



**ANTONIO MARÍA LORCA NAVARRETE**

Algunas aportaciones sobre una nueva concepción de la naturaleza jurídica del arbitraje: su ámbito negocial-procesal

**JULIO CÉSAR RIVERA**

El Derecho Concursal: una rama cuya legislación está en permanente cambio

**CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO**

Derecho y vida humana

**ÉDGAR CORTÉS MONCAYO**

El resarcimiento del daño a la persona en el Derecho Latinoamericano

**WILFREDO SANGUINETI RAYMOND**

La regulación de los conflictos laborales en España: entre la garantía de la autotutela y el fomento de los sistemas autónomos de solución

**CÉSAR NAKAZAKI SERVIGÓN**

Atipicidad de la instauración del Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional (1992) por aplicación del filtro de imputación objetiva: consentimiento

### ANÁLISIS

Cambios legislativos en materia de Derecho de la Competencia

El Ministerio del Ambiente y sus implicancias jurídicas

**JUAN ESPINOZA ESPINOZA**

La manifestación y la declaración de la voluntad

**ERNESTO BLUME FORTINI**

El Amparo Informático frente al embate de la era de la información

**AISSA PAREDES LEÓN**

Cambios en la regulación del sistema eléctrico en el Perú: ¿contribuyendo al aumento de las inversiones?

**ROLANDO RAMÍREZ-GASTÓN HORNY Y  
ANDRÉS RAMÍREZ-GASTÓN SEMINARIO**

“Dividendos” pagados por un consorcio

**ATHINA**  
**REVISTA DE DERECHO DE LOS ALUMNOS**  
**DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA**

E D I T O R A J U R Í D I C A G R I J L E Y

Hugo Gómez L.



# athina

REVISTA DE DERECHO DE LOS ALUMNOS  
DE LA UNIVERSIDAD DE LIMA

Nº 5  
2008  
AÑO 3

GRILEY

**DERECHOS RESERVADOS: DECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de esta revista por cualquier medio, total o parcialmente sin permiso expreso de su titular.

© 2008, ATHINA: Revista de Derecho de los Alumnos de la  
Universidad de Lima  
ASOCIACIÓN ATHINA AREIA

Las opiniones vertidas en ATHINA son de propiedad exclusiva de sus respectivos autores. ATHINA no se responsabiliza ni comparte necesariamente dichas ideas.

Los trabajos incluidos en la Revista ATHINA que son objeto de republicación cuentan con la autorización de sus respectivos autores.

Composición e Impresión *Laser Graf Alvarado*

Hecho el depósito legal en la  
Biblioteca Nacional del Perú N° 2006-7994

ISSN 1991-0894

**Correspondencia Editorial:**

Universidad de Lima, Av. Javier Prado Este s/n,  
Pabellón A, Tercer Piso, Cubículo N 24 - Surco  
Lima 33 - Perú

Correo electrónico: [contacto@revistaathina.org](mailto:contacto@revistaathina.org)

**Editora Jurídica Grijley E.I.R.L.**

LIMA

Jr. Lampa 1221 - Cercado de Lima

Telefax: (51-1) 427 3147

[grijley@terra.com.pe](mailto:grijley@terra.com.pe)

# EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO EN LA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Hugo Gómez Apac

## Resumen

*El presente artículo se refiere al tema del abuso de la posición de dominio en la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas. Es por ello que, lo estipulado en esta nueva normativa, añade temas novedosos e interesantes, los cuales permiten una mejor aproximación a lo que es la posición de dominio en sí, dado que permite definir el concepto de mercado de producto relevante y mercado geográfico relevante, cosa que no hacía la anterior ley. Asimismo, señala de una manera más clara y precisa, para la cual ha incorporado nuevos ejemplos de las conductas tipificadas, que la posición de dominio de por sí no es ilegal, sino el hecho de abusar de la misma; y que en esta nueva ley, a diferencia de la anterior, sólo se prohibirán las practicas exclusorias más no las explotativas.*

## Summary

*The present article refers to the subject of abuse of the dominant position of the new law of enforcement of anticompetitive behavior. Is because of this that, the terms of this new law, add some new and interesting themes, which allow a better approximation to what is the dominant position, and it lets the author set the concept of market of relevant product and geographical relevant market, thing that the old law didn't allow. It also shows in a more clear and precise way, for which he has incorporated new examples of typified behaviors, that the position of domain is not illegal, but it is the fact of abusing of it; and that in this new law, unlike the old one, only the excluding practices will be prohibited, not the exploitative.*

## Sommaire

*Cet article traite le sujet de l'abus de la position de domination dans la nouvelle loi de répression de conduites anticoncurrentielles. Ce qui a été stipulé dans cette norme, offre de nouveaux sujets intéressants. Ces sujets permettent une meilleure approche à la position de domination elle-même puisqu'elle définit le concept de marché de produit concerné et le marché géographique concerné, ce que par ailleurs l'ancienne loi ne faisait pas. Il signale plus clairement que la position de domination n'est pas illégale. Ce qui est illégal c'est l'abus de la loi. Il remarque que dans cette nouvelle loi, à différence de la précédente, ce sera uniquement interdit les pratiques exclus et non pas les exploratoires.*

El presente artículo tiene por objeto explicar el tratamiento del abuso de la posición de dominio en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (en adelante LRCA), aprobado por Decreto Legislativo 1034<sup>1</sup>, norma que ha derogado al Decreto Legislativo 701<sup>2</sup> (en adelante DL 701), Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia.

## I. EL MERCADO RELEVANTE

El abuso prohibido y sancionado por la LRCA es el abuso realizado por un agente económico que goza de posición de dominio, y esta cualidad económica se define en función de un determinado escenario llamado mercado relevante. La posición de dominio no es una característica que una empresa posee en abstracto, sino que dicha posición se disfruta dentro de los límites de un mercado relevante y no más allá. De ahí que todo análisis de un presunto abuso de posición de dominio pasa por determinar previamente el mercado relevante, lo que permitirá conocer luego si la empresa denunciada goza o no de dicha posición en el referido mercado.

El DL 701 no definía el mercado relevante ni establecía criterios para determinarlo. Ello, por supuesto, no impidió que la Comisión de Libre Competencia (hoy Comisión de Defensa de la Libre Competencia) del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante Indecopi) determinara el mercado relevante en los diferentes casos que tuvo la oportunidad de conocer en aplicación de la ley derogada. En dichos casos aplicó los criterios que suelen ser utilizados por las autoridades de competencia más prestigiosas del mundo, como son la Comisión Federal de Comercio (en adelante FTC<sup>3</sup>) y el Departamento de Justicia (en adelante DOJ<sup>4</sup>) de Estados Unidos de América y la Comisión de la Unión Europea. Tales criterios están recogidos en las “Guías para las Fusiones Horizontales”<sup>5</sup> (1992) del FTC y DOJ y la “Comunicación de la Comisión (de la Unión Europea) relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia” (1997).

Si el Indecopi nunca había tenido problemas con la determinación del mercado relevante, ¿por qué entonces la necesidad de regular de manera expresa

---

<sup>1</sup> Publicado el 25 de junio del 2008, vigente desde el 25 de julio del 2008.

<sup>2</sup> Publicado el 7 de noviembre de 1991. Modificado por Decreto Ley 25868 (publicado el 24 de noviembre de 1992); Decreto Ley 26004 (publicado el 27 de diciembre de 1992); Decreto Legislativo 788 (publicado el 31 de diciembre de 1994); Decreto Legislativo 807 (publicado el 18 de abril de 1996); y Decreto Legislativo 957 (publicado el 29 de julio del 2004).

<sup>3</sup> *Federal Trade Commission.*

<sup>4</sup> *Department of Justice.*

<sup>5</sup> *Horizontal Merger Guidelines.*

dicho asunto en la LRCA? Cuando se discutía el contenido del proyecto de ley que dio origen a la LRCA<sup>6</sup> se presentaron dos posiciones. Una primera que alegaba que los criterios para determinar el mercado relevante debían ser dejados a la jurisprudencia del Indecopi, tal como venía ocurriendo mediante la aplicación del DL 701, o que dicha institución los definiera a través de Lineamientos (que son pautas generales más que un reglamento administrativo propiamente). La segunda posición sostenía que era necesario que el texto expreso de la ley señalara tales criterios, pues con ello se generaría una mayor seguridad jurídica y predictibilidad.

La segunda postura primó debido a que se consideró que la jurisprudencia del Indecopi en materia de libre competencia ha sido lamentablemente algo errática, bastando para ello recordar cómo a partir del mismo texto legal la Sala de Defensa de la Competencia sostuvo en 1997 –y mediante un precedente de observancia obligatoria (Caso Los Pollos<sup>7</sup>)– que el DL 701 reconocía la aplicación de la regla *per se* para el análisis de determinadas prácticas colusorias horizontales, mientras que seis años después, en 2003, dicho cuerpo colegiado –con otra conformación– sostuvo prácticamente lo contrario a través de otro precedente (Caso SOAT<sup>8</sup>); o cómo en el caso de las llamadas prácticas explotativas, la referida Sala sostuvo en el año 2004 (Caso AFP<sup>9</sup>) que el Indecopi era competente para conocer una denuncia por “precios abusivos”, mientras que tan sólo tres años después, en 2007, la Comisión de Libre Competencia –mediante un precedente de primera instancia (Caso Consettur<sup>10</sup>)– señaló que no era competente para ello.

---

<sup>6</sup> Tanto dentro del Grupo de Trabajo conformado al interior del Indecopi como entre integrantes de este grupo y los expertos que remitieron comentarios a la versión preliminar del proyecto que dicha institución publicó en su página web en marzo del 2008.

<sup>7</sup> Resolución 276-97/TDC-INDECOPI del 19 de noviembre de 1997 recaída en el Expediente 029-1996/CLC (procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra empresas avícolas por concertación de precios y otras condiciones en el mercado de comercialización de “pollo carne vivo” en Lima Metropolitana y el Callao).

<sup>8</sup> Resolución 0224-2003/TDC-INDECOPI del 16 de junio del 2003 recaída en el Expediente 004-2002/CLC (procedimiento seguido de oficio por la Comisión de Libre Competencia contra empresas de seguro y su gremio por concertación del precio de las pólizas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT).

<sup>9</sup> Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI del 4 de junio del 2004 recaída en el Expediente 001-2003/CLC (procedimiento seguido por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú – CUT y otro contra cuatro administradoras privadas de fondos de pensiones – AFP por presunto abuso de posición de dominio en la modalidad de cobro de comisiones excesivas y concertación de precios).

<sup>10</sup> Resolución 052-2007-INDECOPI/CLC del 14 de septiembre del 2007 recaída en el Expediente 003-2005/CLC (procedimiento seguido por la Asociación de Agencias de Turismo del Cusco contra el Consorcio de Servicios de Transporte Turístico Machupicchu – Consettur Machupicchu S.A.C. por un presunto abuso de posición de dominio explotativo consistente en la imposición de un precio excesivo y un trato discriminatorio en el servicio de transporte de pasajeros en la ruta Aguas Calientes – Puente Ruinas – Ciudadela Inca de Machupicchu).

La poca confianza en la predictibilidad de la jurisprudencia administrativa del Indecopi determinó que se optara por la segunda postura e incluir de manera expresa en la ley una definición de mercado relevante, así como señalar criterios para determinar dicho mercado.

Para saber si una empresa tiene posición de dominio, la autoridad de competencia debe averiguar el mercado geográfico en el cual interactúa la oferta y demanda del producto o servicio objeto de la denuncia y de sus sustitutos cercanos. En este sentido, la definición del mercado relevante para los casos de libre competencia está referida a la definición del (i) mercado de producto relevante y (ii) del mercado geográfico relevante, dos dimensiones que determinan el mercado relevante sobre el cual se estimará la tenencia o no de posición de dominio por parte de la empresa investigada. De ahí que el Artículo 6° de la LRCA empieza por señalar que mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico<sup>11</sup>.

### 1.1. El mercado de producto relevante

La LRCA señala que el mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, agrega la referida ley, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución<sup>12</sup>.

El producto relevante es el bien o servicio producido o comercializado por la empresa denunciada respecto del cual opera el presunto abuso, así como los otros bienes o servicios que constituyen sustitutos razonables de aquél. El producto "A" es sustituto del producto "B" cuando para el consumidor, considerando los precios, calidades, características, usos u otras condiciones de estos productos, le es casi indistinto consumir "A" o "B". Para definir el mercado de producto se suele efectuar el siguiente ejercicio:

---

<sup>11</sup> LRCA.

"Artículo 6°.- El mercado relevante.-

6.1 El mercado relevante está integrado por el mercado de producto y el mercado geográfico. (...)"

<sup>12</sup> LRCA. "Artículo 6°.- El mercado relevante.-

(...)

6.2 El mercado de producto relevante es, por lo general, el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos. Para el análisis de sustitución, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, las preferencias de los clientes o consumidores; las características, usos y precios de los posibles sustitutos; así como las posibilidades tecnológicas y el tiempo requerido para la sustitución.

(...)"



- (i) Se asume que existe un hipotético monopolista en la venta del producto materia de investigación (p.e. el producto “M”), que es el producto producido o comercializado por la empresa denunciada y respecto del cual estaría operando el presunto abuso de posición de dominio.
- (ii) La autoridad se pregunta cómo reaccionarían los compradores (clientes o consumidores) ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio de “M” (p.e. una incremento entre 5% a 10%).
- (iii) Si como consecuencia del referido aumento, los compradores consideran razonable dejar de consumir “M” y en su lugar consumir “N” o “P”, o simplemente les es indiferente consumir cualquiera de estos tres productos, entonces “N” y “P” son sustitutos adecuados de “M”, por lo que el mercado de producto relevante será “M”, “N” y “P”.
- (iv) Por el contrario, si pese al aumento del precio, los compradores no migran hacia otro producto, sino que continúan consumiendo “M” (debido a su uso, calidad u otras características), el mercado de producto relevante será sólo “M”.

Así, por ejemplo, si el producto producido por la empresa investigada es el pisco (asumiendo que sólo ella produce pisco), y resulta que ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio del pisco (supongamos 7,5%), los compradores de pisco sustituyen sin ningún problema este producto por el vodka y el ron, la autoridad debería considerar como el mercado de producto relevante al pisco, al vodka y al ron.

## 1.2. El mercado geográfico relevante

En lo que respecta al mercado geográfico relevante, la LRCA menciona que éste es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. La ley precisa que para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte (p.e. flete y seguros) y las barreras al comercio existentes (p.e. aranceles, barreras paraarancelarias, redes de distribución)<sup>13</sup>.

El mercado geográfico relevante es el área geográfica donde se encuentran todas las fuentes alternativas de aprovisionamiento razonables del producto relevante. Para definir dicho mercado se suele efectuar el siguiente ejercicio:

---

<sup>13</sup> LRCA. “Artículo 6º.- El mercado relevante.-  
(...)”

6.3 El mercado geográfico relevante es el conjunto de zonas geográficas donde están ubicadas las fuentes alternativas de aprovisionamiento del producto relevante. Para determinar las alternativas de aprovisionamiento, la autoridad de competencia evaluará, entre otros factores, los costos de transporte y las barreras al comercio existentes.”

- (i) Se asume que un hipotético monopolista vende el producto relevante ("M", "N" y "P") en la zona geográfica donde la empresa investigada vende su producto "M" (p.e. en la ciudad "A").
- (ii) La autoridad se pregunta cómo reaccionarían los compradores (clientes o consumidores) ante un pequeño pero significativo y no transitorio aumento del precio del producto relevante (p.e. un incremento entre 5% a 10%).
- (iii) Si como consecuencia del referido aumento, los compradores dejan de consumir el producto relevante del monopolista en la ciudad "A" y deciden comprar dicho producto (que es "M", "N" y "P") en las ciudades "B" o "C", pese a los mayores costos que ello podría significar, o simplemente les es indiferente adquirir el producto relevante en cualquiera de estas tres ciudades, el mercado geográfico relevante será el área comprendida por las ciudades "A", "B" y "C".
- (iv) En cambio, si pese al aumento los compradores continúan adquiriendo el producto relevante en la ciudad "A" (porque les sería menos rentable adquirirlo de otras ciudades), el mercado geográfico relevante será sólo esta ciudad.

Siguiendo con nuestro ejemplo, asumamos que en el departamento<sup>14</sup> de Ica (lugar donde comercializa pisco la empresa denunciada) el único productor de pisco incrementara el precio de este producto en un 7,5%. ¿Hasta dónde irían los distribuidores minoristas ubicados en Ica para adquirir ron, vodka y pisco?

Si resulta que no es rentable buscar ron, pisco y vodka fuera de Ica, de modo que no tendrían otra opción que comprar el pisco del monopolista ubicado Ica, el mercado geográfico relevante será sólo este departamento.

En cambio, si resulta que ir al departamento de Lima por vodka o ron es una mejor o igual alternativa (internalizando todos los costos correspondientes) que comprar pisco del monopolista en Ica, entonces el mercado geográfico relevante estará conformado por los departamentos de Lima e Ica.

En nuestro ejemplo, el mercado relevante es la producción (y eventual importación) de ron, vodka y pisco en los departamentos de Lima e Ica.

## II. LA POSICIÓN DE DOMINIO

### 2.1. La definición de posición de dominio

Una empresa tiene posición de dominio cuando tiene la capacidad de incrementar el precio del bien o servicio que oferta al mercado por encima del nivel de equilibrio competitivo sin preocuparse de la reacción de sus competidores, clientes o proveedores. Si una empresa goza de posición de dominio, el incremento

---

<sup>14</sup> Circunscripción territorial que coincide con el ámbito de las regiones.

del precio (o la reducción de la producción) no le produce pérdidas; por el contrario, al no perder clientes (o perderlos en poca cantidad), logra obtener ganancias extraordinarias. Así, mientras en un mercado competitivo, las empresas competidoras son tomadoras de precios, es decir, venden el producto al precio de equilibrio; en un mercado poco competitivo la empresa dominante es fijadora de precios, toda vez que puede actuar de manera independiente a los otros agentes del mercado.

El Artículo 7º de la LRCA<sup>15</sup> entiende que una empresa goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como: (a) una participación significativa en el mercado relevante; (b) las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios; (c) el desarrollo tecnológico o servicios involucrados; (d) el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución; e) la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica; o (f) la existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

La definición de posición de dominio contenida en la LRCA combina de alguna manera lo que estaba señalado en el Artículo 4º del DL 701<sup>16</sup> con lo que

---

<sup>15</sup> LRCA.

“Artículo 7º.- El mercado relevante.-

7.1 Se entiende que un agente económico goza de posición de dominio en un mercado relevante cuando tiene la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar en forma sustancial las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que sus competidores, proveedores o clientes puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad, debido a factores tales como:

(a) Una participación significativa en el mercado relevante.

(b) Las características de la oferta y la demanda de los bienes o servicios.

(c) El desarrollo tecnológico o servicios involucrados.

(d) El acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministro así como a redes de distribución.

(e) La existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económica o estratégica.

(f) La existencia de proveedores, clientes o competidores y el poder de negociación de éstos.

(...)”

<sup>16</sup> DL 701.

“Artículo 4º.- Se entiende que una o varias 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 o servicios involucrados, el acceso de competidores a fuentes de financiamiento y suministros, así como a redes de distribución”.

prescribe el Artículo 9° de la Decisión 608<sup>17</sup>. Normas para la Protección y Promoción de la Libre Competencia en la Comunidad Andina<sup>18</sup>. De la Decisión 608 se rescata la naturaleza de la actuación independiente (tomadora de precios) de la empresa dominante, en el sentido de que ésta puede afectar en forma sustancial las condiciones de oferta o demanda del mercado relevante (como el precio o la cantidad producida del producto relevante), lo que se complementa con la referencia a los factores que en general suelen dotar de posición de dominio a una empresa, tal como lo hacía el DL 701.

Así, por ejemplo, si una empresa controla la fuente de aprovisionamiento de los insumos de la industria, tal circunstancia le dará poder de mercado, pues podrá vender dicho insumo a sus competidores a un precio mucho mayor que el pagado por ella, o simplemente podría negarse a proveerlo a sus competidores. También da poder de mercado el control de los canales de distribución o comercialización del producto, pues los competidores tendrán dificultades de vender su producto si no acceden a dichos canales. Una significativa participación de mercado también permite que una empresa goce de posición de dominio, pues sus proveedores y clientes podrían aceptar todo tipo de condiciones contractuales con tal de no dejar de contratar con ella. Si una empresa tiene equipamiento o tecnología que no tienen sus competidores, y dicho equipamiento o tecnología le permite vender sus productos a un precio significativamente menor al de sus competidores, esta circunstancia le dará poder de mercado.

## **2.2. La posición de dominio no es ilícita por sí misma**

A propuesta de los expertos que remitieron comentarios al proyecto de ley que el Indecopi publicó en marzo del 2008 se introdujo la prescripción contenida en el numeral 7.2 del Artículo 7° de la LRCA, norma que señala que la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita. ¿Era necesario efectuar tal precisión? Creemos que sí, pues aún es frecuente considerar, especialmente entre los actores políticos, que es ilícito tener posición dominante, lo que es incorrecto, por lo que resulta pertinente explicar el malentendido.

---

<sup>17</sup> Emitida el 29 de marzo de 2005. Publicada en la Gaceta Oficial del Acuerdo de Cartagena el 4 de abril del 2005. Vigente para Bolivia, Colombia, Perú y Venezuela Perú a la fecha de su publicación, de conformidad con lo dispuesto en su Artículo 51°.

<sup>18</sup> Decisión 608.

“Artículo 9°.- Se entenderá que uno o más agentes económicos tienen posición de dominio en el mercado relevante, cuando tengan la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar, en forma sustancial, las condiciones de la oferta o demanda en dicho mercado, sin que los demás agentes económicos competidores o no, potenciales o reales, o los consumidores puedan, en ese momento o en un futuro inmediato, contrarrestar dicha posibilidad”.

Una empresa puede lograr una posición dominante en el mercado como consecuencia de su esfuerzo empresarial. Si una empresa introduce eficiencias productivas (reducción de costos de producción que permiten una reducción del precio final) e innovativas (mejora de la calidad de los productos, así como la fabricación de nuevos y más variados productos) es bastante probable que obtenga las preferencias de los consumidores y consecuentemente incremente su participación de mercado. Supongamos que una empresa logra más del 70% de participación de mercado debido a que sus productos son de buena calidad y son vendidos a un precio menor que el de los competidores. Sería un verdadero despropósito el pretender sancionar a una empresa eficiente que beneficia a los consumidores.

Pero qué sucede cuando la posición de dominio se obtiene por razones diferentes a una mayor eficiencia económica. Por ejemplo, a través de una barrera impuesta por el propio Estado, una barrera legal, como una concesión. Si es el caso que el Estado otorga un monopolio a una empresa para ser la única en producir un determinado producto (relevante), dicha empresa gozará de posición de dominio, pero no fruto de su esfuerzo empresarial, sino gracias a la intervención estatal. Esta circunstancia amerita una reflexión mayor. Si se trata de una industria con características de monopolio natural donde la competencia en principio no es posible, como ocurre en las industrias de red (servicios públicos económicos<sup>19</sup>), es razonable que el Estado otorgue la concesión para la explotación del servicio a una sola empresa. En estos casos, en tanto haya competencia por el mercado —otorgar la concesión al postor que ofrezca la mejor combinación en precio, calidad y cobertura del servicio—, el bienestar de los consumidores quedará salvaguardado. El problema se presenta cuando se pretende otorgar un monopolio respecto de una actividad donde la competencia es posible y deseable (p.e. como otorgar a una sola empresa el monopolio de las revisiones técnicas en la ciudad de Lima). En este caso, la posición del monopolista perjudica a los consumidores, quienes no se verán favorecidos por la competencia diaria que se podría dar en dicha actividad.

De modo que no todas las posiciones dominantes son iguales. Las que son fruto de la eficiencia económica no perjudican al mercado. Las que son consecuencia de una barrera legal son las que preocupan. La forma de corregir estas anomalías<sup>20</sup> es eliminando la barrera legal y esperar que la competencia ingrese para beneficiar a los consumidores.

---

<sup>19</sup> Es el caso de las redes de distribución de agua potable y alcantarillado, las red portadora de telecomunicaciones, las redes de transmisión y distribución de electricidad, las redes de transporte y distribución de gas natural, la red ferroviaria, las redes de carreteras, etc.

<sup>20</sup> Nótese que estamos señalando que la anomalía es la posición de dominio consecuencia de una barrera legal. Ésta anomalía no va a ser corregida por la autoridad de competencia, sino por la autoridad que, conforme al ordenamiento jurídico, tenga la capacidad de eliminar la barrera legal.

Las barreras legales pueden consistir en exclusividades otorgadas a través de una ley o un acto o reglamento administrativo. Estas barreras legales no pueden ser eliminadas por la autoridad de competencia, pero sí por otras autoridades. Si la barrera legal está amparada en una norma con rango de ley, lo apropiado es impugnar dicha norma a través de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Si la barrera está contenida en un reglamento administrativo, lo pertinente es la presentación de una demanda de acción popular ante el Poder Judicial, lo que, eventualmente, permitirá dejar sin efecto el reglamento, sea por su contenido inconstitucional o ilegal. Por otro lado, si la barrera legal configura una barrera burocrática administrativa (acto o disposición de la administración pública que ilegal o irracionalmente restringe u obstaculiza el acceso o la permanencia de los agentes económicos del mercado), la Comisión de Eliminación de Barreras Burocráticas del Indecopi eliminará la barrera conforme a lo establecido en la Ley 28996, Ley de Eliminación de Sobrecostos, Trabas y Restricciones a la Inversión Privada.

### **2.3. No es posible sancionar el abuso de posición de dominio conjunta**

El Artículo 5° del DL 701 señalaba que la posición de dominio podía ser ejercida por una o más empresas<sup>21</sup>. Cuando la norma mencionaba una pluralidad de empresas podía referirse tanto a empresas independientes como a empresas que integran un grupo económico. Si se trataba de esto último, estábamos hablando en realidad de una sola empresa (en términos económicos, no jurídicos), pues para el derecho de la competencia todas las empresas que integran un grupo económico constituyen una sola unidad económica. El problema era lo primero, cuando las empresas, supuestamente con posición de dominio, eran independientes.

Si la posición de dominio significa que una empresa es fijadora de precios, ¿cómo puede ser posible que en un mercado cohabiten dos o más empresas (independientes) fijadoras de precios? ¿Es posible que dos o más empresas (independientes) puedan actuar en un mercado relevante con prescindencia de sus competidores? Estas reflexiones nos llevan a la noción de “abuso de posición de dominio conjunta” o “abuso de posición de dominio colectiva”.

La jurisprudencia europea ha definido la posición de dominio conjunta como una situación en la cual hay un grupo de empresas que conforman un oligopolio (dominante) el cual –sin que sus integrantes adopten un acuerdo o

---

Una cosa diferente es el abuso cometido por la empresa cuya posición de dominio deriva de una barrera legal. Este abuso sí puede ser conocido, y corregido, por la autoridad de competencia, tal como se señala en el numeral 10.3 del Artículo 10° de la LRCA (acápito 3.5 del presente trabajo).

<sup>21</sup> Lo mismo señalan el Artículo 82° del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea; el Artículo 2° de la Ley 15/2007, del 3 de julio, de Defensa de la Competencia (de España); el Artículo 4° de la Ley 25.156, Ley de Defensa de la Competencia (de Argentina); entre otras normas.

práctica concertada— obstaculiza de manera significativa la competencia efectiva debido a las características del mercado. Se dice que cada miembro del oligopolio, consciente de los intereses comunes, decide adoptar de manera duradera una misma línea de acción en el mercado con el fin de vender por encima de los precios competitivos, y sin necesidad de celebrar un acuerdo o recurrir a una práctica concertada, y ello sin que sus competidores actuales o potenciales, o sus clientes o consumidores, puedan reaccionar de un modo efectivo<sup>22</sup>. En sede nacional, la Sala de Defensa de la Competencia señaló (Caso AFP, 2004) que el DL 701 prohibía el abuso realizado por empresas independientes bajo la figura del “abuso de posición de dominio conjunta”<sup>23</sup>.

Lo cierto es que al pretender sancionar un abuso de posición de dominio conjunta lo que se está cuestionando es una estructura de mercado oligopólica en la que existe una fuerte interdependencia entre las empresas partícipes del oligopolio. Esto es, se sanciona una estructura de mercado (oligopolio) como si fuera una conducta anticompetitiva. Como se reconoce que los integrantes del oligopolio no se han puesto de acuerdo (pues si lo hubieran hecho, más que hablar de abuso estaríamos ante una práctica colusoria), sino que cada uno actúa de manera independiente —aunque todos siguen una misma línea de acción—, se tiende a considerar a esta figura como una suerte de “colusión tácita” o “práctica conscientemente paralela”<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 6 de junio del 2002, Caso Airtours (Asunto T-342-99).

<sup>23</sup> En aquella oportunidad señaló lo siguiente:

“Una situación distinta es aquella en que los varios agentes de mercado, independientes entre sí, poseen la posición de dominio como una consecuencia de la particular estructura del mercado en el cual actúan. Esta situación, singular y poco frecuente, les puede permitir a todos ellos obtener una posición de dominio como consecuencia de la estructura singular del mercado en el cual participan, estructura que se ha configurado de esa forma peculiar como consecuencia de la propia dinámica de intercambios en el mercado. Este mecanismo, no toma en cuenta o considera la existencia de un agente dominante, sino que, todos los agentes de mercado, en conjunto, ejercen naturalmente la posición de dominio”.

<sup>24</sup> En el Caso Almusa (Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC del 18 de julio del 2005, Expediente 009-2004-CLC, procedimiento seguido por Almacenes Mundo S.A. contra Trabajos Marítimos S.A. y otros por abuso de posición de dominio conjunta en la modalidad de aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes) la Comisión de Libre Competencia dijo lo siguiente:

“(…) El concepto de “posición de dominio conjunta” (...) hace referencia a aquella situación en la que dos o más empresas independientes, pero que en conjunto gozan de cierta independencia respecto de otros competidores y de los consumidores, alinean su conducta no concertadamente de modo tal que generan una restricción en la producción y un aumento de precios. En otras palabras, se comportan como un cártel sin haberse puesto de acuerdo en tal sentido, básicamente por las especiales condiciones del mercado en el que coexisten.

(...)

Bajo la LRCA no es posible que la Comisión de Defensa de la Libre Competencia pueda conocer casos de abuso de posición de dominio conjunta. La razón es simple. El abuso sólo puede ser cometido por un solo agente económico. Así lo dice expresamente el numeral 7.1 del Artículo 7° de la LRCA. La noción de agente económico comprende a todas las empresas integrantes de un mismo grupo económico, tal como lo prescribe el numeral 2.3 del Artículo 2° de la LRCA<sup>25</sup>.

### **III. EL ABUSO DE LA POSICIÓN DE DOMINIO**

La LRCA define el abuso de la posición de dominio como la situación en la cual la empresa dominante 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<sup>26</sup>.

#### **3.1. Los elementos que configuran la conducta infractora**

Son cuatro elementos los que deben estar presentes para que se configure la conducta infractora tipificada como abuso de posición de dominio. Primero, la empresa investigada debe tener posición de dominio. Segundo, utilizando su poder de mercado, y no la implementación de eficiencias económicas, la empresa

---

Este particular fenómeno (asimilable con ciertos matices a los conceptos manejados en doctrina de 'colusión tácita' (...), 'prácticas conscientemente paralelas' y 'paralelismo consciente' (...)) sólo puede surgir en aquellos mercados en los que se presenta una intensa 'interdependencia oligopólica' entre cada uno de los agentes supuestamente involucrados en la práctica. En un contexto como el descrito, las empresas tienden, debido a la especial estructura del mercado, a actuar alineadamente con sus competidoras, pues son conscientes de que ésa es la mejor 'estrategia' posible".

La Resolución 040-2005-INDECOPI/CLC fue anulada por la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución 1046-2006/TDC-INDECOPI del 14 de julio del 2006, la cual ordenó admitir a trámite la denuncia formulada por Almacenes Mundo S.A. por supuesta infracción de los Artículos 3 y 6 del DL701 (práctica colusoria).

<sup>25</sup> LRCA.

"Artículo 2°.- Ámbito de aplicación subjetivo.-

(...)

2.3 A los efectos de la presente Ley, cuando se haga referencia a cualquiera de las personas, sociedades irregulares, patrimonios autónomos o entidades antes mencionadas, se utilizará el término 'agente económico'. También se utilizará este término para referirse a empresas de un mismo grupo económico".

<sup>26</sup> LRCA.

"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.

(...)"



dominante debe restringir la competencia, es decir, establecer barreras que hacen más costoso entrar o permanecer en el mercado. Tercero, dicha conducta debe reportarle beneficios, lo que puede significar tanto incrementar su participación de mercado, mantener su actual participación o evitar que ésta disminuya. Cuarto, el efecto exclusorio de perjudicar a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, para quienes será más costoso (no necesariamente imposible) entrar al mercado o permanecer en él<sup>27</sup>,

Existe, pues, abuso de posición de dominio cuando la empresa dominante, utilizando su poder de mercado, realiza prácticas destinadas a excluir del mercado a sus competidores actuales, directos o indirectos, o impedir el ingreso al mercado de sus competidores potenciales, directos o indirectos. Existe abuso cuando la empresa dominante, por razones diferentes a una mayor eficiencia económica, excluye a sus competidores actuales o potenciales. La empresa utiliza su poder de mercado para convertirse en monopolio o defender su condición de monopolio. Ello es lo reprochable. Si bien las empresas pueden eliminar competidores siendo más eficientes, es injusto, e ilegal, que lo hagan, no a través de la implementación de eficiencias económica que benefician a los consumidores, sino utilizando su poder de mercado, su posición de dominio.

### 3.2. Supuestos de abuso de posición de dominio

¿Cuándo una empresa dominante excluye competidores actuales o potenciales por razones diferentes a una mayor eficiencia económica? Cuando, por ejemplo, discrimina precios, se niega injustificadamente a contratar, realiza ventas atadas, establece precios predatorios, celebra acuerdos de distribución o venta exclusiva, etc.

Sería el caso, por ejemplo, que una productora de bebidas gaseosas con posición de dominio exigiera la firma de contratos de exclusividad a la totalidad de sus distribuidores minoristas, con la intención de mantener dicho poder de mercado, excluyendo a sus rivales (actuales o potenciales) del acceso a los canales de distribución necesarios para competir en el mercado de bebidas gaseosas. Mediante un sistema de venta exclusiva, la empresa con poder de mercado prohíbe a los distribuidores minoristas que vendan el producto de su competidor o competidores. Esta es una clara conducta anticompetitiva que pretende la adquisición o defensa de una posición monopólica.

También podría presentarse a través de una venta atada. Así, supongamos que la empresa "X" tiene posición de dominio en la fabricación de gaseosas más no en la de galletas, y decide vender atados ambos productos. El resultado es que

---

<sup>27</sup> El Artículo 10º de la Ley Federal de Competencia Económica de México tipifica como una práctica monopólica relativa la acción de uno o varios agentes económicos cuyo objeto o efecto, directo o indirecto, sea incrementar los costos u obstaculizar el proceso productivo o reducir la demanda que enfrentan sus competidores.

los competidores que producen galletas se verán desplazados, no por eficiencias económicas implementadas por "X" en la fabricación de galletas, sino por el poder de mercado de "X" en la fabricación de gaseosas.

Otro caso sería el de una discriminación de precios. Asumamos que una empresa dominante productora de cemento vende este insumo a su empresa vinculada (una constructora) al precio de 100 y sin justificación económica alguna vende dicho insumo a los competidores de ésta (otras constructoras) al precio de 120. La constructora vinculada tiene una ventaja frente a sus competidoras; esta ventaja no es fruto de eficiencias económicas, sino del poder de mercado de la empresa productora vinculada a ella.

Como se aprecia de los ejemplos mencionados, constituye abuso de posición de dominio aquella conducta de la empresa dominante que impide o dificulte el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica<sup>28</sup>.

El numeral 10.2 del Artículo 10° de la LRCA<sup>29</sup> recoge los tres supuestos previstos en el Artículo 5° del DL 701<sup>30</sup> (negativa injustificada de trato, discrimi-

<sup>28</sup> Decisión 608.

"Artículo 8°.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica."

<sup>29</sup> LRCA.

"Artículo 10°.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusivo tales como:

a) Negarse injustificadamente a satisfacer demandas de compra o adquisición, o a aceptar ofertas de venta o prestación, de bienes o servicios;

b) Aplicar, en las relaciones comerciales o de servicio, condiciones desiguales para prestaciones equivalentes que coloquen de manera injustificada a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. 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;

c) Subordinar la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones adicionales que, por su naturaleza o arreglo al uso comercial, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) Obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación;

e) Establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados;

f) Utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia;

g) Incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos; o,

(...)"

<sup>30</sup> DL 701.

minación de precios o de otras condiciones de comercialización, y la venta atada o cláusula de atadura) y agrega las cuatro siguientes: obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación (Caso Mercado Santa Anita, 1999<sup>31</sup>); establecer, imponer o sugerir contratos de distribución o venta exclusiva, cláusulas de no competencia o similares, que resulten injustificados (Caso Pilot Station, 2005<sup>32</sup>);

---

“Artículo 5°.- Se considera que existe abuso de posición de dominio en el mercado, 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.

Son casos de abuso de posición de dominio:

a) La negativa injustificada de satisfacer las demandas de compra o adquisición, o las ofertas de venta o prestación, de productos o servicios.

b) La aplicación en las relaciones comerciales de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que coloquen a unos competidores en situación desventajosa frente a otros. 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 y/o que se otorguen con carácter general, en todos los casos en que existan iguales condiciones.

c) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos.

(...).”

<sup>31</sup> Mediante Resolución 002-99-INDECOPI/CLC del 19 de marzo de 1999 (Expediente 005-98-CLC), la Comisión de Libre Competencia declaró fundada la denuncia interpuesta por los señores Walter Barbosa Mendoza y Roberto Bergerman Acosta en contra de la Asociación de Productores Agrícolas del Mercado de Santa Anita y sus órganos directivos por abuso de posición de dominio consistente en la negativa injustificada de acceso del producto “Arroz Super Extra” marca “Molino del Rey” al mercado de Santa Anita (principal centro de distribución de arroz). Dicha resolución fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución 0216-1999/TDC-INDECOPI del 16 de junio de 1999.

En aquella oportunidad, la Comisión de Libre Competencia consideró que el Mercado de Santa Anita era uno de los mercados de comercialización mayorista más importantes de la ciudad de Lima, pues era el principal punto de comercialización de arroz pilado que llegaba a dicha ciudad. Dicha autoridad verificó que a través de dicha organización de intermediación se comercializaba aproximadamente el 50% de la producción nacional de arroz y una considerable cantidad de arroz importado.

Conforme a la LRCA, si se identifica una asociación u organización de intermediación que resulta relevante o trascendente en la comercialización de un producto relevante determinado, constituirá un abuso si una empresa dominante (que controla o tiene una participación decisiva o importante en la asociación u organización) obstaculiza de manera injustificada el ingreso de un competidor a dicha asociación u organización.

<sup>32</sup> Mediante Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC del 4 de julio del 2005 (Expediente 005-2002-CLC), la Comisión de Libre Competencia declaró fundada la denuncia interpuesta por la Asociación Peruana de Operadores Portuarios y otros contra Pilot Station S.A. (Pilot) y otros por una serie de conductas que configuraban abuso de posición de dominio, siendo una de tales conductas la celebración de contratos de exclusividad con el objeto de monopolizar el mercado de practicaje

utilizar de manera abusiva y reiterada procesos judiciales o procedimientos administrativos, cuyo efecto sea restringir la competencia (Caso Pilot Station, 2005<sup>33</sup>);

---

marítimo en el Terminal Portuario del Callao (TPC). La referida resolución fue confirmada por la Sala de Defensa de la Competencia mediante Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI del 22 de marzo del 2007.

En el procedimiento se demostró que Pilot había celebrado contratos de exclusividad con todos los prácticos licenciados para operar en el TPC, esto es, con 35 prácticos y por un plazo que implicaba toda la vida laboral de éstos. Ello le dio el monopolio en el servicio de practicaje entre el 8 de diciembre del 2000 y el 25 de abril del 2001, periodo en el cual Pilot tuvo el 100% del mercado de practicaje. Si otra empresa hubiese deseado prestar el servicio de practicaje, no hubiera podido hacerlo pues todos los prácticos estaban con Pilot, quien había celebrado contratos de exclusividad con todos ellos. A través de la celebración de tales los contratos, Pilot concentró la totalidad de prácticos disponibles en el TPC. Dichos contratos tuvieron el efecto de privar de prácticos al resto de empresas administradoras de prácticos del TPC, generando con ello un efecto excluyente respecto de sus competidores, pues estas empresas se vieron impedidas de contar con su principal insumo para participar y competir en el mercado relevante: los prácticos. Para asegurar dicho monopolio, Pilot proyectó incorporar adendas a los contratos de exclusividad, en los que se impondría una penalidad de 300 mil dólares para los prácticos que pretendiesen retirarse. El propósito de estas adendas era el establecer barreras de salida para que los prácticos de Pilot no se fueran a empresas competidoras. Y es que la única forma de que las administradoras competidoras podían prestar servicios de practicaje en el TPC durante el período de investigación era capturando a los prácticos que habían renunciado a Pilot. Sin embargo, esta oferta del servicio de los prácticos no habría estado al alcance de los competidores de Pilot de haberse implementado las cláusulas penales diseñadas por la referida empresa. Hubiera sido preferible mantenerse en Pilot que pagar 300 mil dólares para poder irse a otra empresa.

<sup>33</sup> Otra conducta por la cual fue sancionada Pilot mediante la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC fue por haber iniciado sucesivas e infructuosas acciones judiciales y procedimientos administrativos contra los prácticos marítimos que voluntariamente decidieron renunciar a continuar prestando sus servicios a través de dicha empresa.

En principio, toda persona tiene la facultad de interponer demandas judiciales con el fin de obtener tutela frente a un derecho o interés lesionado o formular denuncias penales si es la parte agraviada de un ilícito penal, en ejercicio de su derecho de acción; así como interponer denuncias contra infracciones administrativas al interés público, en ejercicio de su derecho de petición administrativa. Sin embargo, el ejercicio irregular de estos derechos con el único objetivo de dañar la competencia conlleva un resultado no querido por el ordenamiento jurídico, que perjudica no sólo a los competidores sino también el funcionamiento del mercado y, por lo tanto, a los consumidores.

En el derecho de la competencia norteamericano se desarrolló la doctrina de la Sham Exception a partir del caso "California Transport v. Trucking Unlimited", en el cual los demandados —transportistas de carreteras— fueron acusados de haber iniciado procedimientos para impedirle a los demandantes —también transportistas de carreteras— la facultad de adquirir, transferir o registrar derechos de concesión para poder operar en el mercado. Se aplica la doctrina de la Sham Exception cuando una o más empresas utilizan procesos judiciales o administrativos con fines anticompetitivos y no como mecanismos de auténtica tutela de derechos o intereses lesionados.

La empresa dominante, con tal de impedir que su competidor entre al mercado, lo acosa con procesos judiciales y administrativos, no para obtener tutela de un derecho subjetivo o interés legítimo lesionado, sino con el único propósito de impedir o retrasar su entrada al mercado. En la jurisprudencia europea se reconoce que el abuso de demandas predatorias debe reunir dos requisitos: (i) el procedimiento sólo sirve para hostigar a la parte contraria y (ii) debe ser parte del plan de una empresa dominante para eliminar a su competidor.

e incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos (Decisión 608<sup>34</sup>).

### 3.3. El supuesto general

Respecto del literal f) del Artículo 5° del DL 701<sup>35</sup> la Comisión de Libre Competencia señaló en el Caso AFP (2003) que dicho literal cumplía con las exigencias del principio de tipicidad de la potestad sancionadora de la Administración Pública<sup>36</sup>. En ese mismo caso, un año después, y a través de un voto en discordia, se sostuvo que dicha norma violaba dicho principio al contener un tipo abierto<sup>37</sup>.

---

¿En qué casos estamos ante el ejercicio legítimo de los derechos de acción o de petición, y cuándo ante demandas o denuncias predatorias que sólo tienen el propósito ilegal de restringir la competencia? Conforme a lo señalado en la Resolución 037-2005-INDECOPI/CLC, estaremos frente a una conducta anticompetitiva ilegal cuando se aprecia un conjunto de demandas o denuncias declaradas infundadas o improcedentes y todas ellas lo único que perseguían era paralizar las actividades del competidor u obstaculizar su entrada al mercado.

<sup>34</sup> Decisión 608.

“Artículo 8°.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

f) La incitación a terceros a no aceptar la entrega de bienes o la prestación de servicios; a impedir su prestación o adquisición; o, a no vender materias primas o insumos, o prestar servicios, a otros; y,

(...).”

<sup>35</sup> DL 701.

“Artículo 5°.- (...)”

Son casos de abuso de posición de dominio:

(...)

f) Otros casos de efecto equivalente”.

<sup>36</sup> En la Resolución 054-2003-INDECOPI/CLC del 10 de diciembre del 2003 (Expediente 001-2003/CLC), la Comisión de Libre Competencia señaló lo siguiente:

“(...) Como puede verse, el literal f) del Artículo 5 del Decreto Legislativo 701 no viola el principio de tipicidad. A criterio de esta Comisión, el literal f) cumple estrictamente el objetivo perseguido por el principio de tipicidad, pues es posible determinar con certeza y seguridad, la naturaleza y las características esenciales de la conducta constitutiva de infracción administrativa. Este literal se ajusta plenamente a lo dispuesto en el numeral 4 del Artículo 230° de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

(...) En efecto, en virtud a lo dispuesto en el literal f) del Artículo 5° del Decreto Legislativo 701, la Comisión no sancionará a su arbitrio cualquier conducta que considere como abuso de posición de dominio, sino que, por el contrario, el administrado tiene todas las garantías para conocer anticipada y razonablemente cuál es la conducta tipificada como infracción administrativa, esto es, que exista una empresa con posición dominante que realice una conducta indebida con el fin de obtener beneficios y causar perjuicios a otros competidores a través de una práctica que tenga efectos exclusorios. Más información resulta innecesaria”.

<sup>37</sup> En su voto en discordia (expresado en la Resolución 0225-2004/TDC-INDECOPI de fecha 4 de junio del 2004, Expediente 001-2003/CLC), el vocal Lorenzo Zolezzi señaló lo siguiente:

Para evitar cualquier discusión futura, en el literal h) del numeral 10.2 del Artículo 10º de la LRCA<sup>38</sup> se ha optado por dar un mayor contenido a la cláusula general al señalar que constituyen abuso de posición de dominio todas aquellas conductas que, en general, impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica (básicamente eficiencias productivas e innovativas)<sup>39</sup>.

Así, por ejemplo, si una empresa dominante dificulta la permanencia de sus competidores porque vende productos de mejor calidad debido a que ha implementado eficiencias innovativas, su conducta es absolutamente lícita. En cambio, si desplaza a sus competidores a través de la introducción de precios predatorios, actuación financiada con sus vastos recursos financieros, dicha conducta no está implementando ninguna eficiencia económica, sino que la empresa dominante está gastando el dinero que tiene al vender sus productos por debajo de sus costos por un periodo significativo suficiente para eliminar a sus competidores.

Otro ejemplo puede ser el Caso Pilot (2005), donde la empresa dominante monopolizó el mercado de practicaje, no por haber implementado alguna eficiencia económica (productiva o innovativa), sino al haber celebrado contratos de exclusividad con todos los prácticos existentes en el Terminal Marítimo del Callao<sup>40</sup>.

---

“El tipo abierto que contiene el literal f) del artículo 5 del Decreto Legislativo 701, precisamente por ser abierto, no tipifica ninguna conducta sancionable administrativamente, posibilitando la imposición de sanciones administrativas a conductas que no se encuentran expresamente consideradas como tales en la norma, es decir, no faculta a la autoridad administrativa a dotar de contenido al tipo mediante analogía –ya que se hace referencia a que la conducta sancionada corresponde a toda conducta de efecto equivalente a las detalladas expresamente en los literales a), b) y c) del Artículo 5 del Decreto Legislativo 701– contraviniendo el texto del Artículo 230º.4 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.”

<sup>38</sup> LRCA.

“Artículo 10º.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como:

(...)

h) En general, aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica.”

<sup>39</sup> Prácticamente se ha copiado lo señalado en el literal g) del Artículo 8º de la Decisión 608, tal como se aprecia a continuación:

Decisión 608.

“Artículo 8º.- Se presumen que constituyen conductas de abuso de una posición de dominio en el mercado:

(...)

g) Aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a la eficiencia económica.”

<sup>40</sup> En la Resolución 0407-2007/TDC-INDECOPI, la Sala de Defensa de la Competencia mencionó lo siguiente:

### 3.4. Regla de la razón

La LRCA precisa que las denuncias por presunto abuso de posición de dominio serán analizadas como prohibición relativa, es decir, bajo la llamada “regla de la razón”<sup>41</sup>.

### 3.5. El abuso proveniente de una posición de dominio originada por un acto estatal

El numeral 10.3 del Artículo 10° de la LRCA señala que esta ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo. Así se corrigió el error cometido en el Caso AFP (2004), donde se dijo que el DL 701 no incluía dentro de la definición legal de posición de dominio en el mercado a aquellas situaciones originadas o que eran consecuencia de la aplicación de dispositivos legales.

Todo lo contrario, son los abusos provenientes de posiciones de dominio sustentadas en dispositivos legales los que merecen una mayor atención, y

---

“(…) debe confirmarse la Resolución N° 037-2005-INDECOPI/CLC en el extremo que declaró fundada la denuncia formulada contra Pilot por infracción a los Artículos 3° y 5° del Decreto Legislativo N° 701, consistente en la implementación de una serie de conductas conducentes a mantener un monopolio por razones distintas a la eficiencia económica, imponer precios monopólicos y elevar barreras de entrada al mercado relevante”. (subrayado agregado)

<sup>41</sup> Hay conductas que sólo tienen efectos anticompetitivos y nunca efectos procompetitivos. Es el caso de los acuerdos horizontales desnudos inter marca de fijación de precios, limitación de la producción, reparto de mercados y reparto de licitaciones o concursos públicos (ver el numeral 11.2 del Artículo 11° de la LRCA). Estas conductas son analizadas bajo una regla de prohibición absoluta o regla *per se*. El razonamiento es el siguiente: “Si se sabe que determinadas prácticas son siempre perjudiciales para los consumidores, no debería discutirse innecesariamente si es que sus efectos positivos podrían ser mayores a sus efectos negativos, pues es obvio que siempre tendrán efectos negativos y nunca efectos positivos. Por tanto, una vez probada la conducta denunciada, corresponde aplicar la sanción correspondiente”.

Otras conductas, en cambio, además de tener efectos anticompetitivos, pueden tener efectos procompetitivos, y éstos incluso pueden ser superiores a los primeros. Es el caso de los presuntos abusos de posición de dominio, las prácticas colusorias verticales y las prácticas colusorias horizontales a las que no se les aplica la regla de prohibición absoluta (por ejemplo, acuerdos de investigación & desarrollo, acuerdos de compra conjunta, acuerdos sobre publicidad común, etc.). Estas conductas deben ser analizadas bajo una regla de prohibición relativa o regla de la razón. El razonamiento de esta regla es el siguiente: “Hay conductas que tienen tanto efectos positivos como negativos, los que deben ser sopesados. Si se considera que los efectos positivos son mayores a los negativos, entonces la conducta no será ilegal. De lo contrario, si los efectos negativos son mayores a los positivos, la conducta será ilegal”.

La regla de la razón exige de la autoridad la evaluación de la intención, justificaciones y efectos (potenciales) sobre la competencia de las prácticas analizadas. Para declarar ilegal estas conductas, no es necesario evaluar si se ejecutaron o no. La determinación de la ilegalidad de la práctica provendrá de un análisis razonable del efecto neto de la misma.

también un mayor reproche. Pues mientras los abusos sustentando en barreras estratégicas eventualmente pueden ser corregidos por el propio mercado a través de la entrada de un competidor que le haga frente a la dominante, los abusos cometidos por empresas cuya posición de dominio deriva de disposiciones legales (barreras legales) no va a sufrir este tipo de amenazas, toda vez que la entrada de eventuales competidores estará condicionada a la eliminación de las barreras legales, lo que sólo puede ser hecho por el Estado, sea por el mismo organismo que creó la barrera o por otra entidad pública facultada con la prerrogativa para eliminar dicha barrera.

### **3.6. La LRCA no prohíbe la realización de prácticas explotativas**

La LRCA supera la discusión entre las prácticas exclusorias y las explotativas. Como se sabe, las prácticas exclusorias son aquellas conductas que restringen la competencia, es decir, que tienen el efecto de desplazar a los competidores, de crear barreras que incrementan los costos de permanencia o entrada de competidores reales o potenciales. En cambio, las prácticas explotativas traducen el mero ejercicio del poder de mercado (en perjuicio del excedente del consumidor) sin que ello implique una restricción a la competencia. El caso más emblemático de práctica explotativa es el llamado "precio abusivo" o "precio excesivo".

La LRCA es bastante explícita en señalar que los únicos casos de abuso de posición de dominio prohibidos son los que tienen efecto exclusorio. El numeral 10.2 de su Artículo 10º, que tiene la lista de los supuestos de abuso de posición de dominio que han sido tipificados a modo de ejemplo, señala de manera expresa que se trata de conductas de efecto exclusorio. Además, el literal 10.5 de dicho artículo<sup>42</sup>, prescribe que no constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales, lo que evidentemente está negando la posibilidad de conocer prácticas explotativas.

## **IV. CONCLUSIONES**

Creemos que la LRCA tiene una mejor regulación del abuso de posición de dominio que su antecesor (el DL 701). Para generar una mayor seguridad jurídica y predictibilidad, define la figura del mercado relevante y señala criterios referenciales que permitirán determinar dicho mercado. Para evitar futuras discusiones innecesarias, precisa que sólo están prohibidas las prácticas exclusorias, y

---

<sup>42</sup> LRCA.

"Artículo 10º.- El abuso de la posición de dominio.-

(...)

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



no así las explotativas. Adicionalmente, para que los agentes económicos conozcan con mayor claridad los diferentes tipos de abuso de posición que se pueden presentar, la ley ha incorporado nuevos ejemplos de conductas tipificadas como abuso de posición de dominio, dotando de un mayor contenido explicativo al supuesto general de la conducta anticompetitiva tratada en el presente artículo.