En realidad el problema de las "facilidades esenciales" se presenta con más frecuencia en los casos de negativa injustificada a contratar que veremos más adelante.

<sup>44</sup> En el fondo, estamos frente al mismo problema que anotaba Bork. Si una empresa encuentra formas de mejorar la eficiencia y no puede apropiarse de ellas, pierde incentivos para hacerlo, y con ello reduce la posibilidad de desarrollo del bienestar de los consumidores. De la misma manera como las cadenas de tiendas son privadas por la Robinson-Patman Act de la posibilidad de aprovechar nuevas formas de hacer las cosas más baratas y eficientes, la empresa que supuestamente discrimina a otra podría verse privada de la posibilidad de aprovechar nuevas formas de desarrollar su negocio. Así, el equilibrio entre promover competencia y no crear desincentivos al desarrollo y a la investigación es bastante difícil de lograr.

do, queda sujeta a algunas obligaciones especiales, como es el caso de no negarse, sin justificación, a contratar con un proveedor (en el caso de un monopsonio) o con un cliente (en el caso de un monopolio).

Normalmente la doctrina y las legislaciones de los diversos países han considerado la negativa concertada a contratar, más conocida como el “boicot”, como una práctica “*per se*” ilegal. Así, si un conjunto de empresas se ponen de acuerdo para no contratar con una empresa o un competidor, o con un determinado grupo de empresas o consumidores, ello será considerado una práctica ilegal en sí misma, sin perjuicio del análisis de sus efectos reales o potenciales.

Pero la negativa unilateral, es decir, la que lleva a cabo una empresa por propia decisión, plantea muchas dificultades, pues existen numerosos casos en los que la práctica es perfectamente comprensible y refleja condiciones de mercado.

En principio, como bien señala Bork, la Ley deja libertad a las empresas individuales a negarse a contratar con otras, salvo que la negativa tenga por intención apoyar alguna otra restricción considerada ilegal o constituya un intento para monopolizar el mercado<sup>45</sup>.

Se presume la legitimidad de la negativa, en el entendido de que estamos frente a la limitación de un derecho elemental dentro del ejercicio de las libertades económicas, pretendiéndose favorecer así al libre mercado. Sólo excepcionalmente se cuestiona la posibilidad de negarse a contratar, y siempre que se cumplan algunas condiciones.

La negativa no necesariamente tiene que ser abierta y clara. Formas de negativa más sofisticadas son simplemente no dar respuesta a los pedidos que se formulen, o dar excusas sobre la posibilidad de atenderlos en los términos solicitados, o pedir nuevas aclaraciones o dar información errónea para bloquear o retrasar la atención de las solicitudes. Toda conducta que tenga por efecto la no satisfacción de un pedido efectuado o la demora sistemática de su atención, podría quedar tipificada bajo este rubro.

Un caso interesante que grafica cómo la negativa a contratar puede constituirse en una práctica ilegal es *Lorein Journal Co. vs. United States*<sup>46</sup>. En el caso, un periódico publicado en Lorein, Ohio, gozaba de posición de dominio en el mercado de publicidad, cubriendo al 99% de las familias de la localidad. Era, según estableció la Corte Suprema, un medio indispensable de publicidad en la ciudad de Lorain.

En 1948, la instalación de una radio (WEOL) en la zona, se convirtió en competencia del periódico. El periódico se negaba entonces a publicar publicidad de aquellos anunciantes que hubieran colocado publicidad en la radio, en su intento de impedir su entrada o, en todo caso, su desarrollo en el mercado. La Suprema Corte de los Estados Unidos consideró dicha práctica ilegal, en atención a que resultaba claro que la intención de negarse a contratar publicidad tenía por intención inequívoca la de consolidar una posición de monopolio. La intención de depredar el mercado era evidente a partir de los términos de la propia negativa. Como ocurre con el caso de precios predatorios, la práctica tiene un costo para el predador, reflejado en menores ventas como consecuencia de las negativas. Pero la significativa posición de dominio en el mercado de la empresa predatoria, sumada a los beneficios de la acción y a que los costos para instalar una radio nueva podían ser significativos, como consecuencia de lo difícil de obtener licencias del Estado para ello, justificaron la sanción de la práctica.

En el Perú se presentó un caso de negativa injustificada entre la empresa Industrial Comercial Olguín y la Empresa Nacional de la Coca -ENACO. La primera denunció a la segunda por la negativa de venta de hoja de coca para fabricar bolsitas filtrantes de mate de coca.<sup>47</sup> ENACO gozaba por ley de un monopsonio para la compra legal de hoja de coca y había trasladado dicho poder de mercado a la industria de ciertos productos, entre los que se encontraban las bolsitas filtrantes de las que eran los únicos productores. Así, se negaban sistemáticamente a vender hoja de coca a otras empresas. El INDECOPI consideró que la práctica era ilegal. Evidentemente, la intención de proteger y consolidar así el monopolio en el mercado de bolsitas filtrantes de hoja de coca, justificaron el considerar la conducta como contraria a la ley.

<sup>45</sup> Bork, *op cit*, p. 344.

<sup>46</sup> 342 U.S. 143, 147, 152 (1951).

<sup>47</sup> Resolución 016-94-INDECOPI-CLC.

Pero los casos de negativa injustificada no son siempre claros. En el caso *Packard Motor Car Co. vs. Webster Motor Car Co.*<sup>48</sup> Webster demandó a Packard por negativa injustificada de venta. Webster era, junto con otras dos empresas, distribuidor de automóviles Packard en Baltimore. El distribuidor más grande, Zell Motor Car Company celebró de pronto un contrato de exclusividad con Packard. Esta última comunicó a las otras dos distribuidoras la terminación de sus contratos de distribución, motivando la demanda de Webster.

La Corte Apelaciones del Distrito de Columbia estableció que en Baltimore se vendían otros automóviles de características similares a los Packards, y que en consecuencia, la práctica no generaba ningún monopolio<sup>49</sup>.

Como bien dice Bork, los casos de "boicot" son más sencillos que los casos de negativa individual a contratar. El propósito del grupo y los términos de exclusión dan una guía más clara sobre la potencial ineficiencia de una negativa a contratar<sup>50</sup>. Cuando potencialmente puede derivarse eficiencia de la negativa unilateral de una empresa, y no existe evidencia clara de que la intención de dicha negativa es depredar el mercado, entonces es preferible no intervenir en el caso<sup>51</sup>.

Posner da otras razones para ser cauto en intervenir en caso de negativas unilaterales de contratar. Mientras en el caso de un "boycot" el acuerdo adoptado por un grupo de empresas para no contratar puede simplemente ser dejado sin efecto, dejando en libertad a las empresas para contratar con quien estimen conveniente, en el caso de la negativa individual se debe obligar a una empresa a contratar con otra. La autoridad a cargo de ello quedará sujeta a la no fácil tarea de supervisar continua y detalladamente la

relación comercial entre las partes, tarea con grandes posibilidades de fracasar<sup>52</sup>.

Queda claro que es necesario, para sancionar una negativa de compra como injustificada, que pueda desprenderse de la conducta la intención de depredar el mercado con ella, diferenciando dicha situación de aquellos casos en los que la negativa es una conducta legítima, derivada de razones que atañen a una mayor eficiencia y al simple ejercicio legítimo de la libertad de contratar.

Un caso interesante para evaluar los criterios que suelen aplicarse para determinar la ilegalidad de una negativa a contratar, es *Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation*<sup>53</sup>. La primera de las empresas nombradas (operadora de un complejo de esquí) demandó a la segunda alegando que ésta se negaba a contratar con ella con la intención de monopolizar el mercado de pistas de esquí en Aspen, Colorado. La demandada, operadora de tres complejos de esquí, había dejado de lado una práctica usual en el mercado según la cual los esquiadores podían comprar tickets de seis días de uso indistinto en cualquiera de los cuatro complejos (el de la demandante y los tres de la demandada), dividiéndose los ingresos por ventas en función al uso estadístico que los esquiadores hacían de las pistas. Se sostenía que la negativa a establecer un "joint venture" reforzaba la posición monopólica del operador más importante y con ello afectaba el buen funcionamiento del mercado. Las Cortes norteamericanas acogieron la demanda y consideraron que la negativa era una violación a la Sherman Act.

La decisión ha sido muy criticada en base a que fuerza a un competidor a colaborar con otros, sin analizar las eficiencias que pueden derivarse de mantener un nivel mayor de competencia.

<sup>48</sup> 243 F2d 418, 420, 421 (D.C. Cir. 1957)

<sup>49</sup> Nótese como la Corte analizó el problema a la luz de una visión centrada en la eficiencia. La exclusividad concedida a Zell podría basarse en la mejora del sistema de distribución (aparentemente Zell era el distribuidor más importante pero atravesaba problemas económicos que llevaron a que Packard lo apoye para aprovechar las economías de escala en su sistema de distribución) y no preocupó a la Corte el hecho de que su decisión afectase a empresas más pequeñas. Nada explicaría la opción de Packards por Zell, si no porque éste último, como único proveedor, era una mejor alternativa que los otros dos proveedores existentes.

<sup>50</sup> Ello se puede apreciar claramente en el caso seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI contra la Federación Nacional de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú (FEVENDREL P). Los miembros de la Federación llevaron a cabo un boicot contra la empresa editora del diario "La Mañana", consistente en no aceptarlo para la venta. Ello era una represalia contra la decisión de la empresa de comercializar parte del tiraje por medio de la distribuidora DISELPESA. En una carta dirigida al diario La Mañana los dirigentes de la FEVENDREL P señalaron "...con suma extrañeza hemos constatado el lamentable "error" cometido por vuestra representada en otorgar la distribución a la distribuidora Diselpesa, toda vez que nuestro gremio ha venido luchando y seguirá luchando con el fin de impedir que la distribución de diarios se efectúe mediante una distribuidora...".

<sup>51</sup> Bork, op cit, p. 346.

<sup>52</sup> Posner, Richard, "Antitrust Law, An Economic Perspective", p. 211.

<sup>53</sup> 472 US 585. [1985]

El principio fijado por las Cortes en el caso reseñado es que es necesario probar la intención específica de lograr un objetivo prohibido, "...una intención que va más allá de la intención de llevar a cabo el acto...". Es importante destacar que se consideró que la intención de la demandada de negarse a implementar el ticket compartido "...considerado conjuntamente con otra conducta (...) era crear o mantener un monopolio."

El caso muestra que la negativa, como todas las prácticas predatorias analizadas, debe llevar implícita una intención de monopolizar el mercado o reforzar una posición de dominio, sacando a los competidores con prácticas que no se ajusten a una actitud competitiva que concuerde con la eficiencia y el bienestar de los consumidores. Así, al igual como ha ocurrido con el caso de precios predatorios y de discriminación de precios y condiciones, el elemento importante es la intención de generar un efecto anticompetitivo.

La jurisprudencia europea es más inflexible respecto a la justificación de la negativa.

En el caso Polaroid vs. SSI Europa<sup>54</sup> se sancionó a una empresa que gozaba posición de dominio en el mercado, que se negó a suministrar un pedido importante a un pequeño cliente, debido a que las cantidades solicitadas excedían sus necesidades propias. En este caso la Comisión declaró:

"...como principio general es una infracción del artículo 86 que una empresa que tenga posición dominante en un mercado se niegue sin causa objetivamente justificada a servir un pedido y también será así cuando la empresa en posición dominante condiciona el suministro del producto a controlar su procesamiento o comercialización ulterior."

Nótese que el principio enunciado impone sobre la empresa que tiene posición de dominio la carga de probar que la negativa tiene una "causa objetivamente justificada". Ello implica que probada la posición de dominio y la negativa, se presumirá que esta es injustificada salvo que la empresa denunciada demuestre fehacientemente cuál es la razón que

justifica la negativa. Si bien el término "causa objetivamente justificada" es criticado por la doctrina como vago y difícil de definir, es importante apreciar cómo se ha establecido una carga de justificación en cabeza de la empresa denunciada.

En el caso United Brands<sup>55</sup> la Comisión estableció que la negativa de la empresa que gozaba de posición de dominio en el mercado de plátanos en la Comunidad Económica Europea de dejar de suministrar plátanos verdes al madurador y distribuidor danés Olsen constituía una práctica ilegítima. El Tribunal estableció en este caso el principio según el cual:

"...es aconsejable sentar positivamente desde el principio que una empresa con posición dominante en la comercialización de un producto -que goza de la reputación de una marca conocida y valorada por los consumidores- no puede dejar de suministrar a un cliente que lo es desde antiguo y que cumple con los términos usuales del comercio, si los pedidos de tal cliente no exceden de lo ordinario."

La negativa de United Brands para vender a Olsen se debió a que esta última había participado en una campaña publicitaria a favor de uno de sus competidores y que Olsen era el representante exclusivo del principal competidor de United Brands. El Tribunal consideró que si bien los intereses comerciales podían ser protegidos, ello solo comprendía "medidas razonables", calificando la decisión de United Brands de no suministrar a Olsen como una medida excesiva y por tanto abusiva. Señaló que las pequeñas y medianas empresas tenían el derecho de dar preferencias a los bienes de los competidores sin sentir que corren el riesgo que la empresa dominante les niegue los suministros correspondientes.

Como se puede apreciar, la jurisprudencia europea es más restrictiva sobre lo que las empresas con posición de dominio pueden hacer, con relación a lo establecido por la jurisprudencia norteamericana. Por ello, es más sencillo encontrar casos en los que la negativa (y en general cualquier práctica predatoria) ha sido considerada ilegal<sup>56</sup>.

<sup>54</sup> Decimotercer Informe sobre política de competencia (1984), punto 157.

<sup>55</sup> Asunto 27/76 [1978] Rep 207.

<sup>56</sup> En general puede decirse que la claridad con la que la doctrina jurídica y económica norteamericana ha definido la finalidad de la legislación de libre competencia, es decir, alcanzar el bienestar del consumidor por medio de la eficiencia económica, no es compartida por la jurisprudencia europea, que en muchos de sus razonamientos, como en el caso que reseñamos, deja traslucir su preocupación por los efectos de las prácticas en las pequeñas y medianas empresas. Así, United Brands trataba de generar incentivos para una fidelidad por su marca en sus distribuidores, lo cual es perfectamente eficiente y se ajusta a prácticas competitivas. Sin embargo, la decisión tomada reduce tales incentivos, elevando en consecuencia los costos del desarrollo de sistemas de distribución eficientes.

A continuación reseñamos tres casos en los que el Tribunal Europeo establece el principio de que no es suficiente el deseo de entrar en un nuevo mercado para sustituir al cliente para justificar la negativa de suministrar bienes o servicios a quienes serán sus competidores de ingresar a dicho mercado. Así, en estos casos, quien formula la negativa es una empresa que pretende entrar a competir con la supuesta víctima de dicha negativa.

El primer caso es *Commercial Solvents*<sup>57</sup>. *Commercial Solvents* tenía posición de dominio en el Mercado Común en el suministro de un insumo (nitropropano o aminobutanol). Este insumo era usado como materia prima en la fabricación de etambutol y otros fármacos especiales. La filial italiana de *Commercial Solvents* (*Istituto Chemioterapico Italiano SpA.*) vendía nitropropano y aminobutanol, y uno de sus clientes era la empresa *Zoja*. En 1970, *Istituto* comenzó a producir y vender sus propios fármacos basados en etambupol por lo que *Commercial Solvents* decidió no vender más nitropropano y aminobutanol a la Comunidad Económica Europea, suministrando en su lugar dextroamibutanol, un producto intermedio más avanzado que podía ser usado para los mismos fines, y que era utilizado y vendido exclusivamente a la filial para producir sus propios fármacos. Es así, como *Zoja* recibió en 1970, una negativa para la venta de aminobutanol por parte de *Commercial Solvents*. La Comisión, en decisión confirmada por el Tribunal, consideró ilegal la práctica. El Tribunal estableció que la *Commercial Solvents*:

“...había decidido limitar o cesar totalmente el suministro de nitropropano y aminobutanol a determinados clientes para facilitar su propio acceso al mercado de los productos derivados. Sin embargo,

una empresa con posición dominante en relación a la producción de la materia prima y por tanto capaz de controlar la oferta de fabricantes de productos derivados, no puede simplemente porque decida empezar la fabricación de tales derivados (en competencia con sus antiguos clientes) actuar de manera tal que elimine la competencia que procedería de tales clientes, lo que en el caso objeto de este procedimiento significaría eliminar uno de los principales fabricantes de etambutol en el Mercado Común.”

La jurisprudencia europea estableció así una “obligación” de cooperar con un competidor por la vía de suministrarle la materia prima necesaria para llevar a cabo esa competencia, si es que la empresa en cuestión tenía posición de dominio en el mercado relevante.

El segundo caso es *Hugin*<sup>58</sup>. *Liptons* había sido un distribuidor de máquinas registradoras marca *Hugin* en el Reino Unido y tenía un negocio simultáneo de reparación y venta de piezas de recambio. En 1972, *Hugin* estableció su propia filial en el país por lo que resolvió el contrato de distribución que tenía con *Liptons*, quien continuó con su negocio de reparación y venta de repuestos de las máquinas *Hugin*. Posteriormente *Hugin* se negó a seguirle vendiendo repuestos a *Liptons*. La Comisión estableció que *Liptons* tenía posición de dominio en la venta de sus propios repuestos<sup>59</sup> y que negarse a continuar suministrando los repuestos a *Liptons* era un caso de abuso de dicha posición. No pudo probarse una “justificación objetiva” según la cual la negativa se basaba en la complejidad técnica de los productos *Hugin*<sup>60</sup>. El Tribunal luego anuló la resolución de la Comisión, pero sobre la base de que el caso no afectaba el comercio interestatal y por tanto la Comisión no era competente. Sin embargo, el criterio

<sup>57</sup> Asuntos 6 y 7/73 [1974] Rep 223, 250, 251.

<sup>58</sup> Asunto 22/78 [1979] Rep 1869.

<sup>59</sup> En realidad la calificación hecha de cuál es el mercado relevante, es bastante pobre en el caso. Considerar que una empresa goza de posición de dominio en la venta de sus propios bienes es, además de una sobresimplificación, una mala medición de lo que puede ser el poder de mercado. Si *Hugin* sube mucho el precio de sus repuestos, se elevarán los costos de tener sus máquinas registradoras, con lo que los consumidores pueden girar sus preferencias hacia otras marcas que tengan costos de reparación más bajos. Es discutible por tanto que una definición de poder de mercado obtenida de tal razonamiento pueda resistir una crítica económica seria. En todo caso, estos criterios desarrollados en el seno de la Comunidad Económica Europea, parecerían reflejar en parte decisiones de política económica dirigidas a reforzar la capacidad de las empresas de la Comunidad de competir con empresas de fuera de ella.

<sup>60</sup> Es interesante comparar este caso con un célebre caso norteamericano. En el caso *IBM* (*Posner & Easterbrook*, op cit, pp.794 y ss) se discutió si una cláusula de atadura que obligaba a quienes compraban equipos de cómputo *IBM* a adquirir las tarjetas perforadas a la misma *IBM* era ilegal. Lo interesante es anotar cómo los comentaristas del caso justificaron la atadura en el desprestigio que podrían sufrir los productos *IBM* si se permitía a los usuarios adquirir tarjetas de terceros que podrían no tener la misma calidad. Si la máquina fallaba como consecuencia del uso de tarjetas no adecuadas, los costos de brindar el servicio de garantía se elevarían y el prestigio de *IBM* se afectaría, pues dada la complejidad de las computadoras los usuarios no podrían distinguir si las fallas eran atribuibles a las máquinas o a las tarjetas. En el caso *Hugin* la argumentación de la empresa seguía una línea parecida. Si los servicios de reparación y venta de repuestos eran brindados por terceros en condiciones no idóneas, las fallas serían atribuidas a *Hugin* mismo y no necesariamente al servicio.

utilizado ha sido confirmado en otros casos que sí han llegado al Tribunal y donde se sancionó la negativa arbitraria de suministrar repuestos a talleres independientes, por ser un caso de abuso de posición de dominio<sup>61</sup>.

El tercer caso es Telemarketing<sup>62</sup>. En este caso Centre Belgue se dedicaba al Telemarketing, es decir, a colocar anuncios en la televisión de Luxemburgo dirigidos a promocionar teléfonos a los que se podía llamar para adquirir información sobre una serie de productos. Compaigne Luxemburgueise, que gestionaba la televisión de Luxemburgo, se negó a aceptar la colocación de nuevos anuncios salvo que se promocionaran por el teléfono de su propio agente exclusivo, Information Publicité. Esta práctica excluyó a Centre Belgue. El Tribunal estableció que Compaigne Luxemburgueise había abusado de su posición de dominio al negar el acceso a antena a otras compañías distintas, no existiendo justificaciones objetivas demostradas en el expediente. Así el Tribunal estableció que:

“...se comete un abuso en el sentido del artículo 86 cuando, sin necesidad objetiva, una empresa que se halle en una posición dominante en un mercado particular se reserve a sí misma o a una empresa perteneciente al mismo grupo, una actividad auxiliar que podría ser llevada a cabo por otra empresa como parte de sus actividades en un mercado vecino aunque separado, con la posibilidad de eliminar toda competencia de tal empresa.”<sup>63</sup>

Como se puede ver, en el sistema europeo la negativa de una empresa con posición de dominio en el mercado se presume ilegal, salvo que el denunciado demuestre la existencia de una justificación objetiva que explique la negativa. Dicho criterio parecería tener alguna base de razonabilidad. A fin de cuentas sería imposible para la autoridad determinar cuáles son las causas que justifican la negativa, pues existe una notoria asimetría en lo que puede saber o intuir la autoridad y lo que puede saber la propia empresa que formula tal negativa.

El Decreto Legislativo 701 establece en el artículo 5 “a” como un caso de abuso de posición de dominio

“la negativa injustificada de satisfacer demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios”.

La norma establece que la negativa debe ser injustificada, pero no define qué debe entenderse por injustificada. Sin embargo, recogiendo lo que establece la doctrina y la propia práctica de la Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, pueden establecerse cómo existen algunos casos que justifican la negativa tales como la limitación real del aparato productivo para satisfacer la demanda del producto o bien solicitado, la existencia de factores ocasionales o eventuales que generan una desproporción evidente entre la oferta y la demanda; la escasez de insumos o materias primas requeridas para producir el bien o brindar el servicio; el incumplimiento de obligaciones anteriores por parte del adquirente; u otras de naturaleza similar.

Por ejemplo, en el caso Florencio Daga Salgado vs. Cemento Andino S.A.<sup>64</sup>, la Comisión estimó que la negativa de vender directamente al señor Daga basada en la práctica comercial de comercializar el cemento a través de su cadena de distribuidores y no directamente a las ferreterías, sumada al hecho de que el denunciante en una oportunidad anterior se había valido de argucias para conseguir un descuento por venta directa que sólo se aplicaba a los casos de adquisiciones para ofertas públicas, hacía que la negativa estuviera plenamente justificada, por lo que no había abuso de posición de dominio.

No es necesario probar subjetivamente la intención de depredar el mercado con la práctica, siendo suficiente que tal intención se pueda derivar del efecto económico de la conducta, es decir, que se pueda determinar que la conducta global e integralmente analizada de la empresa está dirigida a eliminar o limitar la acción de los competidores por medios distintos a la leal y libre competencia.

Evidentemente, la negativa puede darse de manera abierta y directa, o de manera indirecta, a través de omisiones o silencio, evasivas o recortes de información al solicitante. Incluso la depredación de calidad, además de un caso de discriminación,

<sup>61</sup> Ver, por ejemplo Asunto 53/87 Consorcio Italiano Della Componetistica Di Ricambio per Autoveicoli et Mexican vs. Renault, sentencia del 5 de Octubre de 1988.

<sup>62</sup> Asunto 311/84 [1986] CMLR 558.

<sup>63</sup> Nótese la similitud de este caso con *Loren vs United States*, en la que un periódico se negaba a publicar anuncios publicitarios de empresas que hubiesen puesto publicidad en una radio que competía con él en el mercado de publicidad. Como se recordará las Cortes Norteamericanas consideraron ilegal la práctica basándose en la existencia de una clara intención de depredar el mercado.

<sup>64</sup> Resolución 018-95-INDECOPI/CLC.

podría ser considerada un caso de negativa indirecta de brindar un servicio adecuado. Lo importante es más el efecto que la forma que se usa para conseguirlo.

Sin embargo, como ya hemos visto, estamos frente a otro caso donde los límites entre prácticas eficientes y adecuadas y prácticas abusivas e ilegales tampoco aparecen claros. La negativa de venta (o de compra) puede ser una herramienta muy útil para aprovechar los esfuerzos hechos por una empresa para consolidar una posición de dominio, y en consecuencia su prohibición puede tener efectos negativos en la competencia. Un caso en el que esto es muy claro es el de las "facilidades esenciales" mencionado cuando analizamos los casos de discriminación de precios y condiciones. Si una empresa goza de una facilidad esencial, es decir de la titularidad en posición de dominio de un bien o servicio necesario para que su competidor produzca bienes o preste servicios, entonces podría ser forzado por la legislación antimonopolios a contratar con su competidor el suministro de dicho bien o servicio.

Así, recordando el ejemplo citado líneas arriba, veamos el caso de dos empresas ferroviarias que compiten en una ruta, pero sólo una tiene un puente sobre un río. La pregunta que surge es si la empresa que no es propietaria del puente puede forzar, de acuerdo a la Ley Antimonopolios, a la que es propietaria del puente a brindarle acceso al mismo. La idea es que la construcción de dos puentes implica incurrir en una duplicación de costos que puede aliviarse compartiendo el único puente existente.

Nuevamente vemos como aparece el "dilema de la competitividad". Forzar a compartir el puente puede incentivar la competencia. Pero también puede generar incentivos malévolos en cuanto, al forzar a compartir la inversión de una empresa con su competidor, reduce los incentivos para que ese tipo de inversiones se dé ¿Quién construiría un puente si sabe que su competidor puede forzarlo a compartirlo? Ello reduce la competitividad porque relativiza los derechos de propiedad sobre mi inversión. El dilema aparece nuevamente al impedir a una empresa apropiarse, por medio de los resultados del proceso competitivo, de los resultados de su inversión y de asumir sus propios riesgos.

Al igual como ocurre con los otros supuestos analizados, la autoridad debe ser sumamente cuidadosa para sancionar a una empresa por negativa injustificada de contratar. Sólo aquellos casos donde resulta muy claro el efecto anticompetitivo deben ser considerados ilegales.

#### 4. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En términos generales las denuncias o los casos de prácticas predatorias deben ser observados y analizados bajo cierta sospecha por la autoridad que debe resolverlos. En la mayoría de los casos serán simplemente una manifestación de competencia agresiva lícita. Así, quien no se siente seguro de poder competir denominará a su propia incapacidad "abuso del competidor". Pero como ya hemos visto, no es función de las autoridades encargadas de promover la competencia proteger a empresas pequeñas o limitar los medios por los que las empresas pueden competir.

La eficiencia es un bien para la sociedad, pero un mal para quienes no pueden enfrentarla. Por ello una política de competencia moderna exige cautela y escepticismo sobre aquellas demandas que exigen limitar al más grande por el solo hecho de serlo, y no por lo que hace.

Algunos principios básicos, pueden, sin embargo, extraerse para ayudar en la labor de discernir entre la habilidad y el abuso. Así, una vez determinada la existencia de una posición de dominio, es importante considerar los siguientes elementos para establecer si existe o no un caso de predación, es decir que se trate de un acto abusivo de una posición de dominio:

##### a) Costos de la práctica predatoria.

Esto implica evaluar los posibles costos en que deberá incurrir la empresa con posición de dominio para financiar la predación (ventas a pérdida, pérdidas de contratos, pérdidas de clientes, etc.). Debe incluirse la evaluación de la capacidad para financiar estas pérdidas (subsidios cruzados, uso de rentas monopólicas, etc.) Si los costos son muy elevados, las probabilidades de que la práctica sea viable serán menores.

##### b) Capacidad e idoneidad de las prácticas para lograr eliminar competidores.

Esto implica evaluar el daño que las prácticas pueden eventualmente causar al competidor y la capacidad de éste para resistirlas. Por ejemplo, la posibilidad de recurrir a otros proveedores en caso de negativa, o las pérdidas que le puede producir una política de precios predatorios sin alternativas para enfrentar o mitigar el problema, o la fidelidad a la marca que hace que la predación, por ejemplo, por precios, no sea efectiva, deben ser evaluadas.

##### c) Posibilidades de que, luego de obtenido el éxito de la práctica, los beneficios de la situación obtenida sean substanciales.



Así, debe evaluarse si la estructura de mercado permitirá retrasar el acceso de nuevos competidores que socaven la posición de dominio consolidada (costos de acceso, limitaciones legales para participar en el mercado, etc.) y si las ganancias que se pueden obtener en el período en que se mantiene la situación lograda con la práctica son elevadas. Si los costos de acceso son altos y, las ganancias extraordinarias a obtenerse no son muy elevadas, es poco probable que la práctica pueda ser considerada ilegítima.

**d) La relación entre las ganancias y las pérdidas de las prácticas debe arrojar que la conducta sea claramente rentable.**

Altas ganancias con pocas pérdidas indican una mayor posibilidad de que la práctica exista. Por el contrario, bajas ganancias y altas pérdidas hacen que la práctica se torne en una alternativa poco probable. Incertidumbre en el resultado favorable debe tomarse como un elemento que indica menor posibilidad de que estemos ante una práctica ilegal.

**e) Intencionalidad.**

Esto implica que de los resultados objetivos y posibles de la práctica, pueda derivarse razonablemente la intención de depredar el mercado sin que se encuentren razones de eficiencia económica que expliquen la práctica de una manera que pueda redundar en beneficio del bienestar del consumidor.

Estos elementos deben aplicarse partiendo de la presunción de que toda práctica es legal hasta que se demuestre lo contrario. Por tanto, en caso de duda, debe estarse por la legalidad de la conducta. Siempre quedará la posibilidad de que el mercado corrija la inacción de la autoridad, pero la acción de la autoridad que prohíbe o sanciona una práctica válida que genera eficiencia productiva, que favorece a los consumidores, producirá pérdidas que no serán fáciles de recuperar, no sólo en el caso concreto, sino como consecuencia del mensaje para el desarrollo de conductas futuras.

Las normas de competencia no solo tienen que ver con las estrategias de las empresas. Las normas de competencia cambian los límites de los derechos de propiedad y cambian el marco de lo que es válido pactar o dejar de pactar en el marco del Derecho Contractual. Bajo tal perspectiva la acción equivocada o poco técnica de la autoridad podría convertirse en una afectación de estos derechos. Los casos de predación son quizás los más sensibles a este problema y por ello el tener un marco claro es fundamental para proteger a los consumidores sin estar, a fin de cuentas, perjudicándolos.

Así la cuestión a resolver por las empresas no es sólo "Competir o no Competir", sino para las autoridades encargadas de aplicar la Ley: "Dejar Competir o no Dejar Competir". Ese es el dilema.