

Sobre la Prohibición de Abuso de Posición de Dominio sin Necesidad de Probar Relación de Competencia

Eduardo Quintana Sánchez*
Lucía Villarán Elías**

“Mediante un análisis de las exigencias establecidas en la Nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y de la jurisprudencia del INDECOPI y de OSIPTEL, el autor presenta los argumentos en virtud de los cuales se afirma que no se requiere que exista relación de competencia entre la empresa que comete un acto de abuso de posición de dominio y las empresas que se ven perjudicadas con dicho acto.”

Introducción

Uno de los aspectos centrales de las normas de defensa de la competencia es el tratamiento dado por la legislación y por la jurisprudencia a las prácticas de abuso de posición de dominio. El interés suscitado por estas prácticas (denominadas usualmente comportamientos monopólicos) se debe a que son el resultado típico de la existencia de empresas con un considerable poder de mercado, que tienen la capacidad de excluir a sus rivales.

Un tema poco discutido pero de singular interés en la aplicación de las normas que prohíben los actos de abuso de posición de dominio es el relacionado con la necesidad de que exista o no relación de competencia entre la empresa con posición de dominio que comete el abuso y aquellos competidores perjudicados por el acto abusivo. En relación con este tema existen dos opciones. La primera es que sólo se consideren ilícitos aquellos actos de abuso de posición de dominio que restrinjan la competencia y en los cuales la empresa dominante compita efectivamente con los agentes perjudicados (es decir, que se requiera efecto anticompetitivo más relación de competencia). La segunda es que se consideren actos de abuso de posición de dominio aquellos que produzcan una restricción de competencia, independientemente de que la empresa dominante compita o no con los agentes perjudicados.

Cada una de las opciones antes indicadas supone un distinto grado de intervención del sistema legal sobre el comportamiento de las empresas. La primera exige mayores requisitos que la segunda para que el comportamiento de la empresa dominante se considere ilícito (en particular que exista relación de competencia), por lo cual deja de lado un grupo de comportamientos que pese a tener efectos anticompetitivos no serían sancionados.

Este artículo discute las distintas opciones que se pueden adoptar para el tratamiento de los actos de abuso de posición de dominio, considerando cuál era la opción elegida en esta materia por la norma peruana de defensa de la competencia previa e identificando cuál es la opción que ha adoptado la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas recientemente publicada y en vigor desde mediados del presente año. Para tales efectos se parte por una explicación conceptual del tema, para luego realizar un análisis normativo y exegético de las dos normas antes mencionadas, así como una revisión crítica de la jurisprudencia existente.

I. Evaluación de Efectos o de Relación de Competencia en los Actos de Abuso de Posición de Dominio

Las normas de libre competencia tienen por finalidad evitar el ejercicio indebido de poder de mercado dirigido

* Abogado. Master en Regulación de Servicios Públicos por la London School of Economics. Profesor de la Maestría en Derecho de la Empresa y de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de la Maestría en Regulación de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Asociado de Lema, Solari & Santiváñez – Abogados.

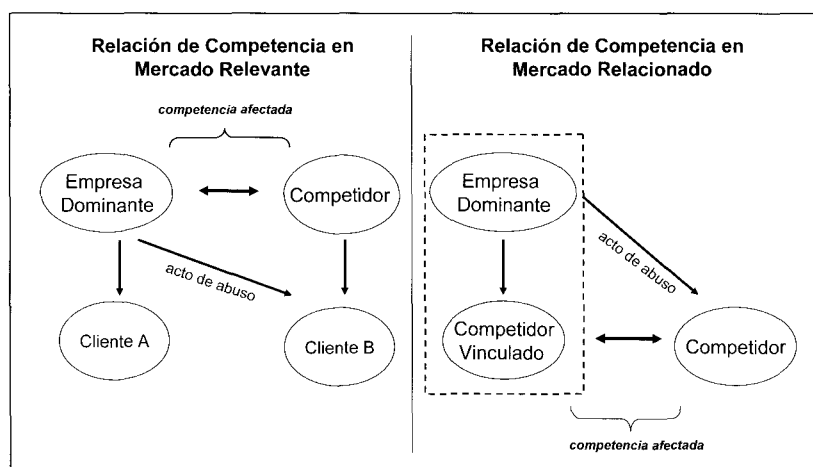
** Abogada. Asistente de Docencia del curso Derecho de la Competencia en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada de Lema, Solari & Santiváñez - Abogados

a restringir la competencia, así como sancionar aquellos casos en que se ejerza indebidamente dicho poder. El poder de mercado puede ser ejercido unilateralmente, en el caso de las empresas que gozan de posición de dominio, o de forma coordinada en el marco de la colusión entre competidores destinados a crear artificialmente dicho poder de mercado. En ambos casos se afecta negativamente el proceso competitivo. Mientras el abuso de posición de dominio produce efectos de exclusión de competidores actuales o potenciales, la colusión entre competidores reduce directamente la competencia a través del fraude al mercado efectuado por los infractores.

La aplicación de las normas protectoras de la competencia bajo un análisis de efectos se viene convirtiendo en la regla y tanto economistas¹ como juristas² coinciden en señalar que son los efectos de las prácticas anticompetitivas los que deben preocupar a las autoridades que aplican

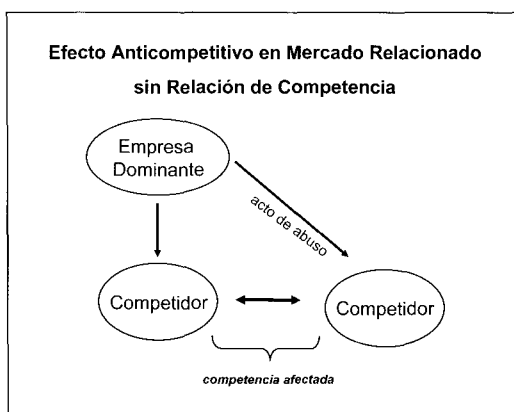
dichas normas. En el caso particular de los actos de abuso de posición de dominio, los efectos anticompetitivos se pueden generar bajo dos escenarios.

- En el primer escenario, la empresa dominante restringe la competencia directamente en perjuicio de sus competidores, ya sea que éstos operen en el mercado relevante en que actúa la empresa dominante o en mercados relacionados, en competencia con empresas que pertenecen al mismo grupo económico de la dominante. La empresa dominante tiene incentivos para perjudicar a sus competidores o a los competidores de las empresas de su grupo económico, pues ello le reporta los beneficios de reducir o eliminar la competencia. Bajo este escenario, existe relación de competencia entre la dominante y los competidores perjudicados, y además la primera realiza la práctica prohibida con intencionalidad de excluir a los segundos.



- En el segundo escenario, la empresa dominante restringe la competencia indirectamente en perjuicio de competidores que operan en mercados relacionados, pero con los cuales no compite ni siquiera a través de empresas de su mismo grupo económico. Por ello, en este escenario no existe

relación de competencia entre la dominante y los competidores perjudicados, ni tampoco intencionalidad de parte de la primera. No obstante, sí se producen efectos anticompetitivos, en tanto que unos competidores quedan en desventaja o son excluidos del mercado en beneficio de otros.



1 Ver por ejemplo MOTTA, Massimo. Competition Policy, Theory and Practice (New York, Cambridge University Press, 2004), pp. 17-18.
 2 Ver por ejemplo MONTE, Giorgio. EC Competition Law (New York, Cambridge University Press, 2007), pp. 2-3.

Este escenario produce evidentes efectos de exclusión de la competencia y, por lo tanto, no es en forma alguna equivalente a la categoría de los denominados actos de abuso de posición dominante “explotativos”, pues éstos últimos perjudican directamente a los consumidores o usuarios finales (extrayendo todo o parte del excedente del consumidor) sin ocasionar efectos anticompetitivos; es decir, únicamente buscan explotar al consumidor.

Desde una perspectiva finalista de las normas de libre competencia, basada principalmente en una evaluación de efectos, resultan prohibidos tanto los actos de abuso de posición de dominio del primer como del segundo escenario, en tanto que en ambos casos se producen efectos de exclusión de competidores.

Las tendencias más recientes y modernas del Derecho de la Competencia promueven que su aplicación se enfoque en el análisis de los efectos de exclusión de los actos de abuso de posición de dominio y también en función de ellos se considere su gravedad. En tal sentido, se plantea que sean los efectos anticompetitivos, más que la forma, denominación o características de las conductas, lo que determine su ilicitud. Ello evita que se den distintos tratamientos legales a prácticas que pueden tener formas o manifestaciones diversas pero ocasionan similares efectos negativos para la competencia. Asimismo, evita que se reduzca innecesariamente el ámbito de aplicación de las normas de defensa de la competencia³.

Considerando lo anterior, el diseño de una norma de competencia puede optar por definir la prohibición de actos de abuso de posición de dominio con alcances amplios, considerando ilícitos los casos del primer y del segundo escenario, en función a sus similares efectos de exclusión; o por definirla con alcances más limitados, considerando ilícitos solamente los casos del primer escenario, en cuyo caso se exigirá que se demuestre siempre una relación de competencia entre la empresa dominante y los competidores perjudicados. Si se adopta esta segunda opción, los actos de empresas con posición de dominio que produzcan efectos anticompetitivos sin que exista la mencionada relación de competencia serían considerados per se legales.

Considerando lo antes señalado, a continuación se identificará la opción adoptada en esta materia por la norma peruana de defensa de la competencia previa, Decreto Legislativo 701 (DL 701)⁴, así como por la norma de represión de conductas anticompetitivas vigente en la actualidad, el Decreto Legislativo 1034 (DL 1034)⁵.

II. ¿El Decreto Legislativo 701 Exigía Relación de Competencia?

El DL 701 señalaba que existía abuso de posición de dominio cuando una empresa dominante actuaba de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros que no hubiesen sido posibles de no ostentar la posición de dominio⁶. De este modo, para encontrar un caso de abuso de posición de dominio debía acreditarse que como resultado de la práctica la empresa dominante obtenía un beneficio y además causaba perjuicios a otro agente del mercado.

La norma no señalaba cuál era la naturaleza del beneficio que debía obtener la empresa dominante, es decir, si tal beneficio podía ser de cualquier naturaleza en tanto fuera objetivamente comprobable o si era necesario que fuese una ventaja en términos de competencia. De otro lado, la norma tampoco indicaba que el perjuicio tuviera que producirse necesariamente respecto de competidores, sino más bien se refería a un perjuicio en términos generales sobre otros agentes del mercado (clientes, competidores, suministradores, etc.).

En los casos en que existe relación de competencia, la empresa dominante consigue un beneficio al perjudicar a sus competidores o a los competidores de las empresas de su grupo económico, pues los coloca en situación desventajosa. De esta manera, en dichos casos, el beneficio en términos de competencia y el perjuicio contra competidores se presentan de forma concurrente. Algunos autores han señalado que al exigir la norma que el beneficio y el perjuicio se presenten simultáneamente, debía entenderse que los únicos casos en que la conducta debía ser considerada ilegal eran aquellos en que la empresa dominante obtenía un beneficio en términos competitivos, es decir, aquellos casos en que existía relación de competencia⁷.

3 Al respecto puede verse, por ejemplo: LINK, William, “Tying and Exclusive Dealing: Jefferson Parish Hospital v. Hyde (1984)”, en: KWOKA y WHITE (eds), en: *The Antitrust Revolution: The Role of Economics* (New York, Harper Collins College Publishers, 1994); y, REY, Patrick, Jordi Gual y otros, “Un Enfoque Económico del Artículo 82” en: *El Abuso de la Posición de Dominio*, Martínez Lage y Petitbó, editores (Madrid, Marcial Pons, 2006).

4 Decreto Legislativo 701, Ley contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 07 de noviembre de 1991, pero vigente desde 1993.

5 Decreto Legislativo 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado en el Diario Oficial El Peruano el 25 de junio de 2008 y vigente desde el 25 de julio de 2008.

6 Artículo 5.- “Se considera que existe abuso de posición de dominio cuando una o más empresas que se encuentran en la situación descrita en el artículo anterior actúan de manera indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros, que no hubieran sido posibles de no existir la posición de dominio”.

7 Ver por ejemplo: FALLA, Alejandro, “Facilidades Esenciales y Negativa Injustificada a Negociar”, en: *La Evolución de la Libre Competencia en el Perú* (Themis, 2004) y HARO, José Juan. “Contra los Excesos de la Regulación Económica. Sobre Monopolios Naturales, Instalaciones Esenciales y otros Fantasmas” (Themis 50, 2005). En particular, esta posición se ha planteado respecto de los actos de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativa injustificada de trato, en los cuales se ha argumentado que la única posibilidad de que una empresa dominante se beneficie con una negativa de trato es que con esta conducta perjudique a sus competidores o a los competidores de las empresas de su mismo grupo, pues de otra forma simplemente estaría perdiendo la opción de vender más bienes en el mercado, lo que no representaría un beneficio en ningún caso. Bajo esta lógica, el único beneficio que debería considerarse es aquel que se produce en términos de competencia. Sin embargo, una empresa dominante puede obtener y/o buscar beneficios distintos y en ese intento producir considerables efectos anticompetitivos, situación que no debería dejarse sin una respuesta legal.

Sin embargo, el que en estos casos los efectos anticompetitivos sean evidentes y que sea más fácil calificarlos como ilícitos no significa que sean los únicos casos en que podría demostrarse que la empresa dominante obtiene un beneficio y a la vez perjudica el proceso competitivo. Adicionalmente, dado el texto de la norma y los requisitos exigidos por la misma, no puede afirmarse que el DL 701 haya optado por prohibir solamente los casos en que existe relación de competencia, argumentando que ello se deriva de la necesidad de que beneficio y perjuicio se den simultáneamente.

Si se demuestra que la empresa dominante obtiene un beneficio con la práctica, por ejemplo un beneficio económico representado por la probabilidad de mayores ingresos, se cumpliría el requisito de la norma, por más que tal beneficio no se produjera en términos de competencia. Asimismo, si la práctica coloca en desventaja a unos competidores frente a otros, el perjuicio en términos de efectos anticompetitivos también se cumpliría. Consecuentemente, debe entenderse que la norma previa permitía sancionar los casos con efectos anticompetitivos independientemente de que la empresa dominante o las empresas de su grupo económico compitieran con las empresas perjudicadas.

Lo anterior queda corroborado por la jurisprudencia emitida en aplicación del DL 701, que ha interpretado la prohibición de los actos de abuso de posición de dominio en términos amplios, en función de los efectos de exclusión de las prácticas e independientemente de la existencia de una relación de competencia. Así, la autoridad de defensa de la competencia ha conocido y evaluado numerosos casos de prácticas relacionadas con negativas de trato⁸ y discriminación de precios⁹, en los que no existía relación de competencia entre la empresa dominante y los agentes perjudicados por la misma¹⁰.

Conforme a lo anterior, se concluye que la aplicación del DL 701 ha considerado un enfoque basado en los

efectos anticompetitivos antes que en la relación de competencia.

III. ¿El Decreto Legislativo 1034 Exige Relación de Competencia?

El DL 1034 contiene una definición de abuso de posición de dominio más desarrollada, pues señala que éste se produce cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición. Adicionalmente, la norma precisa que si el ejercicio de la posición de dominio no afecta a competidores reales o potenciales no es abuso de posición de dominio¹¹.

Según se advierte, la norma vigente también requiere -al igual que lo hacía el DL 701- que como consecuencia del acto de abuso la empresa dominante obtenga beneficios y, además, ocasione perjuicios, pero ha precisado de manera expresa que los perjudicados deben ser competidores, agregando que pueden serlo en términos efectivos o sólo potencialmente, y que pueden ser competidores directos o indirectos.

En tal sentido, la cuestión es determinar si la norma actual requiere que exista relación de competencia para que se produzcan actos de abuso de posición de dominio o si éstos se producen cuando la conducta tiene efectos de exclusión de competidores, sin necesidad de que los mismos sean rivales de la empresa dominante o de empresas de su mismo grupo económico.

En primer lugar, los términos de la norma no indican que la relación de competencia sea un requisito para los actos de abuso de posición de dominio. Como se ha señalado en la sección anterior, el que el beneficio para la empresa dominante deba producirse simultáneamente

8 La Comisión de Libre Competencia del INDECOPI, ha conocido varios casos de negativa de trato sin relación de competencia encausándolos según el artículo 5 literal a) del DL 701: Resolución N° 066-96-CLC y N° 007-98-CLC (Expedientes 022-95 y 007-97, respectivamente, correspondientes a las denuncias de Metales Bera S.A. contra Minsur S.A.), Resolución N° 002-99-CLC (Expediente 005-98, correspondiente a la denuncia presentada por Roberto Bergerman y Walter Barboza contra la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita); Resolución N° 011-2000-CLC (Expediente 006-98, correspondiente a la denuncia presentada por Cab Cable S.A. contra Electrocentro S.A.); Resolución N° 007-99-CLC (Expediente 007-98, correspondiente a la denuncia presentada por la Compañía Impresora Peruana S.A. contra la FENVENDRELPI); Resolución N° 022-2001-CLC (Expediente 005-99, correspondiente a la denuncia presentada por Aerocontinente S.A. contra el Banco de Crédito del Perú S.A.).

9 A manera de ejemplo, pueden mencionarse los siguientes casos analizados por el INDECOPI: Resolución 003-93-INDECOPI-CLC, Fondo de Fomento para la Ganadería Lechera del Sur - FONGALSUR contra Gloria S.A., por presuntas prácticas anticompetitivas relacionadas con los precios de compra por debajo de costos y precios discriminatorios; Resolución 001-98-INDECOPI-CLC, Sociedad Nacional de Industrias contra Empresa Minera del Centro -CENTROMIN PERÚ por presunta discriminación de precios; Resolución 004-98-INDECOPI/CLC, Empresa Editora El Comercio S.A. contra Aero Continente S.A. por precios excesivos y precios discriminatorios. Asimismo, OSIPTEL ha conocido también algunas denuncias de prácticas discriminatorias que habrían sido desarrolladas en perjuicio de agentes que no tenían relación de competencia con la empresa que realizaba la práctica.

10 Cabe mencionar que los casos de prácticas de abuso de posición de dominio en la modalidad de negativas de trato en las que no había relación de competencia han sido analizadas también en base al artículo 3 del DL 701 (como casos de negativa "arbitraria" de trato). El artículo 3 prohibía con carácter general los actos de abuso de posición de dominio que limiten, restrinjan o distorsionen la competencia causando perjuicios para el interés económico general, sin exigirse en estos casos el mencionado beneficio para la empresa dominante, pero señalándose que la aplicación de esa disposición era excepcional y debía restringirse a casos en que el efecto anticompetitivo fuera manifiesto. Esta interpretación puede verse en la Resolución N° 014-2003-TSC/OSIPTEL (11.06.03) del Tribunal de Solución de Controversias del OSIPTEL.

11 Artículo 10.- El abuso de la posición de dominio

10.1. Se considera que existe abuso cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición.

(...)

10.5. No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales.

con el perjuicio a competidores no significa que ambos deban producirse necesariamente de forma acumulada, es decir, que el perjuicio de los competidores de la empresa dominante sea el beneficio al que se refiere la norma. Estos casos constituyen evidentemente actos de abuso de posición de dominio, pero ello no significa que sean los únicos posibles, ya que pueden existir beneficios de otro tipo¹².

Adicionalmente, el que la norma actual haya precisado que los perjudicados deben ser competidores no significa que tienen que ser necesariamente competidores de la empresa dominante o de las empresas de su mismo grupo económico. Incluso cuando no hay relación de competencia la empresa dominante puede ocasionar efectos de exclusión de competidores en mercados aguas abajo o relacionados, cuando coloca a unos en desventaja frente a otros, tal como se apreciará en los casos resueltos por el INDECOPI que se comentan en la siguiente sección.

En segundo lugar, la norma actual demuestra una evidente preocupación por los efectos restrictivos de la competencia que pueden ocasionar los actos de abuso de posición de dominio. Esto se verifica en la revisión e interpretación conjunta de diversos artículos del DL 1034.

Así, por ejemplo, el artículo 4 sobre el ámbito de aplicación territorial señala que la ley aplicable siempre que las conductas tengan efectos anticompetitivos en el territorio nacional e independientemente de dónde se originen. El numeral 10.2 que lista de manera enunciativa los casos de abuso de posición de dominio, señala que se trata de conductas que tienen efecto excluyente para los competidores. El numeral 10.4 dispone que los actos de abuso de posición de dominio son prohibiciones relativas y el artículo 9 define las restricciones relativas como aquellas en que las conductas tienen efectos negativos para la competencia y para el bienestar de los consumidores. Por su parte, el artículo 44, que señala los criterios para determinar la gravedad de la infracción, hace referencia principalmente a aspectos relacionados con los efectos de las conductas: beneficio ilícito esperado; alcance de la restricción de la competencia; dimensión del mercado afectado; efectos sobre competidores, consumidores y otras partes en el proceso económico; duración de la restricción de la competencia. En tal sentido, la norma vigente se sustenta en un análisis de efectos para identificar las prácticas ilícitas.

En tercer lugar, la exposición de motivos elaborada por el INDECOPI para sustentar el proyecto de ley que ha dado origen al DL 1034 señala que el objetivo de la nueva regulación de los actos de abuso de posición de dominio tuvo como principal objetivo descartar la posibilidad de que se aplique la norma a los denominados actos de abuso de posición de dominio "explotativos", sin señalar en forma alguna que también quedaban excluidos de la aplicación de la ley aquellos casos de abuso en que no existe relación de competencia¹³.

En efecto, el INDECOPI consideró prioritario manifestar que la nueva norma buscaba "clarificar la norma en el sentido que quede establecido que los supuestos de prácticas explotativas no son consideradas infracciones a las normas de competencia, desechando la posibilidad de interpretaciones en distinto sentido". Asimismo, al referirse a la definición de actos de abuso de posición de dominio, la exposición de motivos señala que la norma precisa que las conductas de abuso de posición de dominio prohibidas son aquellas que afectan el proceso competitivo, por ello los agentes perjudicados deben ser competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Más aún, se ha precisado que la finalidad de la norma es prohibir aquellas conductas que dañen el proceso competitivo¹⁴.

Consecuentemente, todo indica que la nueva ley, basada en un enfoque de efectos anticompetitivos, no excluye de su aplicación aquellos casos de abuso de posición de dominio sin relación de competencia. Entender o asumir lo contrario significaría que ese tipo de conductas ha pasado a ser legal per se, pese a los efectos excluyentes de la competencia que pueden ocasionar. Asimismo, supondría que el estándar probatorio de los casos de abuso de posición de dominio se ha elevado notoriamente.

A continuación se comentan algunos casos previamente resueltos por las autoridades de defensa de la competencia peruanas que muestran los problemas que pueden generarse por asumir equivocadamente lo antes indicado.

IV. Jurisprudencia sobre Abuso de Posición de Dominio sin relación de Competencia

Como ya se ha comentado, las autoridades de defensa de la competencia peruanas han conocido diversos casos de abuso de posición de dominio en aplicación del DL 701 en los que no se presentaba una relación

12 Los beneficios y perjuicios pueden presentarse de forma independientes entre sí. En determinados casos una empresa dominante puede colocar indebidamente a unos competidores en desventaja frente a otros al venderles insumos necesarios para actividades en mercados relacionados, en los cuales ni ella directamente ni las empresas de su mismo grupo empresarial operan. Estos casos no están excluidos de la aplicación de la ley y mal se haría en tratar de eximirlos de prohibición argumentando que no existe relación de competencia, pues a pesar de ello la conducta produce efectos anticompetitivos. Lo relevante para calificar los actos de abuso de posición de dominio es que tengan efectos anticompetitivos y no que exista la mencionada relación de competencia.

13 Exposición de Motivos del Proyecto de Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

14 INDECOPI señaló puntualmente lo siguiente en relación con lo dispuesto en el artículo 10: "Se ha precisado la naturaleza de las conductas de abuso de posición de dominio, puntualizándose que son aquellas que afectan el proceso competitivo restringiendo la competencia, de ahí que los agentes perjudicados son competidores reales o potenciales, directos o indirectos. Por ende, toda conducta de abuso de posición de dominio, de acuerdo a lo establecido en el Proyecto, tendrá un efecto excluyente. La identificación de las conductas de abuso de posición de dominio con un efecto de exclusión de competidores guarda directa relación con la finalidad del Proyecto contenida en su artículo 1, esto es, la prohibición de conductas que dañen el proceso competitivo y, por ende, la eficiencia económica".

de competencia, evaluando más bien los efectos anticompetitivos de las prácticas. En particular, se han tramitado casos de negativas injustificadas de trato y discriminación. En cuanto a los casos de negativas de trato, se pueden mencionar los siguientes:

- Una asociación de productores de productos de pan llevar que administraba un mercado de venta mayorista denegó el acceso a sus instalaciones a un productor de arroz. La asociación no competía con el productor de arroz en referencia pero le impedía competir en la venta de su producto en dicho mercado mayorista.
- Una empresa minera que extraía estaño y elaboraba concentrado de estaño se negó a continuar vendiendo dicho producto a una empresa dedicada a la industria metal mecánica y a la fundición y refinación de metales. El productor de estaño no competía con la empresa afectada, pero le dificultaba continuar con sus operaciones.
- La Federación de Vendedores de Diarios, Revistas y Loterías del Perú decidió que sus afiliados (canillitas y otros) no comercializarían el diario La República que tenía una promoción de venta conjunta de un disco compacto con el diario, porque la empresa se negaba a darle un porcentaje del precio de venta. La Federación no competía con el diario, pero le impedía llegar al público a través de sus puntos de venta en igualdad de condiciones que los demás diarios.
- Una empresa concesionaria del servicio de distribución de energía eléctrica se negó a continuar permitiendo el uso de sus postes para que una operadora de televisión por cable tuviera desplegada su red de cable. La distribuidora eléctrica no competía con la operadora de televisión por cable, pero su negativa le impedía continuar brindando servicios en competencia con otra operadora del mismo servicio en la zona geográfica en cuestión.

Entre los casos de discriminación analizados sin relación de competencia se encuentran los siguientes:

- La empresa Gloria que elaboraba y vendía productos lácteos fue denunciada por otorgar un trato diferenciado en la compra de leche a los productores dependiendo del Fongal en que se encontraban organizados (Fongal Sur o Fongal Arequipa). Gloria no participaba del mercado de producción de leche, pero su conducta tenía la potencialidad de colocar a un competidor en desventaja frente a otro.
- Centromín Perú fue denunciada por la Sociedad Nacional de Industrias y varias empresas productoras de baterías por vender plomo refinado a compradores del extranjero a un precio menor al cobrado a los productores de baterías. Centromín no competía en el mercado de producción de baterías, pero su decisión supuestamente colocaba a unos compradores en desventaja frente a otros.

- Aerocontinente fue denunciada por el diario El Comercio por cobrar tarifas diferentes entre distintas empresas editoras de diarios para transportarlos vía aérea a provincias. La línea aérea no competía con los diarios, pero su política de tarifas colocaba supuestamente en desventaja a El Comercio frente a las otras editoras que remitían diarios a provincias.
- Una empresa de distribución eléctrica fue denunciada por una operadora de televisión por cable por aplicar precios distintos por el uso de postes para colocar su red de cables. La distribuidora eléctrica no competía con las operadoras de televisión por cable, pero su decisión tenía la potencialidad de generar que algunas paguen precios mayores que otras por el uso de los postes.

En todos estos casos resultaba bastante fácil identificar que la empresa dominante y los supuestos afectados por los actos supuestamente abusivos no participaban en el mismo mercado, es decir, no eran competidores. No obstante, las autoridades de defensa de la competencia no exigieron como requisito de admisibilidad de las denuncias que se demostrara la relación de competencia entre la empresa dominante y los afectados.

De haberse exigido evidencia de relación de competencia en dichos casos, el estándar de prueba sería más elevado y difícil de cumplir para denunciar supuestos de abuso de posición de dominio. Asimismo, con ese estándar se estaría dejando de conocer casos en que sí pueden generarse efectos anticompetitivos pese a que la empresa dominante no actúa con la intención de perjudicar a sus competidores. Los siguientes casos son muestra de lo anterior.

4.1. Elevación del Estándar de Prueba si se requiere Relación de Competencia

a) Necesidad de Evidencia sobre Intención Anticompetitiva

Los señores Roberto Bergerman Acosta y Walter Barbosa Mendoza denunciaron a la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita por negativa injustificada de acceso del Arroz Super Extra marca Molino del Rey –que comercializaban los denunciados- al mercado de Santa Anita que dicha Asociación administraba.

En días previos a la denuncia dos camiones que transportaban el arroz Molino del Rey fueron impedidos de ingresar al mercado de Santa Anita pese a contar con la documentación en regla y haber efectuado el pago del derecho de ingreso. Según demostraron los hechos y la evidencia del caso, el impedimento de ingreso se debió a la orden impartida por la administración del referido mercado. La Comisión de Libre Competencia ordenó como medida cautelar que la Asociación y sus órganos directivos permitieran el ingreso de los vehículos que transportaban arroz marca Molino del Rey al mercado

de Santa Anita, así como la libre comercialización de dicho producto en el referido mercado.

En la evaluación del caso se concluyó que la Asociación contaba con posición de dominio en el mercado relevante definido como los centros de abasto en los que se comercializaba arroz a nivel mayorista en la ciudad de Lima. Adicionalmente, se consideró que se había impedido el ingreso de los camiones con arroz Molino del Rey sin justificación alguna y que tal actuar había impedido la competencia en la venta de arroz de distintas marcas dentro del mercado de Santa Anita. Consecuentemente, se sancionó a la Asociación y se le ordenó no impedir el acceso del arroz de los denunciantes al mercado.

De este modo, el efecto anticompetitivo ocasionado por una entidad con posición de dominio fue considerado como el principal elemento para sancionar la conducta, sin exigir una relación de competencia. En efecto, la administración del mercado de Santa Anita no competía con los denunciantes. Por su parte, tampoco se demostró que la administración impidiera el ingreso de los camiones de arroz de los denunciantes por estar de acuerdo con uno de los miembros de la Asociación que era competidor de los denunciantes. Lo único que se señaló al resolverse el caso fue que la negativa se había producido en "circunstancias sospechosas".

Ello porque la negativa coincidió en el tiempo con una denuncia planteada por uno de los denunciantes en contra de un miembro de la Asociación que era vendedor de arroz del mercado de Santa Anita por violación de derechos de propiedad intelectual. En efecto, el señor Bergerman había denunciado al propietario de la empresa CODIREY EIRL -quien era miembro de la Asociación- por uso indebido del signo distintivo de su propiedad -uso de diseño y colores distintivos de la marca Molino del Rey- en el empaque de arroz de la empresa CODIREY¹⁵.

De haberse exigido prueba de relación de competencia los denunciantes tendrían que haber demostrado, cuando menos, que la negativa de ingreso ordenada por la administración del mercado de Santa Anita se debía efectivamente

a que su competidor -a quien denunciaron por violación de signos distintivos- tenía la capacidad para influenciar de ese modo las decisiones de la administración del mercado y asimismo, que había ejercido efectivamente dicha capacidad. Sólo de este modo podría haberse demostrado que se trataba de un acto de abuso de posición de dominio. La Comisión de Libre Competencia no exigió tal estándar de prueba y se concentró en evaluar los efectos anticompetitivos de la práctica.

b) Necesidad de evidencia sobre incentivos anticompetitivos

Telecable Motupe S.A., empresa concesionaria del servicio de televisión por cable, tenía celebrado con Electronorte S.A., empresa concesionaria de distribución de energía eléctrica, un contrato para el arrendamiento de sus postes instalados en la ciudad de Motupe del departamento de Lambayeque a fin de que Telecable Motupe coloque su red de cables.

Telecable Motupe denunció a Electronorte por negarse injustificadamente a renovar el contrato de arrendamiento de postes bajo sus mismas estipulaciones. Durante la tramitación de la controversia, la denunciante presentó documentación que indicaba que Electronorte había considerado como un posible negocio a futuro el de prestación de servicios de televisión por cable, argumentando que su interés por entrar al negocio era el motivo de su negativa a renovar el contrato con Telecable Motupe¹⁶.

El Cuerpo Colegiado del OSIPTEL¹⁷ consideró que la información aportada por la denunciante no constituía evidencia suficiente de que Electronorte compitiera de forma directa o indirecta o tuviese al menos intenciones de incursionar en la prestación del servicio de televisión por cable, por lo que no podía considerarse en dicho caso que la conducta desarrollada por Electronorte estuviese sustentada en una intención anticompetitiva. Sin perjuicio de ello, el Cuerpo Colegiado analizó la denuncia planteada en función de sus potenciales efectos de exclusión en el mercado de televisión por cable en la ciudad de Motupe¹⁸.

- 15 Esta denuncia motivo que se ordene como medida cautelar el cese del uso indebido del signo distintivo y la inmovilización del producto Arroz Grano Esmeralda a la empresa CODIREY EIRL. En la denuncia se sostuvo que la negativa de ingreso de los camiones con arroz Molino del Rey al mercado de Santa Anita habría estado motivada por una carta remitida por un afiliado de la Asociación al Presidente de esta última, Sr. Rómulo Rodríguez, solicitándole que negara el ingreso del arroz Molino del Rey al citado mercado, debido a la denuncia presentada por violación de signos distintivos. Sin embargo, no se presentó evidencia que comprobara tales afirmaciones sino solamente la existencia del procedimiento sancionador por violación de derechos de propiedad intelectual.
- 16 Telecable Motupe presentó un encarte editado por el Grupo Distriluz, al que pertenecía Electronorte, en el que se señalaba lo siguiente "El Futuro: Nuestra visión es de una empresa multiservicio en la búsqueda de la satisfacción del cliente. Tenemos los siguientes programas para desarrollar: Sistemas de transmisión de voz y data a través de las redes eléctricas (...) y desarrollo de telecomunicaciones". Adicionalmente, el referido encarte contenía un gráfico en el que se incluía como un posible negocio el servicio de televisión por cable.
- 17 Desde 1993 la autoridad encargada de la defensa de la competencia en el ámbito de los servicios públicos de telecomunicaciones es el Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones - OSIPTEL (a través de dos instancias los Cuerpos Colegiados y el Tribunal de Solución de Controversias). Artículos 69, 76 y 78 del Texto Único Ordenado de la Ley de Telecomunicaciones, Decreto Supremo 013-93-TCC. Artículos 5 y 6 de la Ley 26285 (14.01.94), Ley de Desmonopolización Progresiva de los Servicios Públicos de Telecomunicaciones de Telefonía Fija Local y de Servicios de Portadores de Larga Distancia. Artículo 36 de la Ley de Desarrollo de las Funciones y Facultades del OSIPTEL, Ley 27336. Artículos 19 inciso a) y 53 inciso a) del Reglamento General del OSIPTEL, Decreto Supremo 008-2001-PCM.
- 18 Cabe señalar que finalmente se concluyó que el contrato había seguido ejecutándose pues la denunciante seguía en uso efectivo de los postes y que de producirse una negativa, la misma sería justificada debido a que la denunciante había incumplido con sus obligaciones contractuales.

Si en este caso la autoridad de competencia hubiese exigido a la denunciante acreditar la existencia de una relación de competencia, Telecable Motupe hubiese tenido que probar que los planes de Electronorte para incursionar en la prestación del servicio de televisión por cable tenían cierto nivel de concreción y era probable que fueran ejecutados en el corto plazo, a efectos de poder ser considerado efectivamente un competidor potencial. De otra forma, de haberse requerido relación de competencia, el OSIPTEL no hubiese podido analizar el caso como una práctica de abuso de posición de dominio.

“La mayor dificultad de probanza podría llevar a que se deje de aplicar la ley en casos en los que el efecto de exclusión de competidores puede ser manifiesto(...)”

Considerando los casos antes comentados, si se asumiera que la prohibición de actos de abuso de posición de dominio prevista en el DL 1034 requiere acreditar una relación de competencia entre la empresa dominante y el agente perjudicado por la práctica, se incrementaría de manera significativa el estándar de prueba requerido para admitir a trámite e investigar conductas con potencial anticompetitivo evidente. La mayor dificultad de probanza podría llevar a que se deje de aplicar la ley en casos en los que el efecto de exclusión de competidores puede ser manifiesto, pues obtener la evidencia sobre la relación de competencia (por ejemplo a través de empresas del mismo grupo de la dominante) podría resultar más que complicado. Lo anterior resulta contradictorio con los objetivos que las normas de competencia persiguen.

4.2. Legalidad per se de Actos con Efectos de Exclusiones si se requiere Relación de Competencia

a) Posibles Efectos de Exclusión entre Competidores Directos

Empresa Editora El Comercio S.A. utilizaba el servicio de transporte aéreo de carga prestado por Aerocontinente S.A. para transportar sus diarios a las ciudades del interior del país. Esta aerolínea tenía una tarifa general por kilogramo de carga en función del destino y una tarifa 50% mayor que la general aplicable a la carga que podía considerarse perecible courier, huevos fértiles, diarios, periódicos, revistas, entre otros). En el año 1997, Aerocontinente creó una tercera tarifa aplicable únicamente a los diarios, periódicos y revistas que era el 100% mayor que la tarifa general.

El Comercio denunció a Aerocontinente por discriminación de precios en el mercado de transporte aéreo de carga de diarios y revistas. De un lado, planteó que existía discriminación por la creación de una nueva tarifa para diarios y revistas, diferenciándolos de la otra carga perecible que tenía una tarifa menor. De otro lado, planteó que además existía discriminación en las tarifas cobradas entre los diarios, pues mientras que a El Comercio se le cobraba la nueva tarifa para diarios y revistas, a otros diarios se les cobraba una tarifa menor para el mismo destino y por volúmenes similares.

La Comisión de Libre Competencia encontró que Aerocontinente tenía posición de dominio en algunas rutas y dado que era evidente la aplicación de precios distintos entre carga perecible y diarios, y entre diarios entre sí, evaluó si existían circunstancias que justificaran dicha diferenciación.

En cuanto a la discriminación entre tipos de carga perecible, la Comisión concluyó que el transporte de diarios presentaba diferencias respecto del transporte de otra carga perecible. Tales diferencias se relacionaban con los costos de oportunidad de llevar todos los días en el primer vuelo los diarios y sólo de ida, dentro de una coyuntura de restricción de servicios de transporte aéreo por la salida o retiro paulatino de varias aerolíneas. Asimismo, también se relacionaban con la menor elasticidad de demanda que tenían los diarios por el servicio de transporte, por lo que estaban dispuestos a asumir un mayor costo. En función de tales características, la Comisión consideró que existía justificación para el cobro de precios distintos según el tipo de carga perecible y, por ende, que la práctica denunciada no constituía un acto de abuso de posición de dominio.

Respecto de la discriminación entre diarios, la Comisión encontró que Aerocontinente había suscrito contratos con la mayoría de diarios a través de los cuales ambas partes congelaban sus tarifas y además se otorgaban descuentos mutuos. El Comercio no había aceptado suscribir un contrato de esa naturaleza, pese a que Aerocontinente se lo había ofrecido. La Comisión entendió que a través de los contratos mencionados los diarios daban determinadas ventajas a Aerocontinente que ésta no obtenía de El Comercio, por lo que se justificaba el cobro de un precio menor a los primeros. Consecuentemente, en este caso también se concluyó que la práctica denunciada no era un acto de abuso de posición de dominio.

La segunda instancia confirmó el pronunciamiento de la Comisión, declarando infundada la denuncia planteada por considerar que la diferenciación de tarifas aplicada por Aerocontinente se explicaba por la naturaleza especial del servicio de transporte de carga de diarios. En tal virtud, concluyó que la denuncia era infundada porque no existían suficientes elementos de juicio para considerar que

la práctica denunciada hubiese tenido una finalidad restrictiva de la competencia¹⁹.

En este caso se evaluaron las prácticas denunciadas sin exigir que se demostrara relación de competencia entre Aerocontinente y El Comercio. La denunciada no competía con El Comercio y según la información disponible ninguna empresa del grupo de Aerocontinente competía con El Comercio. De haberse requerido una relación de competencia, este caso no habría sido admitido, pese a que las prácticas denunciadas podían generar efectos anticompetitivos –cuando menos la discriminación entre diarios– poniendo a unos competidores en desventaja frente a otros.

En efecto, mientras que el precio diferenciado entre tipos de carga perecible no podía afectar a competidores (los productores de cargas del tipo courier, huevos fértiles, etc. no compiten con los diarios), el mayor precio cobrado a El Comercio frente al cobrado a otros diarios sí ocasionaba que al menos un competidor tuviera que asumir costos mayores que sus rivales por la utilización del mismo servicio. En tal sentido, de no haber existido justificación para esta última diferenciación de precios la misma sí podría haber tenido efectos de exclusión de competidores. Consecuentemente, la Comisión evaluó este posible efecto anticompetitivo.

b) Exclusión de Competidores del Mercado que Posibilitaría su Monopolización

Cab Cable S.A., dedicada a la prestación del servicio de televisión por cable, denunció a Electrocentro S.A. como concesionaria de distribución eléctrica por presunto abuso de posición de dominio consistente en negarse injustificadamente a permitir que la denunciante continuara utilizando sus postes para el tendido de su red de cables.

En enero de 1998, Cab Cable adquirió la infraestructura que utilizaba Cable Visión Huancayo, empresa dedicada al servicio de televisión por cable en dicha ciudad. Esta empresa tenía celebrado con Electrocentro un contrato de uso de postes para el tendido de la red de cable. Una vez adquirida la infraestructura mencionada, Cab Cable solicitó a Electrocentro la suscripción de un nuevo contrato de uso de postes. Electrocentro se negó a celebrar dicho contrato alegando razones de seguridad y señalando que el arrendamiento de postes era un negocio colateral para el cual sus sistemas no estaban preparados. Cab Cable ofreció a Electrocentro contratar un seguro para cubrir los riesgos que pudieran derivarse del uso de postes, pero Electrocentro mantuvo su negativa.

De otro lado, Electrocentro celebró contratos de uso de postes con otras empresas operadoras de televisión por cable en zonas aledañas a la ciudad de Huancayo.

La Comisión de Libre Competencia concluyó que Electrocentro, junto con Telefónica del Perú (la otra empresa que contaba con postes instalados en Huancayo), contaban con posición de dominio y en función de ello analizó la práctica, evaluando si existían justificaciones admisibles para la negativa. Al respecto, la Comisión entendió que los argumentos expresados por Electrocentro no justificaban debidamente la negativa, ni siquiera los problemas de carácter técnico alegados. Asimismo, evaluó los efectos anticompetitivos ocasionados por la negativa identificando que había restringido la oferta del servicio de televisión por cable en Huancayo, al impedir la operación de un nuevo operador en competencia con el único operador existente en ese momento. En tal sentido, la práctica podía ocasionar que el único operador en funcionamiento monopolizara el mercado. Por ello, la Comisión declaró fundada la denuncia y sancionó a Electrocentro. La Sala de Defensa de la Competencia confirmó este pronunciamiento, declarando que Electrocentro había incurrido en una negativa injustificada de trato, y le ordenó otorgar el acceso a sus postes²⁰.

En este caso, el comportamiento de una empresa dominante en el mercado de distribución eléctrica ocasionó efectos de exclusión de competidores en el mercado de televisión por cable, restringiendo las opciones de los usuarios de este último servicio (es decir, afectando el bienestar de los consumidores), sin que existiera relación de competencia ni intencionalidad anticompetitiva. Ello como producto de que el énfasis del análisis realizado por la autoridad de defensa de la competencia se centró en los potenciales efectos de exclusión que dicha negativa podría generar en el mercado de televisión por cable de Huancayo.

De asumirse que la norma de defensa de la competencia peruana exige relación de competencia para que se configure un acto de abuso de posición de dominio, casos como los anteriores no podrían ser ni siquiera evaluados por la autoridad, pese a los posibles efectos de exclusión que podrían generarse. En efecto, el análisis de los casos antes comentados pone en evidencia que los efectos de exclusión pueden producirse con prescindencia de la relación de competencia y/o motivación anticompetitiva de la empresa dominante. Una interpretación restringida de los alcances de la prohibición de abuso de posición de dominio contemplada en el

19 Mediante Resolución N° 0078-1999/TDC-INDECOPI de fecha 05 de marzo de 1999. Si bien es cierto, la Sala de Defensa de la Competencia consideró como un elemento de juicio de su análisis del caso el hecho de que la práctica no tendría una intención anticompetitiva, este análisis se realizó como parte de la evaluación de fondo efectuada respecto de la práctica, es decir, para evaluar si la misma era fundada o infundada y no en el contexto de evaluar la admisibilidad de la denuncia.

20 Resolución N° 00869-2002/SDC de fecha 11 de diciembre de 2002.

DL 1034 dejaría sin sanción prácticas cuyo potencial anticompetitivo es considerable. Esto nuevamente es contradictorio con los objetivos que las normas de defensa de la competencia persiguen.

V. Conclusiones

El ejercicio indebido de poder de mercado por una empresa que ostenta posición de dominio puede generar efectos de exclusión en uno o varios mercados relacionados, sin que dicho ejercicio se sustente necesariamente en una intención anticompetitiva.

Las normas de competencia pueden adoptar un enfoque restringido que sólo califica como ilícitos aquellos actos de abuso cometidos por la empresa dominante en perjuicio de sus competidores o de los competidores de las empresas de su mismo grupo económico (esto implica que se acredite una relación de competencia). De otro lado, pueden adoptar un enfoque más extenso considerando ilícitos aquellos actos de abuso que puedan generar efectos de exclusión de competidores, independientemente de que los perjudicados sean competidores de la empresa dominante o de las empresas de su mismo grupo económico. Las tendencias más recientes del Derecho de la Competencia se inclinan por este segundo enfoque, precisando que lo más relevante es concentrarse en los efectos anticompetitivos de las prácticas antes que en las categorías o requisitos legales que las configuran.

La opción adoptada por el DL 701 en relación con este aspecto, manifestada no sólo en sus disposiciones sino también en la jurisprudencia emitida por las autoridades peruanas de defensa de la competencia, fue sancionar los actos de abuso de posición de dominio en función de sus efectos anticompetitivos, sin exigir como requisito de admisión que se acredite una relación de competencia. Los casos reseñados en el presente artículo ponen de manifiesto la preocupación de las autoridades de defensa de la competencia por evaluar los efectos exclusorios pueden generar la conducta de las empresas dominantes, con prescindencia de que tal conducta responda o no a una intención anticompetitiva. Los mencionados efectos de exclusión pueden manifestarse en la creación de desventajas entre competidores o la exclusión de unos competidores del mercado permitiendo su monopolización por otros.

El DL 1034 mantiene la misma lógica del DL 701 aunque con un mayor desarrollo, precisando que los actos de abuso de posición de dominio deben perjudicar a competidores, con la expresa finalidad –planteada en su exposición de motivos– de que la prohibición no se aplique a los denominados actos de abuso “explotativos” que perjudican directamente a los consumidores y no a competidores. La nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas se concentra en el análisis de los efectos de exclusión de los actos de abuso de posición de dominio, independientemente de que exista o no relación de competencia entre la empresa dominante y los competidores perjudicados.

Si bien el DL 1034 vigente exige –al igual que lo hacía el DL 701– que el beneficio que obtiene la empresa dominante y el perjuicio a competidores se produzcan simultáneamente, ello no significa que beneficio y perjuicio deban presentarse de forma acumulada. En efecto, los casos de abuso de posición de dominio más evidentes y más fáciles de probar son aquellos en que el beneficio de la empresa dominante es el perjuicio causado a sus competidores, es decir, cuando beneficio y perjuicio se dan de forma acumulada. Sin embargo, el beneficio de la empresa dominante también puede ser de naturaleza distinta, por ejemplo, la expectativa de mayores ingresos o sustentarse en otras consideraciones de negocio, y en busca de tal beneficio puede ocasionar perjuicios entre competidores en mercados relacionados sin tener relación de competencia con ellos. De esta manera, el beneficio y el perjuicio requerido por la norma vigente pueden presentarse de forma independiente entre sí.

De asumirse una interpretación restringida de la prohibición de actos de abuso de posición de dominio, requiriéndose prueba de una relación de competencia, se elevaría considerablemente el estándar de prueba para demostrar la existencia de una relación de competencia y sancionar actos de abuso de posición de dominio. Adicionalmente, se convertirían en legales per se conductas de empresas dominantes que tienen efectos de exclusión de la competencia en mercados aguas abajo o relacionados. Esto sería contrario a los objetivos que persiguen las normas de defensa de la competencia.

En tal sentido, quedará a la jurisprudencia definir los contornos de la prohibición de los actos de abuso de posición de dominio en la nueva ley peruana de defensa de la competencia 