

LA NUEVA LEY DE REPRESIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS: ACOTANDO LA DISCRECIONALIDAD DE LA AUTORIDAD DE COMPETENCIA

GONZALO RUIZ D.*

Resumen

El presente artículo discute tres aportes importantes introducidos por la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, al marco regulatorio de las políticas de competencia peruano. En primer término, analiza la inclusión del concepto de definición de mercado relevante, como herramienta metodológica primordial para la autoridad de competencia, incidiendo en el hecho de que dicha definición se basa en un análisis de demanda y no de oferta. En segundo lugar, se destaca la precisión que hace la nueva ley, respecto del carácter excluyente de las conductas anticompetitivas, subrayando que la misma resulta en general positiva, aunque se advierte que ciertos casos importantes asociados a conductas de abuso de posición dominante, dejarían de ser pasibles de investigación y sanción. Finalmente, se resalta el aporte de la nueva Ley respecto a la precisión que introduce respecto a las prohibiciones relativas y/o absolutas, zanjando definitivamente la larga discusión jurisprudencial registrada en el INDECOPI, durante los últimos años.

I. Introducción

Luego de más de 17 años de vigencia, el Decreto Legislativo N° 701 – destinado a eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia– fue derogado y en su lugar se aprobó la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo N° 1034). La nueva norma incorpora cambios importantes que, sin duda, implicarán una modificación del tratamiento que la autoridad de competencia ha venido dando a la investigación y sanción de las prácticas anticompetitivas.

* Director de la Escuela de la Competencia y la Propiedad Intelectual y Presidente de la Comisión de Protección al Consumidor N° 2. Las opiniones vertidas en el presente artículo son a título personal y no vinculan al INDECOPI ni a ninguno de sus órganos administrativos o resolutivos.

En el presente artículo se discuten tres modificaciones introducidas al régimen de competencia por el nuevo Decreto Legislativo N° 1034 (Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, LRCA) que, como veremos, definen criterios respecto de temas que hasta la fecha eran objeto de interpretaciones diversas o discrepancias. En efecto, la amplitud e indefinición que otorgaba el Decreto Legislativo 701 a ciertas materias, confería a la autoridad de competencia un elevado nivel de discrecionalidad en la interpretación y aplicación de la norma, lo cual se ha visto reflejado en diversos pronunciamientos de los órganos resolutivos del INDECOPI, durante los últimos años.

En términos generales, independientemente del fondo de los cambios introducidos y las posibles discrepancias que puedan surgir al respecto, quizás el aporte más significativo de la nueva norma es el llenar algunos vacíos importantes que dejaba el Decreto Legislativo N° 701. En una economía de mercado aún incipiente como la peruana, consideramos que una función que debe cumplir la autoridad de competencia es dar mensajes simples y claros a los agentes económicos, y mantener un comportamiento predecible en el tiempo, lo que debe verse reflejado en sus pronunciamientos. En tal sentido, la norma recientemente aprobada constituye un paso positivo en esa dirección.

El artículo se divide en tres secciones. La primera aborda el tema de la inclusión en la norma de la definición de mercado relevante, aspecto que no se encontraba especificado en el Decreto Legislativo N° 701. En la segunda sección, se aborda el tema de la precisión establecida por la norma respecto a qué tipo de conductas deben ser pasibles de sanción por parte de la autoridad de competencia, especificando que sólo aquellas con efectos exclusorios pueden ser consideradas anticompetitivas. Finalmente, se aborda la temática de los criterios para definir prohibiciones absolutas y relativas, aspecto importante que permitirá eliminar la posibilidad de que existan posiciones alternativas respecto de la determinación de la ilegalidad o no de determinadas conductas. Por último, se presentan algunos comentarios finales.

II. Definición de Mercado Relevante

Por lo general, las normas que regulan de manera general la prohibición y sanción de conductas anticompetitivas, no incluyen disposiciones que hagan referencia a aspectos metodológicos relacionados con la determinación del mercado relevante. En la mayoría de casos, dichos criterios se definen a través de

lineamientos¹, directivas o dispositivos de menor rango². En el presente caso, se ha optado, a nuestro juicio acertadamente, por incluir una referencia explícita a los criterios para la determinación de mercado relevante.

La definición del mercado relevante constituye el punto de partida de cualquier análisis de condiciones de competencia. No es casual por ello, que la mayor carga procesal y probatoria de los casos de libre competencia y las principales controversias en el análisis de los casos, se refiera a la determinación del mercado en el que se evalúa la práctica. Dependiendo de los resultados de este análisis, una empresa puede resultar ostentando o no una posición dominante en el mercado, una operación de concentración puede ser aprobada o cuestionada, entre otros.

El artículo 6° del Decreto Legislativo N°1034 define Mercado Relevante de la siguiente manera:

Artículo 6.- El mercado relevante.-

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

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.

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. [el subrayado es nuestro]

El artículo recoge de manera razonable la metodología comúnmente utilizada para el análisis de las condiciones de competencia. Una revisión de los principios

¹ Ver, por ejemplo, Department of Justice y Federal Trade Commission (1992).

² Comunidad Europea (1997).

y metodología para la definición del mercado relevante se puede encontrar en Ruiz (2000)³.

Un aspecto particularmente interesante de este artículo, que merece atención, es el énfasis que pone el numeral 6.2. relativo a la determinación del producto relevante, en el hecho de que las condiciones de sustitución del producto o servicio deben evaluarse por el lado de la demanda. Si bien el artículo no menciona el término “demanda”, sí hace referencia al término “clientes o consumidores”. Asimismo, el artículo utiliza el término “preferencias” en alusión a los consumidores finales y “posibilidades tecnológicas” en referencia a empresas que demanden insumos (consumidores intermedios o “clientes” en términos de la ley).

La lectura de este artículo permite afirmar que el análisis para la determinación del producto relevante consiste en examinar el nivel de sustitución del producto o productos, por el lado de la demanda. Ello permite descartar otros criterios utilizados en el pasado, a nuestro entender incorrectos, aplicados para el caso de denuncias por abuso de posición dominante contra empresas que demandan bienes o servicios.

En efecto, en el caso del Perú, un ejemplo de este tipo de problemas en la definición de mercado de producto, lo ilustra el caso de la denuncia de la empresa Formas Continuas S.A.–Focodesa contra la empresa de Servicios Postales S.A.–Serpost S.A.⁴. La empresa Serpost S.A. gozaba de la exclusividad de la comercialización de sellos postales a nivel del Perú, mientras la denunciante, Focodesa, era una empresa dedicada a la industria gráfica (documentos, valores tales como cheques, bonos, certificados de depósitos bancarios y otros títulos). Esta empresa acusaba a Serpost de realizar un trato discriminatorio en contra de Focodesa, rehusándose injustificadamente a adquirir la producción de dicha empresa. Al analizar el mercado del producto, el informe de la Secretaría Técnica de la Comisión de Libre Competencia señalaba que éste era el de estampillas⁵. Si bien

³ Ruiz, Gonzalo (2000).

⁴ INDECOPI, Comisión de Libre Competencia, Informe Técnico N°017-97-CLC, sobre denuncia presentada por Formas Continuas y Derivados S.A. –FOCODESA– contra la empresa Servicios Postales S.A. –SERPOST S.A., por incluir restricciones a la competencia en las bases administrativas y en la absolución de consultas de la licitación pública N° 001-97-SERPOST S.A./CA, 24 de setiembre de 1997, Lima.

⁵ Si bien se planteó que Serpost podía considerar sustitutos de los sellos postales a los certificados de pago hechos a través de las máquinas franqueadoras en el servicio postal del Estado, las estampillas tenían un uso particular para el que no existían sustitutos, en especial, el uso que se hace de las estampillas en el mercado filatélico.

la conclusión del informe fue recogida en la Resolución de la Comisión⁶, uno de los comisionados se pronunció a favor de considerar como producto relevante todo lo que el fabricante en cuestión, en este caso Focodesa, está en capacidad de elaborar con las mismas capacidades y personal, sin tener mayor dificultad de pasar de uno a otro ítem. Si bien la decisión final de la Comisión fue confirmada en segunda instancia, el Tribunal del Indecopi se pronunció a favor de la caracterización del mercado basada en el criterio de “sustituibilidad de la oferta”:

“Por ejemplo, si existiera en un mercado determinado un solo comprador de cuadernos, y varias empresas que los fabrican, sería equivocado considerar como mercado relevante sólo a los cuadernos. Si las empresas pudieran girar su producción, sin incurrir en costos significativos, hacia otros productos impresos (libretas, blocks, afiches, etc.) entonces la única empresa compradora de cuadernos carecería de posición de dominio que le permitiera actuar con prescindencia de sus competidores”⁷.

A nuestro juicio, el empleo del concepto de sustituibilidad de oferta refleja una confusión entre el análisis del mercado relevante y el de los determinantes de la posición de dominio o poder de mercado de una empresa. Los determinantes del poder de mercado que tiene una empresa pueden ser distintos a los factores que influyen en la definición del mercado relevante. Asumiendo el caso de varias empresas ofertantes en el mercado, mientras el mercado relevante está determinado por el número de sustitutos potenciales y reales que tiene un producto para los consumidores, el poder de mercado de cada una de ellas está influenciado, además, por otros factores, tales como las ventajas relativas –tecnológicas, know how, etc.– que tienen éstas frente a otras para satisfacer las necesidades del consumidor. Así, en un mismo mercado relevante, pueden existir diversas empresas con distintos niveles de poder de mercado o incluso una empresa con posición dominante.

El mismo análisis podría hacerse, para el caso en el que existe un elevado grado de concentración, por el lado de los compradores (monopsonio, duopsonio u oligopsonio). Si bien el mercado relevante sigue estando determinado por factores de demanda, el poder de mercado de los compradores estará dado por la capacidad relativa que tiene la(s) empresa(s) demandante(s) para poder adquirir dichos

⁶ INDECOPI Comisión de Libre Competencia, Informe Técnico N°022-97-INDECOPI/CLC. 26 de setiembre de 1997.

⁷ INDECOPI. Resolución N° 106-1998/TDC-INDECOPI, “Formas continuas y derivados S.A. (Focodesa) contra servicios postales del Perú S.A.(Serpost)”, 17 de abril de 1998.

productos a un precio inferior. Un factor que puede influir en esto último son las alternativas de producción con que cuenta cada productor. Este último factor, si bien influye en el poder de mercado que tenga la(s) empresa(s) demandante(s), no determina el producto relevante a analizar.

En otros términos, cuanto mayor sea el número de alternativas que tenga la(s) empresa(s) ofertante(s) de incursionar en otros mercados, en el corto plazo, sin incurrir en costos significativos, menor será el poder de mercado de la(s) empresa(s) demandante(s). Si bien la capacidad de ciertos ofertantes de incursionar en otros negocios puede diferir, dependiendo de su tecnología o nivel de eficiencia, ello es independiente de la definición del mercado relevante, que debe seguir basándose en el conjunto de sustitutos reales o potenciales existentes para los consumidores.

Cabe mencionar que la definición de mercado de producto a partir del concepto de sustituibilidad de oferta, puede llevarnos a definiciones poco verosímiles o absurdas de mercado relevante. Así, por ejemplo, en el caso del mercado de leche cruda de vaca en el que el comprador es una empresa monopsonica, podría llegar a afirmarse que el producto relevante está conformado por todos los productos alternativos que pudieran elaborar los ganaderos: carne, cuero, etc.⁸. Ello, además de ser conceptualmente erróneo, el “ampliar” la definición del producto relevante a todos los posibles giros de producción en los que la empresa podría incursionar a partir de una determinada tecnología, podría llevarnos a concluir que la referida empresa demandante no es en realidad un monopsonio o no ostenta una posición dominante. El mismo caso de Serpost en el que por mandato legal dicha empresa era la única habilitada para emitir estampillas, constituye otro ejemplo de las distorsiones a las que nos puede llevar el llamado criterio de sustituibilidad de la oferta.

En tal sentido, somos de la opinión de que la mención que hace el artículo 6 de la nueva Ley a los criterios de definición del mercado relevante, contribuye a precisar los criterios para la determinación del producto relevante en el marco de los procedimientos que sigue la autoridad de competencia.

⁸ Otros ejemplos de distorsiones en la definición de mercado del producto, como consecuencia de utilizar el criterio de sustituibilidad de la oferta, pueden encontrarse en Ruiz (2000).

III. Conductas exclusorias, conductas explotativas y la libertad de fijación de precios

El Decreto Legislativo N° 701 en su artículo 4° establecía que una empresa tiene una posición de dominio en el mercado cuando puede “*actuar de modo independiente con prescindencia de sus competidores, compradores, clientes o proveedores*”. Este tipo de actuación, señalaba la norma, puede ser atribuible 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 redes de distribución⁹.

Adicionalmente, el artículo 5° señalaba que 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 párrafo 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*”. A continuación, dicho artículo enumera una serie de conductas como “casos” de abuso de posición de dominio entre los que destacan la negativa injustificada a satisfacer la demanda de compra u oferta de productos o servicios, las prácticas de tipo discriminatorio y las cláusulas de atadura o ventas atadas¹⁰.

⁹ **Artículo 4.-** *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 redes de distribución.*

¹⁰ **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 de productos del mercado local; (*)

(*) *Inciso modificado por el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96, cuyo texto es el siguiente:*

“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

La nueva Ley recoge en gran medida la definición de posición dominante establecida en el artículo 4° del Decreto Legislativo 701. Sin embargo, en lugar de referirse a una empresa que actúa con prescindencia o independencia del resto de competidores o compradores, la nueva norma hace referencia a la posibilidad de restringir, afectar o distorsionar *en forma sustancial* las condiciones de oferta o demanda en dicho mercado. Adicionalmente, incorpora factores similares a los enumerados por el Decreto Legislativo N° 701 como determinantes de la posición dominante, añadiendo la existencia de barreras a la entrada de tipo legal, económico

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 suplementarios que, por su naturaleza o con arreglo a la costumbre mercantil, no guarden relación con el objeto de tales contratos;

d) La aplicación en la venta local de materias primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la obtención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta ex planta netos obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas; (*)(**)(***)

(*) Inciso modificado por la Décimo Sexta Disposición Final del Decreto Legislativo N° 708, publicado el 14-11-91, cuyo texto es el siguiente:

“d) La aplicación en la venta local de materia primas, cuyos precios de venta se rigen en base a cotizaciones internacionales, de sistemas de fijación de precio, condiciones de venta, de entrega o de financiamiento que impliquen la atención de mayores valores de venta en el mercado local que los valores de venta en el mercado local que los valores de venta obtenibles en la exportación de esas mismas materias primas”.

(**) De conformidad con el Artículo 1 de la Ley N° 25411, publicada el 12-03-92, se restablece la vigencia de este inciso.

(***) *Inciso derogado por el Artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96.*

e) El aprovechamiento de los términos concedidos por los Convenios de estabilidad tributaria suscritos con anterioridad a la vigencia del presente Decreto Legislativo, en forma tal que impidan a otras empresas productoras de bienes similares las posibilidades de competencia equitativa, tanto en el mercado nacional, como en el internacional. (*)

(*) *Inciso derogado por el Artículo 12 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96.*

f) Otros casos de efecto equivalente que sean tipificados por decreto supremo refrendado por el Presidente del Consejo de Ministros y por los Ministros de Economía y Finanzas, de Justicia y de Industria, Comercio Interior, Turismo e Integración. (*)

(*) *Inciso modificado por el Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 807, publicado el 18-04-96, cuyo texto es el siguiente:*

“f) Otros casos de efecto equivalente”.

o estratégico. Asimismo, precisa que la sola condición de empresa con posición dominante no constituye una conducta ilícita¹¹.

En cuanto a las conductas que la nueva Ley considera como de abuso de posición dominante, el artículo 10° las define como aquellas realizadas por una empresa que ostenta posición dominante en el mercado relevante, y que son utilizadas 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*”¹². Resulta importante apreciar que en dicho artículo se hace referencia a los efectos que pudieran tener este tipo de conductas sobre los competidores, mas no sobre los consumidores.

A continuación, la nueva Ley establece que este tipo de conducta “*podrá consistir en conductas de efecto exclusorio*” en clara referencia a conductas que afectan a competidores mas no a consumidores. A continuación, la Ley enumera un conjunto de prácticas que recogen la redacción del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 701, agregando algunas conductas nuevas, tales como obstaculizar de manera injustificada a un competidor la entrada o permanencia en una asociación u organización de intermediación, el establecimiento de contratos de distribución exclusiva, la utilización abusiva y reiterada de los procesos judiciales con el efecto

¹¹ **Artículo 7.-** De la posición de dominio en el mercado.-

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.

7.2. La sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita.

¹² 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.

de restringir la competencia, incitar a terceros a no proveer bienes o prestar servicios, o a no aceptarlos¹³.

La incorporación de este artículo representa un cambio importante en el alcance de la legislación de competencia. En términos generales, conductas tales como las negativas injustificadas de trato, las cláusulas de atadura o las prácticas discriminatorias, pueden tener dos tipos de efecto: exclusorio y/o explotativo. Mientras los primeros se refieren a la afectación que ejercen dichas conductas sobre la entrada o permanencia de competidores en el mercado, los segundos, se refieren a los efectos que directamente tienen dichas conductas sobre los consumidores. La legislación previa al Decreto Legislativo N° 1034, no distinguía entre ambos tipos de efecto.

¹³ 10.2. El abuso de la posición de dominio en el mercado podrá consistir en conductas de efecto exclusorio 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,
- 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.

10.3. La presente Ley se aplica inclusive cuando la posición de dominio deriva de una ley u ordenanza, o de un acto, contrato o reglamento administrativo.

10.4. Las conductas de abuso de posición de dominio constituyen prohibiciones relativas.

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

Esta exclusión de las conductas con efecto explotativo de la legislación de competencia reduce el universo de conductas susceptibles de investigación y sanción por parte de la autoridad de competencia. Una manera interesante de ilustrar las implicancias del cambio introducido es analizando aquellos casos de prácticas de abuso de posición dominante con efecto explotativo, que fueron investigados y sancionados por la autoridad de competencia en su oportunidad y que bajo el actual marco normativo quedarían excluidos. Dos ejemplos importantes son los siguientes:

- i. La denuncia formulada por la Asociación Peruana de Consumidores y Usuarios (ASPEC) en contra de la empresa Los Portales S.A. y la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC), por abuso de posición de dominio en cuanto a la administración de la playa de estacionamiento del Aeropuerto Internacional Jorge Chávez¹⁴.
- ii. La denuncia presentada por la AFP Integra S.A. en contra del Colegio de Abogados de Loreto por presunta infracción al Decreto Legislativo N° 701 en la modalidad de abuso de posición de dominio, que vendría siendo cometida por dicha entidad al haber internamente acordado el establecimiento de una “Papeleta de Habilidad”, cuyo previo pago debe ser realizado a efectos de permitir la presentación de cualquier demanda ante cualquier Juzgado del Distrito Judicial de Loreto¹⁵.

En el primer caso, la Comisión de Libre Competencia sancionó a Los Portales S.A. y CORPAC por abuso de posición de dominio al condicionar el ingreso vehicular al Aeropuerto Internacional Jorge Chávez, al pago por el uso de la playa de estacionamiento. En este caso, se trataba de una “venta atada” con efectos únicamente explotativos, toda vez que el administrador del Aeropuerto condicionaba el acceso de los pasajeros al terminal al pago de un servicio que éste no necesariamente demandaba, como es el servicio de estacionamiento. En efecto, de la investigación efectuada por la Secretaría Técnica quedó demostrado que un número importante de vehículos que ingresaba al aeropuerto no demandaba los servicios de la playa de estacionamiento. Esta decisión fue apelada y confirmada posteriormente por la Sala de Competencia del INDECOPI.

¹⁴ Resolución N°057-95-INDECOPI/CLC de fecha 29.12.95.

¹⁵ Resolución N° 012-98-INDECOPI/CLC de fecha 9.12.98.

En el segundo caso, se trata de una denuncia interpuesta por la AFP Integra contra el Colegio de Abogados de Loreto, en la que dicho Colegio pretendía subordinar la habilitación para el patrocinio de casos en el Distrito Judicial de Loreto, al pago de una papeleta de habilitación cuyos recursos irían a conformar un fondo para la adquisición de determinados bienes (casa, autos, viajes, etc.) o la prestación de servicios (seguros de salud, sepelio y vida, etc.) a favor de sus miembros. En este caso, toda vez que, de acuerdo al marco legal que regía entonces, los abogados que patrocinaban casos ante los juzgados de Loreto, debían cumplir como requisito indispensable el estar colegiados en el Colegio de Abogados de dicha región, la Comisión determinó que el gremio en cuestión ostentaba una posición dominante en relación a la habilitación de abogados para la tramitación de casos en dicha jurisdicción. En tal sentido, declaró fundada la denuncia y sancionó al Colegio de Abogados de Loreto, por exigir a sus agremiados el pago por un concepto no relacionado (pago para la creación de un fondo para la adquisición de otros bienes y servicios) a la habilitación de abogados para el ejercicio de su profesión en la jurisdicción de Loreto.

Este segundo caso también constituye uno de abuso de posición dominante en la modalidad de venta atada, al pretender el Colegio de Abogados de Loreto subordinar la habilitación para el ejercicio profesional de sus agremiados al pago de un servicio no relacionado. Asimismo, constituye una práctica con claros efectos explotativos, siendo que los principales afectados terminan siendo los agremiados, e indirectamente, sus patrocinados.

A nuestro juicio, los principales factores que influyeron en el cambio introducido en el Decreto Legislativo N° 1034 no se encuentran vinculados con los casos arriba reseñados, sino más bien con la necesidad de zanjar la discusión respecto a la posibilidad de que la autoridad de competencia pudiera sancionar ciertas conductas como la fijación de precios considerados “excesivos” o “abusivos”. En efecto, uno de los pronunciamientos más controvertidos de la Sala de Defensa de la Competencia del Tribunal de Competencia, ha estado relacionado con el procedimiento administrativo seguido por la Central Unitaria de Trabajadores del Perú (en adelante, la CUT) y el señor Javier Diez-Canseco Cisneros contra AFP Horizonte, AFP Integra, AFP Unión Vida, Profuturo AFP (en adelante, las AFP) y la Asociación de AFP, por presunta infracción a las normas de libre competencia. En el marco de dicho procedimiento, mediante la Resolución N° 0474-2003/TDC-INDECOPI del 29 de octubre de 2003 el Tribunal aclaró el numeral segundo de

la parte resolutive de su Resolución N° 0429-2003/TDCINDECOPI, señalando lo siguiente¹⁶:

“(...) es evidente que la imposición de un precio excesivo tiene el mismo efecto de explotación que la negativa injustificada a contratar contemplada expresamente en el literal a) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701 y el mismo efecto de explotación que pueden presentar en ocasiones los contratos ligados contemplados expresamente en el literal c) del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 701, lo cual despeja toda duda acerca de la inclusión de las conductas de explotación dentro del ordenamiento nacional en materia de libre competencia y, en particular, del precio excesivo como modalidad típica de conducta de explotación”.

En este caso, la Sala de Defensa de la Competencia señalaba que los precios abusivos sí se encontraban dentro de los alcances del Decreto Legislativo N° 701 en tanto sus efectos económicos eran similares a los de otras prácticas enumeradas en el artículo 5° tales como la negativa injustificada. Dicho pronunciamiento originó diversas reacciones negativas, entre las que destacan, la consignada en Bullard (2004)¹⁷, quien señaló, entre otros aspectos, que dicho pronunciamiento incumplía lo establecido por el artículo 4 del Decreto Legislativo 757, que prohíbe a las autoridades del Estado controlar cualquier precio que no sean las tarifas de servicios públicos.

La discusión respecto a la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda adoptar decisiones que afecten los mecanismos de mercado para la fijación de precios, ha sido abordada por la literatura, existiendo relativo consenso respecto a la inconveniencia de que ésta tenga la potestad de declarar la ilegalidad de la fijación de los precios por parte de las empresas a determinados niveles que ésta considere como “excesivos” o “abusivos”¹⁸. Ello resulta natural toda vez que dentro del proceso competitivo, los precios juegan un rol fundamental: brindar señales de escasez, en particular, en el caso de mercados concentrados o con poca competencia. En tal sentido, en mercados potencialmente competitivos, un nivel alto de precios puede constituirse en el principal factor que promueve la entrada de los competidores al mercado. En efecto, la competencia ejercida por los “potenciales entrantes”, sólo se materializa con su ingreso al mercado en presencia

¹⁶ Resolución N° 0474-2003/TDC-INDECOPI del 29 de octubre de 2003, página 28.

¹⁷ Bullard (2004).

¹⁸ Ver por ejemplo Motta y de Streel (2003).

de libertad de precios y de la existencia de señales de escasez frente a la ausencia de competencia “en el mercado”. En tanto dichas señales subsistan y en tanto no existan barreras burocráticas, o de otra índole, a la entrada, los beneficios esperados de la empresa entrante serán positivos y se promoverá el ingreso de un mayor número de participantes al mercado. En consecuencia, resulta acertado el objetivo de excluir dentro del ámbito de la legislación de competencia, conductas como la fijación de precios abusivos.

Si bien es cierto lo anterior, resultando inconveniente que la autoridad de competencia se pronuncie sobre la legalidad o el carácter “excesivo-abusivo” de los niveles de precios, conviene mencionar que en la práctica, muchas decisiones adoptadas por las autoridades de competencia como medida correctiva de determinadas conductas consideradas anticompetitivas, tienen el efecto de afectar de manera directa o indirecta las políticas de precios de empresas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando la autoridad de competencia impone medidas correctivas¹⁹ ante una conducta discriminatoria o una negativa injustificada de venta. En estos casos, además de imponer una sanción pecuniaria, las autoridades de competencia suelen ordenar el cese de la práctica, lo cual podría afectar la libertad de fijación de precios de las empresas. En el caso de las conductas discriminatorias de precios, ordenar el cese de la práctica podría implicar obligar a la empresa a que uniformice sus niveles de precio, condiciones de comercialización, ofertas, etc. En el caso de una negativa injustificada, ordenar el cese de la práctica implica obligar a la empresa denunciada a atender los requerimientos de otra empresa. No queda claro, en este último caso, en especial en el caso de conductas anticompetitivas realizadas por operadores de facilidades esenciales, si es que la autoridad puede ir más allá de la simple orden de cese de la conducta a pronunciarse sobre los términos en que debe realizarse tal transacción²⁰. Al respecto el Decreto Legislativo 1034 es bastante genérico y menciona que la autoridad podrá dictar medidas conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que, entre otras, podrán consistir en

¹⁹ El artículo 46° del Decreto Legislativo N°1034 señala que la Comisión podrá dictar medidas correctivas “conducentes a restablecer el proceso competitivo, las mismas que entre otras podrán consistir en:

- a) El cese o la realización de actividades, inclusive bajo determinadas condiciones
 - b) De acuerdo a las circunstancias, la obligación de contratar, inclusive bajo de determinadas condiciones.
- (...)”.

²⁰ El riesgo en estos casos, es que la empresa sancionada establezca una oferta prohibitiva para el demandante, lo que en la práctica implicaría que los efectos de la negativa se mantendrían, tornándose ineficaz la intervención de la autoridad.

el cese o la realización de actividades (inclusive bajo determinadas condiciones o la obligación de contratar)²¹. Como se aprecia, en este caso, la norma continúa dotando a la autoridad de un amplio nivel de discrecionalidad respecto de los mecanismos que puede utilizar a fin de “restablecer el proceso competitivo”, pudiendo ésta, en determinadas circunstancias, decidir sobre las condiciones de contratación entre dos o más empresas.

Si bien la discusión relativa a las medidas correctivas que impone la autoridad de competencia, es distinta a la de la calificación de una práctica de fijación de precios como ilegal o abusiva, es importante mencionarla toda vez que se trata de medidas o decisiones que adopta el Estado (a nivel administrativo o judicial) y que influyen directa o indirectamente sobre el mecanismo de fijación de precios (a pesar de que lo que se investiga y/o sanciona no es la fijación de los precios a un determinado nivel).

Si bien un aspecto favorable de la Ley 1034, es el haber excluido del universo de conductas sancionables por la autoridad de competencia el caso de los llamados “precios excesivos-abusivos”, consideramos que es menos claro el beneficio de haber eliminado de su ámbito de competencia otro tipo de conductas, en particular las ventas atadas con efecto explotativo. En particular, en esta sección se han citado dos casos de ventas atadas con efecto explotativo, que en su momento fueron considerados “emblemáticos” por determinados sectores de la opinión pública. Por otro lado, si bien el excluir del universo de conductas sancionables a los llamados precios “abusivos-excesivos”, constituye un paso positivo en la dirección de evitar la interferencia del Estado en el mecanismo de determinación de los precios, aún se continúa dotando de un elevado nivel de discrecionalidad a la autoridad de competencia en sus facultades para ordenar medidas correctivas, en particular, aquellas que puedan afectar directa o indirectamente las decisiones de precios.

IV. Prohibiciones relativas y absolutas

La LRCA, a diferencia del Decreto Legislativo N° 701, precisa qué conductas deben analizarse utilizando el criterio de prohibición absoluta y relativa. El origen de este debate proviene de dos precedentes de observancia obligatoria, dictados en distintos momentos por la Sala de Defensa de la Competencia y que se contraponen entre sí: uno relacionado con Caso de concertación de precios en el mercado avícola

²¹ Ver cita precedente.

y el otro con el de concertación de los precios de los Seguros Obligatorios de Accidentes de Tránsito:

- i) Denuncia de oficio iniciada por el INDECOPI por prácticas restrictivas a la libre competencia en la modalidad de concertación de precios en el mercado avícola;
- ii) Denuncia de oficio iniciada por el INDECOPI por prácticas restrictivas a la libre competencia en la modalidad de concertación de precios en el mercado de Seguros Obligatorios de Accidente de Tránsito (SOAT).

El primer caso fue iniciado de Oficio en setiembre de 1996, por la Comisión de Libre Competencia, por presunta concertación de precios en el mercado pollo carne comercializado vivo en Lima Metropolitana y el Callao; concertación de condiciones de comercialización y volúmenes de producción; establecimiento de barreras de acceso al mercado y desarrollo de mecanismos anticompetitivos para impedir el ingreso o forzar la salida del mercado de algunos competidores, en el periodo de mayo de 1995 a julio de 1996. La investigación comprendía a entidades del sector avícola como la Asociación Peruana de Avicultura (APA) y 19 empresas pertenecientes al sector.

El caso fue tramitado ante la Comisión de Libre Competencia y luego fue apelado por la gran mayoría de empresas denunciadas ante la Sala de Defensa de la Competencia, la misma que en su Resolución 276-97-TDC establece como precedente de observancia obligatoria lo siguiente

5.3. “De acuerdo a las normas contenidas en el Decreto Legislativo 701, las concertaciones de precios, reparto de mercado, reparto de cuotas de producción y limitación o control de la producción deben sancionarse de acuerdo a la regla ‘per se’. Ello implica que la sola realización de la práctica prohibida constituye una infracción administrativa a la que se le debe aplicar la sanción legalmente prevista. En ese sentido, para considerar configurada la infracción no es necesario tener en cuenta los efectos perjudiciales de la práctica en el mercado, o su razonabilidad, es decir, el hecho de que la práctica sea o no idónea para producir los efectos perjudiciales mencionados”.

Este precedente recoge la jurisprudencia proveniente de otros países (en particular, Estados Unidos) con mayor tradición en políticas antitrust, en donde se ha optado para determinado tipo de conductas (como las concertaciones de precios) por declarar la ilegalidad de la misma, con la mera comprobación de que ésta se ha realizado, independientemente de sus efectos en el mercado. Es importante notar que como sustento de este precedente, se señaló que la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 807, que modifica parcialmente el Decreto Legislativo N° 701, señala de manera expresa que en la evaluación de ciertas prácticas restrictivas de la competencia debe utilizarse la “*regla per se*”.

Posteriormente, en junio de 2002, la Comisión decide iniciar de oficio un procedimiento sancionador contra la APESEG y un conjunto de compañías de seguros por la presunta concertación de los precios de las primas de las pólizas del Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito – SOAT, durante el período comprendido entre el julio de 2001 y abril de 2002. La Comisión declaró fundada la denuncia, la misma que fue apelada ante la Sala de Defensa de la Competencia del INDECOPI, la misma que en su Resolución N° 0224-aa/TDC-INDECOPI deja sin efecto el precedente de observancia arriba citado y establece en su reemplazo lo siguiente, en calidad de precedente:

1. La calificación de una conducta como restrictiva de la libre competencia y, por tanto, ilegal, requiere que dicha conducta sea capaz de producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia y que la misma se ejecute en el mercado. La capacidad de la conducta para producir el efecto restrictivo de la competencia y su ejecución en el mercado constituye el perjuicio al interés económico general al que se refiere el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701, de conformidad con la valoración positiva del instituto jurídico de la competencia contenida tanto en la Constitución Política del Perú como en el Decreto Legislativo N° 701.
2. De conformidad con la mencionada valoración positiva de la competencia, las prácticas restrictivas de la libre competencia -producto de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas- o el abuso de una posición de dominio en el mercado, constituyen conductas reprochables y, por lo general, no son medios idóneos para procurar el mayor beneficio de los usuarios y consumidores.
3. En aplicación de lo dispuesto en el artículo 3 del Decreto Legislativo N° 701 en cuanto al perjuicio al interés económico general, excepcionalmente, y siempre que puedan acreditarse en forma suficiente, precisa y coherente,

efectos beneficiosos en la conducta cuestionada que superen el perjuicio a los consumidores y al instituto jurídico de la competencia, dicha conducta será calificada como restrictiva de la libre competencia, pero exenta de reproche y sanción debido a su balance positivo respecto de la afectación del interés económico general.

4. La determinación de los casos excepcionales exentos de reproche y sanción mencionados en el numeral anterior deberán analizarse en cada caso concreto, considerando la concurrencia de los siguientes requisitos de exención: i) si las conductas cuestionadas contribuyen a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, reservando al mismo tiempo a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante; ii) si la conducta restrictiva es el único mecanismo para alcanzar los objetivos beneficiosos señalados en el requisito anterior; y, iii) si aquellas conductas no se convierten de manera indirecta en una forma que facilite a las empresas involucradas eliminar la competencia respecto de una parte sustancial del mercado en el que participan.
5. La fijación concertada de precios contemplada expresamente en el literal a) del artículo 6 del Decreto Legislativo N° 701 constituye una práctica restrictiva de la libre competencia que contraviene directamente la esencia misma del instituto jurídico de la competencia. En consecuencia, para eximir de reproche a dicha conducta se requiere de un análisis calificado muy detenido, exigente y riguroso del cumplimiento preciso e indubitable de todos los requisitos de exención indicados en el numeral anterior.

En tal sentido, en un período de menos de 6 años, se aprecia un cambio radical en los criterios de evaluación establecidos por el INDECOPI para conductas restrictivas a la competencia. Sin perjuicio del debate y controversia generados alrededor de estos casos²², la nueva ley, de manera acertada, intenta zanjar definitivamente la discusión estableciendo claramente que ciertas conductas están sujetas a prohibiciones absolutas y otras a prohibiciones relativas. Las prohibiciones absolutas son aquellas para las que la verificación de la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad pruebe la realización de tal conducta²³.

²² Felices, Olaechea, Rebazay Rojas Leo (2005).

²³ *Artículo 8.- Prohibición absoluta.-*

En los casos de prohibición absoluta, para verificar la existencia de la infracción administrativa, es suficiente que la autoridad de competencia pruebe la existencia de la conducta.

En tal sentido, el artículo 11.2 de la norma establece que están sujetas a prohibiciones absolutas la fijación de precios u otras condiciones comerciales o de servicio; limitar la producción o las ventas, en particular a través de cuotas; el reparto de clientes, proveedores y zonas geográficas; y las conductas colusorias en procesos de contratación pública²⁴.

Tanto la distinción entre prohibiciones relativas y absolutas, como la tipificación de las conductas comprendidas dentro de cada clase de prohibición, constituyen elementos positivos de la nueva norma, que permitirán reducir la discrecionalidad en la interpretación de la misma por parte de la autoridad de competencia.

V. Comentarios finales

El presente artículo ha tenido como objetivo resaltar tres aspectos importantes que incorpora la nueva Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (Decreto Legislativo N°1034) y que, a nuestro juicio, representan avances, en el sentido de dotar de mayor predictibilidad a las decisiones que adoptará la autoridad de competencia y reducir su ámbito de discrecionalidad. Sólo la práctica, sin embargo, permitirá apreciar de qué manera influyeron los cambios introducidos en la dirección que siga durante los próximos años la política de competencia en el Perú.

Es importante destacar que si bien el marco normativo afecta el desempeño de la autoridad de competencia, no es el único factor (ni posiblemente el más importante) que garantice una gestión eficaz y eficiente de las políticas de competencia. Aspectos como el nivel técnico de los profesionales que realizan las investigaciones y la rigurosidad de las mismas, la celeridad procesal, el inicio de casos de oficio en sectores de importancia económica, la abogacía de la competencia a través de actividades promotoras, entre otras, constituyen temas centrales en el quehacer de la agencia de competencia. En tal sentido, uno de los retos más importantes que enfrenta la autoridad de competencia durante los próximos años, será el de aplicar la normatividad de competencia de manera rigurosa, dando señales claras, simples

²⁴ 11.2. Constituyen prohibiciones absolutas los acuerdos horizontales inter marca que no sean complementarios o accesorios a otros acuerdos lícitos, que tengan por objeto:

- a) Fijar precios u otras condiciones comerciales o de servicio;
- b) Limitar la producción o las ventas, en particular por medio de cuotas;
- c) El reparto de clientes, proveedores o zonas geográficas; o,
- d) Establecer posturas o abstenciones en licitaciones, concursos u otra forma de contratación o adquisición pública prevista en la legislación pertinente, así como en subastas públicas y remates.

y predecibles a los agentes económicos respecto de cuáles deben ser los auténticos paradigmas de comportamiento competitivo de las empresas en una economía de mercado.

Referencias

BULLARD, Alfredo (2004). La Resolución Adúltera. www.bullardabogados.com.pe

COMUNIDAD EUROPEA (1997). “Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia”, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 97/C 372/03.

DEPARTMENT OF JUSTICE y FEDERAL TRADE COMMISSION (1992). Horizontal Merger Guidelines http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html

FELICES, Enrique; OLAECHEA, Joselyn; REBAZA, Alberto y Juan Francisco ROJAS LEO (2003). *Mesa redonda: ¿“Regla per se” o “regla de la razón”?: Premisas y efectos de un cambio*. Lima: Themis 47.

MOTTA, Massimo y DE STREEL Alexander (2003) “Exploitative and Exclusionary Excessive Prices in EU Law”, artículo presentado para la 8th Annual European Union Competition Workshop, June.

ROJAS LEO, Juan Francisco, Luis José DIEZ CANSECO NÚÑEZ y Miguel Candela ZAMORA. Mesa redonda Cambios en libre competencia. Los funcionarios publicos no pueden actuar ideologicamente. Lima: Ius et veritas N° 30. Junio 2005.

RUIZ, Gonzalo (2000) “Definición de mercado relevante y políticas de competencia”. Lima: Themis, Revista de Derecho”, Segundo Semestre.