

EN BUSCA DE LA PIEDRA FILOSOFAL: ¿EXISTE EL ESTÁNDAR IDEAL PARA ANALIZAR CONDUCTAS UNILATERALES EXCLUSORIAS?

TERESA V. TOVAR MENA[♦]

Resumen

El presente artículo analiza la dificultad que supone no contar con reglas claras que permitan concluir cuándo una conducta unilateral constituye una práctica anticompetitiva que merezca ser sancionada. El desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que se toma como referencia en el análisis, si bien ha establecido estándares especiales para algunas conductas unilaterales exclusorias (precios predatorios y licitaciones predatorias), no ha concluido con dicha tarea respecto de las demás conductas. En este artículo, se analizan los posibles estándares que podrían ser aplicados a este tipo de conductas, indicando sus fortalezas y debilidades. A la luz de dicho análisis, nos aproximaremos a la legislación peruana de libre competencia, así como a los criterios jurisprudenciales emitidos por la autoridad peruana de competencia, constatando que, pese a no haber sido recogido expresamente en la legislación, se ha venido aplicando el estándar de la regla de la razón al analizar este tipo de conductas. Ello implicaría que nuestra legislación admite un debate similar al que se ha venido dando desde hace un tiempo en los Estados Unidos, es decir, definir cuál es el estándar más adecuado para analizar las conductas y si debe existir más de uno.

I. Introducción

Un tema central del debate actual en materia *antitrust* en los Estados Unidos, que ha generado posiciones bastante polarizadas, es el de los estándares que deben aplicarse para analizar las conductas llevadas a cabo por una sola empresa. Subyace a este debate la pregunta respecto a cuánta libertad de actuación se le puede brindar a una empresa con poder de mercado.

[♦] Abogada Pontificia Universidad Católica del Perú. Maestría en Derecho Empresarial Universidad de Lima. Socia del Estudio Echecopar.

Salvando las distancias entre el régimen norteamericano y el nacional, puede decirse que en ambos el solo hecho de ostentar posición de dominio por parte de un agente económico no es considerado en sí mismo ilegal. Para que se considere que una empresa con posición de dominio ha afectado la libre competencia, resulta necesario que ésta realice determinadas conductas que generen, o sean capaces de generar, efectos anticompetitivos en el mercado, traduciéndose en una “conducta exclusoria”.

No obstante, si bien dicha aseveración es simple, su aplicación puede suponer una gran dificultad, pues en la práctica no resulta sencillo determinar cuándo una conducta unilateral es anticompetitiva y merece ser sancionada o cuándo configura una acción lícita de competencia agresiva. En los hechos, tales conductas pueden ser confundidas en tanto “...*ambas resultan en un aumento de las ventas de una empresa a expensas de sus rivales*”¹.

En caso de empresas que acuerdan con otras la realización de actos anticompetitivos como la concertación de precios o el reparto de mercado, resulta menos difícil determinar la aplicación de las normas de competencia, esto es, definir si el acuerdo es o no sancionable. Así, en tales casos, la dificultad más bien estriba en la prueba de la concertación, pero no hay duda de que concertar precios es sancionable. Mientras que en el caso de la actuación de una sola empresa, puede incurrirse en el error de juzgar la conducta como anticompetitiva cuando no lo es, así podrá tenerse plenamente probado que la empresa realizó la conducta, pero el aspecto más problemático será la determinación de si ésta es o no anticompetitiva, es decir, del análisis de sus consecuencias o efectos para la competencia. En tal caso, se requiere probar, además de la realización de la conducta (por ejemplo, una discriminación), que la desventaja generada por ella afecta el proceso competitivo y no sólo que genera un perjuicio a un competidor.

Cabe anotar que la dificultad no se limita a distinguir entre una conducta que genera efectos pro-competitivos y otra que no, pues no es infrecuente que una misma conducta genere eficiencias y al mismo tiempo excluya a competidores; es decir, que tenga tanto efectos beneficiosos como perjudiciales². Así, el riesgo de error de las autoridades es mayor en el caso de conductas unilaterales, pudiéndose

¹ Carlton (2001) p. 2.

² U.S. DOJ 2008: 13. “*The problem is not simply one that demands drawing fine lines separating different categories of conduct; often the same conduct can both generate efficiencies and exclude competitors*”. Traducción libre.

confundir una actuación competitiva agresiva –en sí misma lícita– con un accionar ilegal y sancionarla indebidamente.

Son estas dificultades las que han suscitado un intenso debate a nivel doctrinario y jurisprudencial en los Estados Unidos, en tanto hay quienes consideran que una evaluación incorrecta de una conducta como anticompetitiva es capaz de generar graves daños al mercado, desincentivando aquellas conductas que la legislación de competencia busca promover. En el marco de este debate, hay dos extremos que deben ser evitados al analizar este tipo de conductas: aplicar una regla o estándar de análisis tan indulgente que no sancione conductas verdaderamente perniciosas para el mercado y los competidores y, por otro lado, aplicar reglas o estándares de análisis tan rigurosos que terminen sancionando conductas que generan efectos pro-competitivos en el mercado, lo cual a largo plazo podría terminar por desalentar a los agentes económicos a invertir y desarrollar actividades beneficiosas para la competencia.

En el presente artículo, se analiza el desarrollo doctrinal y jurisprudencial norteamericano, que es el que más se ha preocupado por esta problemática, para luego determinar si los aportes pueden ser de utilidad en la aplicación de nuestra legislación de competencia³.

Así, tras una breve descripción del marco normativo norteamericano sobre conducta unilateral a que se refiere la *Section 2* de la *Sherman Antitrust Act*, se recogen algunas de las principales discusiones doctrinarias que se mantienen respecto a su evaluación, así como los aportes más relevantes en materia de reglas o estándares.

II. La sección 2 de la “Sherman Antitrust Act”

Los principales objetivos de las normas norteamericanas relacionadas con la competencia son preservar el libre mercado, eliminar las restricciones al comercio, reducir la concentración de poder monopólico⁴ y promover la libre competencia. Ello, a fin de obtener mayores eficiencias y mejorar el bienestar de los consumidores,

³ PERÚ. Congreso de la República (2008) Decreto Legislativo 1034: Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

⁴ De acuerdo con la normativa norteamericana, se sanciona la monopolización (crear o mantener un monopolio) o el intento de monopolizar. Esta noción implica un efecto exclusorio, es decir, la exclusión de competidores.

pues de acuerdo a la Corte Suprema de los Estados Unidos, “*se descansa en la premisa de que la interacción sin restricciones de las fuerzas competitivas proveerá de la mejor asignación de recursos, los menores precios, la mayor calidad y el mejor progreso material*”⁵.

Así, el Congreso de los Estados Unidos al dictar la norma de represión de conductas anticompetitivas en 1890, conocida como la *Sherman Antitrust Act* (en adelante, SAA), tuvo como meta primordial la protección del proceso competitivo más allá de la posible protección que, a través de ella, se pueda otorgar a los competidores⁶. Este principio ha sido igualmente reconocido a nivel jurisprudencial, como se verá más adelante, en casos como el de *Brooke Group*⁷.

Como es sabido, la SAA se divide en dos secciones. Mientras la *sección 1* prohíbe toda forma de contrato o conspiración que pueda restringir el comercio entre los Estados, la *sección 2* se aplica a varios tipos de conducta unilateral, considerando que resulta ilegal que cualquier persona “*monopolice, o intente monopolizar o se coluda o conspire con cualquier otra persona o personas, para monopolizar cualquier parte del comercio o el comercio entre varios Estados, o con naciones extranjeras (...)*”⁸.

La meta de la segunda sección es promover una economía basada en un mercado que incrementa el crecimiento económico, prohibiendo conductas que deriven en la adquisición indebida de poder monopólico. Así, preservando un entorno competitivo se da a las empresas los incentivos para la generación de riqueza y bienestar para la sociedad.

Resulta importante para el *enforcement* de la *sección 2* de la SAA, a fin de conseguir su propósito de proteger el proceso competitivo, asegurar que la competencia que se considera “agresiva” no se confunda con una práctica ilegal o

⁵ N. Pac Ry Co. v United States, 356 U.S. 1, 4 (1958). “*Rests on the premise that the unrestrained interaction of competitive forces will yield the best allocation of our economic resources, the lowest prices, the highest quality and the greatest material progress (...)*”. Traducción libre.

⁶ Este tema también ha estado sujeto a arduo debate en la doctrina norteamericana, pues no faltan quienes sostienen que el objetivo de los legisladores fue proteger a los pequeños negocios del poder económico de los grandes conglomerados empresariales.

⁷ Brooke Group Ltd v Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209, 223 (1993).

⁸ 15 U.S.C. S.2 (2000) “*Monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations (...)*”. Traducción libre.

prohibida. De lo contrario, se elimina el estímulo para que los agentes económicos sigan compitiendo, esforzándose y creciendo. En este contexto, algunos resultados negativos para ciertos agentes económicos como, por ejemplo, la reducción de ganancias u obtención de pérdidas, deben ser considerados una consecuencia natural del proceso competitivo.

Así, el propósito de la sección 2, no es eliminar el poder de mercado, sino proteger la competencia lícita de la conducta unilateral exclusoria e ilegal. No obstante, como ya se ha anotado, diferenciar entre la conducta unilateral exclusoria y una de competencia agresiva puede ser difícil. El límite entre la conducta exclusoria y la competencia legítima es difuso y controversial ya que ambos tipos de conducta generan beneficios pero también efectos negativos. Prueba de ello es que la misma conducta por la que se cuestiona a una empresa dominante será legal si no la realiza una empresa con posición de dominio, con lo cual no es la conducta en sí misma lo que determina su carácter anticompetitivo sino el poder de mercado y los efectos exclusorios de ésta, lo cual muchas veces no resulta sencillo de evaluar.

Adicionalmente, se trata de un área en que, aun cuando se pueda concluir que una conducta es anticompetitiva, puede ser difícil determinar el remedio apropiado para revertir sus efectos. Por todo ello, la ley norteamericana ha sido más severa con las conductas concertadas que con las que lleva a cabo una sola empresa⁹.

Como consecuencia, se ha planteado que esta sección se aplique de forma restringida por las cortes norteamericanas. No obstante, esta postura no significa un abandono de la represión de la conducta unilateral exclusoria. Si bien no han faltado planteamientos respecto a la conveniencia de no sancionar la conducta unilateral¹⁰ lo cierto es que no se ha llegado a tal extremo y como el reciente caso

⁹ Hewitt (2003) p. 5. “(...) even if we are able to conclude that certain conduct is anticompetitive, it may be more difficult to effect workable remedies that will restore any lost competition. With respect to single firm conduct, or Supreme Court instructs us that we must be humble about our ability to assess the competitive effects of such behavior; recognizing that a competitive outcome is often dictated by the operation of the market. Indeed, U. S. antitrust law has always tended to treat concerted action more severely than single firm conduct”.

¹⁰ En efecto, Epstein ha señalado que el Derecho de la Libre Competencia debería dejar de perseguir las prácticas unilaterales o, cuando menos, delimitar con mayor precisión los casos en los que estas deben ser sancionadas. Ello, debido a que tales prácticas están sujetas, “a tres objeciones determinantes: su excesivo apoyo en la prueba de la intención, frecuentemente malinterpretada; su incapacidad para dar una explicación poderosa de por qué ciertas prácticas consideradas eficientes, cuando son realizadas por firmas ordinarias, son consideradas ilícitas cuando las realizan firmas dominantes; y, su incapacidad para

contra *Microsoft* lo confirma, es parte de la política de competencia norteamericana investigar y procesar a empresas que incurren en actos anticompetitivos.

2.1. Monopolización

La literatura económica señala que el ejercicio del poder monopolístico puede causar daño a la competencia y a los consumidores, por ejemplo, a través del incremento de precios y la reducción de la producción. Sin embargo, la mera posesión de este poder no es en sí misma ilegal, pues tal como ha sido puesto de relieve desde los inicios de la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Standard Oil Co v United States*¹¹ ni el tamaño, ni el poder ni el capital de un negocio causan “monopolización”, sin que haya una conducta ilícita. Así, se requiere de una conducta indebida realizada por la empresa dominante para efectos de establecer una sanción.

Es más, se ha señalado que la posibilidad de adquirir poder monopolístico ayuda, justamente, a incentivar que las empresas creen nuevos productos y se esfuercen por ser cada vez más eficientes¹².

Las tres conductas anticompetitivas reguladas bajo la Section 2 son: la monopolización, los intentos de monopolización y la conspiración para la monopolización, siendo relevante para efectos de este trabajo, la primera.

El test para determinar los casos de “monopolización” fue articulado en el caso *United States v. Grinnell Corp.*¹³. El test contiene dos elementos. Primero, se deberá mostrar la posesión de poder de mercado sustancial en un mercado relevante, y, en segundo lugar, se deberá mostrar la adquisición o el mantenimiento de este poder. Este segundo elemento acreditaba el requisito de exclusión que debía acompañar a la posesión de poder monopolístico.

Uno de los principales problemas que enfrenta la SAA, en esta sección, es el lenguaje impreciso que utiliza para desarrollar determinados conceptos claves. Así, la SAA no cuenta con una definición clara de lo que se entiende por “conducta

diferenciar las prácticas pro competitivas de las anticompetitivas”. Epstein (2005) p. 22.

¹¹ *Standard Oil Co of N.J v. United States* 221 U.S. 1, 10 (1911).

¹² Ver, por ejemplo, Antitrust Modernization Commission Report and Recommendations (http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/toc.htm)

¹³ *United States v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

indebida” y tampoco se da mayor desarrollo a uno de los conceptos centrales como es la definición de “monopolización”. Sobre el particular, se ha comentado que el Congreso de Estados Unidos, redactó la SAA de una manera general con la finalidad de permitir su posterior adaptación¹⁴. Sin embargo, esta falta de dirección ha generado que sean las Cortes quienes tengan una mayor influencia en la definición e interpretación de estos conceptos y que, en consecuencia, éstos vayan siendo modificados con el transcurso del tiempo, debido especialmente a los progresos en la discusión académica, la economía y los negocios.

Así, la primera vez que la Corte Suprema decidió un caso que involucraba una conducta exclusoria fue en el año 1904¹⁵, habiendo transcurrido más de un siglo desde entonces; los principales comentaristas consideran que aun la jurisprudencia no proporciona una definición clara de lo que debe entenderse por “conducta exclusoria” y cuál es su alcance.

Por ello, uno de los retos principales que afronta la jurisprudencia norteamericana consiste en el desarrollo de “estándares” y reglas que serán empleadas para distinguir los supuestos de competencia agresiva, lícitos, de aquellas conductas que destruyen la competencia por su efecto exclusorio. En tal sentido, se afirmó en el caso *Microsoft*¹⁶ que *“el reto para las cortes que resuelven los casos de libre competencia es establecer una regla general que permita distinguir entre prácticas exclusorias, que reducen el bienestar social y prácticas competitivas, que lo incrementan”*.

Las cortes norteamericanas han encontrado varias dificultades para desarrollar una definición precisa que pueda ser usada para determinar cuándo una conducta presenta efectos exclusorios. Los casos más recientes han mostrado la misma incertidumbre, y como resultado han causado que se renueve el debate sobre cuáles deberán ser los estándares para distinguir entre una conducta competitiva (legal) y una conducta exclusoria (ilegal). Más aún, recientemente se han propuesto diversos estándares que se consideran apropiados para hacer esta distinción entre ambas conductas.

¹⁴ *Appalachian Coals, Inc v. United States*, 288 U.S. 344, 360 (1933).

¹⁵ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197 (1904).

¹⁶ *United States v. Microsoft Corp*, 253 F.3d 34, 58 (2001) *“The challenge for an antitrust court lies in stating a general rule for distinguishing between exclusionary acts, which reduce social welfare, and competitive acts, which increase it”*. Traducción libre.

Aunque todavía no existe consenso sobre qué estándar debe aplicarse para determinar si una conducta es exclusoria, las cortes han coincidido en adoptar determinados principios para interpretar la Sección 2. Este criterio se ha plasmado en varias decisiones de la Corte Suprema de los Estados Unidos, como por ejemplo *Weyerhaeuser*¹⁷ y *Trinko*¹⁸, como veremos más adelante (ver 2.5.).

III. Los estándares o tests en los Estados Unidos

La dificultad que implica no tener reglas claras que permitan concluir cuándo una conducta unilateral supone o no una práctica anticompetitiva que merezca ser sancionada, ha suscitado una gran discusión en los Estados Unidos, pues se reconoce que es necesario lograr cierto nivel de predictibilidad en las decisiones que emita la autoridad de competencia. Así, existe un gran interés en desarrollar pruebas, también denominadas “estándares” o “tests”, lo suficientemente sofisticados para cumplir con dicha finalidad y evitar castigar indebidamente una conducta que no es anticompetitiva.

No obstante ello, el punto de partida de dicho debate estriba en analizar si lo más adecuado es adoptar una regla universal y única para todas las conductas unilaterales exclusorias o si resulta necesario que se adopten reglas especiales para cada tipo de conducta anticompetitiva.

3.1. La conveniencia de adoptar una regla universal o reglas especiales

A efectos de determinar si resulta más conveniente adoptar una regla universal para el análisis de todo tipo de conducta unilateral exclusoria, o si conviene desarrollar estándares específicos para cada una de ellas, la jurisprudencia y doctrina norteamericanas han enfatizado que conviene evaluar los *false positives* y *false negatives* que el uso de determinado(s) estándar(es) de análisis pueda(n) generar al resolver los casos de competencia, pues ello permitirá evaluar la conveniencia o idoneidad del test aplicable.

Nos encontraremos frente a *false positives* en aquellos casos en los cuales se imputa responsabilidad a una empresa que no ha realizado una conducta exclusoria, sino que simplemente estuvo compitiendo agresivamente. Por el contrario, nos encontraremos frente a *false negatives* cuando equivocadamente, en aplicación

¹⁷ *Weyerhaeuser Co v. Ross-Simmons Hardwood Lumber Co.* 127 s. Ct. 1069 (2007).

¹⁸ *Verizon Communications Inc v. Law Offices of Curtis v. Trinko LLP* 540 U.S. 398 (2004).

de determinado estándar de análisis, no se condena una conducta que afecte negativamente a la competencia y a los consumidores.

Hay quienes¹⁹ sostienen que si bien la aplicación de un estándar universal supone una importante ventaja respecto de la aplicación de estándares especiales para cada conducta (como por ejemplo la unificación de la doctrina de conductas unilaterales exclusorias), su aplicación presenta diversas dificultades. En primer lugar, cada tipo de conducta tiene una distinta probabilidad de ocurrencia y plantea un grado distinto de daño al mercado. En segundo lugar, los beneficios que cada conducta puede generar en los consumidores varía de conducta en conducta (ejemplo de ello son los precios predatorios que generan beneficios en el corto plazo vía menores precios). Por último, el efecto de los *false positives* puede variar dependiendo del tipo de conducta del que se trate. En tal sentido, corresponderá que aquellas conductas que supongan un mayor riesgo de que se presenten *false positives*, deben estar sujetas a una regla más indulgente, de manera tal que no se encuentren expuestas a ser sancionadas.

Así, se ha anotado²⁰ que un estándar de aplicación universal para las conductas exclusorias necesariamente tendrá el efecto o bien de disuadir aquellas conductas saludables para la competencia o de fomentar una conducta anticompetitiva.

Tras un análisis de las ventajas y desventajas que podrían surgir con ocasión de la aplicación de una regla universal para todo tipo de conducta unilateral exclusoria, parte de la doctrina coincide en que resulta conveniente aplicar estándares especiales para cada tipo de conducta, pues la aplicación de una regla universal puede generar muchos más perjuicios que beneficios al mercado.

No obstante, cabe señalar que el debate doctrinario ha evidenciado que la aplicación de varios estándares para cada tipo de conducta está sujeta a numerosas dificultades. Una de las principales dificultades es que en la labor de establecer varios estándares de análisis, se preste más atención a elaborar una categorización de las conductas que a aspectos económicos, que son los que finalmente determinan si una conducta genera o no efectos anticompetitivos en el mercado. Asimismo, establecer un estándar especial para cada tipo de conducta podría tener como efecto

¹⁹ Véase Lao (2006).

²⁰ Lao (2006) p.437. “A universal standard for defining exclusionary conduct would necessarily either overdeter healthy competition or underdeter anticompetitive behavior.” Traducción libre.

la creación de innumerables reglas, las cuales a largo plazo podrían convertirse en inmanejables. Esto último podría dar lugar a inconsistencias y a afectar negativamente la predictibilidad que precisamente se persigue con la creación de estándares.

Sin embargo, aun cuando se reconoce la existencia de dificultades en la aplicación de diversos estándares para cada tipo de conducta, un sector de la doctrina opina, como ya se ha anotado, que la problemática que presenta la regla universal pareciera ser insuperable, en tanto está última podría disuadir aquellas conductas saludables para la competencia o, por el contrario, incluso podría fomentar la realización de conductas anticompetitivas.

A la luz del desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que ha establecido estándares especiales para algunas conductas unilaterales exclusorias (como es el caso de los precios predatorios y licitaciones predatorias, a las cuales nos referiremos con mayor detalle más adelante), resulta más conveniente que se adopten reglas distintas para cada tipo de conducta. Sin embargo, dicha jurisprudencia no ha concluido con la tarea de determinar cuál o cuáles estándares deberán aplicarse al resto de conductas unilaterales exclusorias que, en la actualidad, no cuentan con un estándar específico para su análisis.

Al respecto, la *Federal Trade Commission* (FTC) y el *Department of Justice* (DOJ) comparten la misma inquietud que la Corte Suprema de los Estados Unidos y que la doctrina respecto a que es imprescindible contar con reglas claras para la evaluación de las conductas unilaterales, dada la dificultad de análisis que suponen estas prácticas, lo que impide a las empresas tener la certeza respecto a la licitud de su actuación.

Las agencias han mostrado divergencias en el pasado respecto a los estándares a aplicar para el análisis de tales conductas. La posición del DOJ se reflejó en un informe emitido en el año 2008, relativo a la conducta de una empresa bajo la Section 2. En dicho informe, el DOJ propuso que se aplique el denominado *disproportionality test*, contra la opinión de la FTC que aboga por el uso de la *rule of reason*²¹.

²¹ En mayo de 2009 la nueva encargada de la Antitrust Division del DOJ, Christine Varney, retiró formalmente el informe aludido, que fuera emitido a finales de la administración Bush. No obstante, diversos comentaristas han apuntado que el trabajo que el informe significó a través, por ejemplo, de numerosas audiencias públicas con intervención de destacados especialistas en la materia, difícilmente puede ser ignorado, aunque su retiro es un indicador de la tendencia

Dicha discrepancia no se limitaba al test que debe ser aplicado, sino también respecto de las perspectivas a futuro para el análisis de las conductas unilaterales. Así, si bien la FTC y el DOJ, en principio, coincidían en que debía establecerse un test universal para evaluar una conducta unilateral, el DOJ consideró en su *Report* que la aplicación del *disproportionality test* constituye un punto de partida para el análisis de las conductas unilaterales, quedando pendiente la tarea de trabajar en tests específicos para cada tipo de conducta unilateral. Según el informe del DOJ, el *disproportionality test* propuesto sería de aplicación en defecto de la existencia de un test específico para una conducta determinada. No obstante, este test ha recibido duras críticas de quienes abogan por una mayor represión de las conductas de las empresas dominantes²².

3.2. Sobre la conveniencia de contar con “safe harbors”

El informe del DOJ señala que en el contexto de la evaluación de conductas unilaterales resulta también necesario contar con *safe harbors* (“puertos seguros”), es decir, con reglas jurisprudenciales que brinden predictibilidad respecto a qué prácticas no podrán ser consideradas como contrarias al proceso de competencia y que, en consecuencia, su desarrollo no implicará la aplicación de una sanción.

Si bien la aplicación de *safe harbors* cuenta con una considerable cantidad de opositores, principalmente la FTC, lo cierto es que estos “puertos seguros” podrían contribuir a dar certeza a los agentes económicos respecto de qué prácticas se considera que no constituyen una amenaza a la competencia y pueden llevarse a cabo sin riesgo de sanción, lo que resultaría positivo.

En tal sentido, se ha señalado que, en la práctica profesional, los abogados norteamericanos encuentran grandes dificultades al asesorar a empresas con cierto poder de mercado, pues al no contar con reglas de análisis claras, pareciera que toda conducta activa en la que incurra un agente económico que ostente dicho poder, podría ser calificada como una práctica exclusoria y contraria a la competencia.

En efecto, por ejemplo, Jacobson (2009)²³ resalta la dificultad que supone asesorar a empresas en el cumplimiento de la normativa en materia de libre

de nueva administración. Ello ciertamente implica que no se acogerá el *disproportionality test*, en refuerzo de la posición de la FTC opuesta a dicho estándar.

²² Esta es la opinión de Gavil y Hovenkamp (2004) y Hovenkamp (2007).

²³ Jacobson (2009) p. 4. “*Advising businesses on antitrust compliance is difficult, but competition*

competencia, y resalta los beneficios derivados de otorgarles un margen de maniobra considerable para participar en conductas que supongan una pequeña o nula amenaza a la competencia. Ello se lograría a través de los *safe harbors*.

Por el contrario, la FTC considera que los *safe harbors* aplicables a conductas unilaterales que postula el informe del DOJ, no son adecuados, pues las conductas a las cuales estos le son aplicables son potencialmente capaces de generar perjuicios a la competencia, si son realizadas por una empresa que goza de posición de dominio en el mercado o que se encuentra cercana a dicha posición²⁴.

3.3. Breve referencia a la jurisprudencia norteamericana en relación a los estándares aplicables a conductas exclusorias²⁵

El punto de partida para el análisis de las conductas unilaterales en la jurisprudencia norteamericana, se encuentra en la decisión del caso *Standard Oil*, en que la Corte Suprema de Estados Unidos reconoce expresamente que la SAA prohíbe aquellas restricciones cuyo carácter o efecto sean irrazonablemente anticompetitivos, por lo que para condenar una conducta resultaría necesario que se verifique que los perjuicios anticompetitivos que ella representa para el mercado, son mayores a los beneficios pro-competitivos. De esta manera, en el caso *Standard Oil*, la Corte Suprema de los Estados Unidos recoge como estándar para determinar si una conducta viola la sección 2 así como la sección 1, lo que se denominará la regla de la razón. De manera subsecuente, la Corte Suprema decidió varios casos de monopolización sin dilucidar cómo la “regla de la razón” se aplicaría a la evaluación de conductas bajo la sección 2.

Años más tarde, dicho criterio fue recogido en cierta medida en el caso *Alcoa*²⁶, en el cual se estableció una distinción entre el solo hecho de ostentar una posición de dominio en un mercado y la monopolización, entendiéndose que sólo esta última devenía en ilegal. En dicho sentido, aquél competidor que por sus propios esfuerzos lograra ostentar posición de dominio en un mercado, no podría ser castigado. No obstante dicha prédica, conforme a la decisión del caso²⁷, casi cualquier conducta

is enhanced when firms are given leeway to engage in conduct that poses little or no threat to competition.” Traducción Libre.

²⁴ FTC (2008).

²⁵ Este punto se basa en Grimm (2008).

²⁶ United States v. Aluminum Co. of Am. (Alcoa), 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945).

²⁷ La conducta en cuestión consistió en realizar sostenidamente incrementos de capacidad productiva en respuesta al incremento de demanda, antes que otros entraran al mercado.

activa que adopte un monopolista para crear una ventaja competitiva pareciera ser problemática para la competencia.

Tras dicha decisión, la Corte Suprema norteamericana articuló una visión extremadamente amplia sobre qué tipos de conductas podrían ser consideradas ilegales bajo la sección 2 de la SAA.

Luego, en el caso *Grinell* ya mencionado, la Corte estableció la fórmula clásica sobre conducta prohibida bajo la sección 2: “*la adquisición o el mantenimiento deliberados de poder [monopólico] como distintos del crecimiento o desarrollo a consecuencia de un producto superior, la astucia en los negocios o un accidente histórico*”²⁸. No obstante, sus críticos anotan que esta regla provee poca orientación a los empresarios para conformar sus conductas a la norma.

Posteriormente, en el caso *Copperweld*²⁹, diferenciando las conductas de las secciones 1 y 2 de la SAA, la Corte Suprema opinó que, como la “competencia robusta” y la conducta con efectos anticompetitivos en el largo plazo pueden ser difíciles de distinguir, el Congreso autorizó el escrutinio de aquellas empresas que ostentaran posición de dominio sólo cuando éstas acarrearán un peligro de monopolización. En tal sentido, un límite como el impuesto por el caso *Copperweld*, reduce el riesgo de que las leyes antimonopolio puedan disminuir el ímpetu competitivo de una empresa que a través de su esfuerzo, busque lograr ostentar posición de dominio en el mercado en el cual se desenvuelve.

Cabe citar también los casos *Aspen Skiing* y *Kodak*³⁰. En ambos, para efectos de evaluar la legalidad o ilegalidad de una conducta unilateral, la Corte Suprema norteamericana analizó la existencia de justificaciones de eficiencia, así como de perjuicios que la conducta pueda suponer para los consumidores. Así, en ellos, la Corte Suprema estableció como principales factores para determinar si la conducta evaluada bajo lo dispuesto por la sección 2 de la SAA es una práctica legal o no, la existencia o la falta de justificaciones legítimas de negocio, y si las conductas evaluadas se encontraban motivadas por razones distintas a la eficiencia.

²⁸ Traducción libre del siguiente texto: “*willful acquisition or maintenance of [monopoly] power as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen or historic accident*”.

²⁹ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 467 U.S. 752 (1984).

³⁰ *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services, Inc.*, 504 U.S. 451 (1992).

No obstante, los críticos han señalado la falta de “administrabilidad” de este enfoque, así como la duda de si esta “justificación de eficiencia” representa una regla del tipo “todo o nada” según la cual, si tal justificación existe entonces el caso termina, o si más bien es necesario “balancear” siempre dicha justificación con los efectos anticompetitivos.

Es más, hay quienes sostienen que no es conveniente este enfoque por el riesgo de que quienes deben resolver el caso no lleguen a comprender el alcance de la eficiencia alegada:

“La decisión de la Corte en estos casos [Aspen y Kodak] ha sido interpretada en el sentido que una negativa a contratar de una empresa con poder de mercado requiere una defensa de eficiencia independiente de mostrar un daño competitivo probable (...). Pero, a menos que el daño a la competencia sea probable, no sería prudente requerir una defensa de eficiencia para evitar la responsabilidad. En la ausencia de daño anticompetitivo, ello daría a los demandantes una oportunidad de ganar un caso sobre la base de si un juez o jurado no experto en la industria puede entender una práctica que puede ser difícil de explicar. (...) A menos que los hechos de la industria sean tales que una negativa a contratar tenga una probabilidad de afectar adversamente la competencia, sólo puede generarse error al requerir que un demandado ofrezca evidencia convincente de las razones para sus prácticas de negocio”³¹.

3.4. Sobre el establecimiento de estándares especiales para determinadas conductas: el caso de los precios y licitaciones predatorias

Tras la decisión del caso Kodak, la Corte Suprema reparó en la necesidad de establecer nuevos estándares que cumplan con evitar los *false positives*. Así, estableció nuevos tests para cierto tipo de conductas, entre ellas predación de precios

³¹ Carlton (2001) p.27. *“The Court’s decision in this cases [Aspen y Kodak] has been interpreted to mean that a refusal to deal by a firm with market power requires an efficiency defense independent of showing a likely competitive harm (...). But, unless competition is likely to be harmed, requiring an efficiency defense to avoid antitrust liability would be unwise. It would, in the absence of antitrust injury, give plaintiffs a chance to win an antitrust case based on whether some judge or jury not expert in the industry can understand a practice that may be hard to explain (...) Unless the industry facts are such that a refusal to deal has a likelihood of adversely affecting competition, there can only be error introduced by demanding that a defendant offer convincing reasons for its business practices”.* Traducción libre.

(caso *Brooke Group*) y licitación predatoria (caso *Weyerhaeuser*). A continuación, nos referiremos brevemente a cada uno de estos casos.

3.4.1. Precios predatorios—Caso *Brooke Group*

En la decisión del caso *Brooke Group*, se estableció un test específico para evaluar la práctica de precios predatorios. En términos simples, esta práctica consiste en cobrar precios por debajo de costos con el fin de eliminar o debilitar a la competencia y, como consecuencia de ello, asumir la porción de mercado que esta tenía. Esta conducta puede causar daño a los consumidores, y aunque en el corto plazo los beneficia debido a los precios reducidos, en el largo plazo los perjudica ya que su objetivo es eliminar la competencia.

De conformidad con el *test* propuesto por la Corte Suprema en la decisión de este caso, para comprobar la predación, el demandante debe cumplir con probar que: (i) los precios establecidos por el demandado se encuentran por debajo de una medida apropiada de costos (“*relevant measure of cost*”), criterio denominado el *cost-revenue test*³², y, (ii) probar que el demandado tuvo una posibilidad razonable de recuperar pérdidas con futuros precios monopólicos. De esta manera, la Corte Suprema reconoce que los precios por debajo de costos, aun cuando puedan resultar dañinos para los competidores, no son relevantes para la normativa de competencia si no afectan el proceso competitivo.

Así, si no se verifica que existe la posibilidad de recuperar las pérdidas que supone la práctica de predación, el intento de depredar sólo implica precios más bajos en el mercado que a su vez significan un aumento en el bienestar del consumidor. En tal sentido, la Corte Suprema recoge como estándar de evaluación la “*recuperación de las pérdidas*” (“*recoupment*”), considerando que lo más importante resulta evaluar la racionalidad de la práctica.

Sin embargo, tal y como fue reconocido por la misma Corte Suprema, la carga de la prueba para el demandante de satisfacer un estándar como el establecido en este caso presenta gran dificultad, hecho que se verifica porque, de los pocos casos de precios predatorios que han sido presentados y resueltos desde entonces, muy

³² Al respecto, véase el artículo de Crane (2010) en el que se refiere al complaint de la FTC contra Intel por sus esquemas de precios y descuentos que supuestamente habrían excluido a los competidores del mercado. Señala este autor que este test requiere una comparación: “*a comparison of the defendant’s revenues and ‘appropriate’ costs to determine whether the prices offered were below cost*” (de ahí el nombre de *cost-revenue test*).

pocos se han declarado fundados. A ello se debe agregar que imponer una carga de la prueba como la señalada, puede resultar excesivo, toda vez que la capacidad de recuperación de pérdidas guarda relación con información que contienen las propias empresas, la cual es difícilmente accesible para los competidores denunciados. En tal sentido, en estos casos, la empresa denunciada se encuentra en mejor capacidad de brindar la información requerida para la aplicación de este estándar.

Opositores de esta decisión señalan que una dificultad adicional para satisfacer el estándar es que la Corte Suprema no habría cumplido con establecer cuándo nos encontramos frente a precios por debajo de la medida adecuada, lo cual genera una situación de incertidumbre.

3.4.2. Licitaciones predatorias–Caso Weyerhaeuser

En el este caso, la Corte Suprema de los Estados Unidos estableció qué estándar debía ser aplicado para el análisis de las licitaciones predatorias. Esta práctica consiste en el ejercicio de poder monopólico en el mercado de compra, mediante el cual un comprador ofrece pagar un precio tan alto que sus rivales ya no se encuentran en capacidad de competir con él, logrando este adquirir un poder de monopsonio. Una vez que dicho comprador ha logrado sacar del mercado a sus competidores, dicho comprador tratará de rebajar los precios de los insumos para obtener beneficios supra competitivos que compensen las pérdidas que sufrió en las licitaciones predatorias.

En esta decisión, la Corte Suprema concluyó que la práctica de licitaciones predatorias, en el fondo, es muy similar a la práctica de precios predatorios, razón por la cual decidió extender el criterio aplicado en el caso *Brooke Group* a las licitaciones predatorias.

Así, en el marco de una demanda por licitación predatoria, el demandante deberá probar que el demandado tiene probabilidades de recuperar las pérdidas sufridas en las licitaciones predatorias a través del ejercicio de poder de monopsonio.

3.5. ¿Rumbo a una regla universal para evaluar las conductas unilaterales?

Tras las decisiones sobre precios predatorios y licitaciones predatorias, la Corte Suprema de los Estados Unidos pareció preocuparse más que por elaborar tests específicos para cada conducta unilateral, por elaborar un test único. Ejemplo de ello son los casos *Trinko* y *Microsoft*.

3.5.1. Caso Trinko

En este caso, pese a los argumentos planteados por el DOJ y la FTC, la Corte Suprema decidió que no era conveniente elaborar un test específico para la negativa unilateral de trato, y en general, para las conductas bajo la Sección 2 de la SAA (conductas unilaterales). Ello se debe a que consideró que los beneficios que podrían obtenerse en determinados casos, eran muy pocos en comparación con el costo que suponen los *false positives*. Así, la Corte Suprema señaló en su decisión que “[i]nferencias equivocadas y las resultantes falsas condenas son especialmente costosas, pues desincentivan las conductas que la ley antimonopolio busca proteger”³³.

El caso involucró acusaciones de que Verizon había evitado brindar a sus rivales los servicios de interconexión requeridos por la Telecommunications Act de 1996.

Al darle la razón a Verizon, la Corte enfatizó que, habiendo un marco regulatorio diseñado para remediar los daños anticompetitivos, no se justificaba ampliar el ámbito de aplicación de la Sección 2.

Cabe anotar que la decisión no tomó en cuenta la invocación de la FTC y el DOJ, quienes recomendaron en un *amicus brief* que la Corte Suprema empleara el *profit sacrifice /no –economic –sense test* al evaluar la conducta de Verizon (lo que también llevaba a exculparlo). Asimismo, propusieron que, a falta de una regla específica se usara el *disproportionality standard*³⁴.

Con dicha decisión, la Corte Suprema manifiesta su preocupación respecto al efecto de la aplicación de las normas de competencia, y en especial, el riesgo de que estas deriven en *false positives*. Anotó que, incluso si los *false positives* no existieran, el tipo de conducta involucrado (negativa a contratar) se encontraría fuera de la capacidad de control de una Corte, por la regulación detallada y continua que requeriría.

³³ Trinko, 540 U.S. at 407. “Mistaken inferences and the resulting false condemnations “are especially costly, because they chill the very conduct the antitrust laws are designed to protect”. Traducción libre.

³⁴ Grimm (2008) pp. 10-11.

3.5.2. Caso Microsoft

La decisión del caso Microsoft ya mencionado, contiene la más reciente opinión sobre la aplicación de estándares en la evaluación de conductas unilaterales. En esta decisión, la Corte sostuvo que el reto estriba en elaborar una regla general que cumpla con identificar cuándo nos encontramos frente a actos exclusorios que reducen el bienestar social o actos competitivos que lo incrementan.

El estándar de análisis desarrollado por la Corte en esta decisión, el cual ha sido denominado por algunos autores como el *balancing test*, no es sino la regla de la razón (*rule of reason*), utilizada para analizar los casos que se encuentran bajo la Sección 1 de la SAA, aplicables también a las conductas unilaterales, tal y como lo anticipara el caso *Standard Oil*. Cabe anotar que las autoridades de competencia habían solicitado a la Corte usar el *no business sense test*.

El *balancing test* se encuentra compuesto por las siguientes etapas: (i) corresponderá que el demandante cumpla con probar que la conducta bajo análisis genera un efecto adverso en el proceso competitivo; (ii) el demandado deberá dar una justificación pro competitiva para su conducta, por ejemplo, si ella genera una mayor eficiencia en el mercado, o si supone un beneficio para los consumidores; y (iii) el demandante podrá refutar la justificación aportada por el demandado y, de ser el caso que no pueda hacerlo, deberá probar que el daño anticompetitivo que genera la conducta bajo análisis supera al beneficio pro competitivo.

Se ha anotado³⁵ como crítica respecto de la poca utilidad de este estándar que, si bien se le denomina *balancing test*, las Cortes en la práctica no hacen “balance” alguno de los efectos. Así, en el caso *Microsoft* sólo los efectos de una de las conductas materia de demanda fueron “balanceados” y en las conductas en que se encontró responsabilidad del demandado, fue sobre la base de la presentación del demandante del efecto anticompetitivo generado, acompañada de la incapacidad de Microsoft de ofrecer alguna justificación competitiva³⁶. No obstante, hay quienes consideran esto una bondad del test y una prueba de que el peligro de *false positives* no es tan grave:

“El riesgo de false positives debido a la incertidumbre del balance bajo la regla de la razón es efímero. Casi todas las aplicaciones de la

³⁵ U.S. DOJ 2008: 38.

³⁶ Grimm (2008) p.14.

regla de la razón no involucran un balance. Los casos son resueltos, típicamente, sea por una falta de prueba por el demandante del daño al consumidor o por una falta del demandante de probar una justificación conocible. Los casos en que hay una real necesidad del balance son notoriamente raros y no pueden proveer una base razonada para sistemáticamente favorecer al monopolista”³⁷.

Cabe anotar que en este contexto, se puede aducir que una prueba de justificación legítima, sin más, sería suficiente para que la defensa tenga éxito, sin efectuar un “balance”. Según Jacobson (2002), en todo caso, la idea de que un demandante siempre puede demostrar que los efectos procompetitivos son sobrepasados por los anticompetitivos resultaría más consistente con el análisis prevaleciente de la regla de la razón³⁸.

Sin perjuicio de lo indicado, cabe señalar que un sector de la doctrina considera que la principal ventaja que supone el estándar de análisis de la regla de la razón, es que se enfoca directamente en el bienestar del consumidor –objetivo primordial de las leyes de competencia– y en el efecto de la conducta en el mercado. Así, por ejemplo, se ha dicho respecto de la regla de la razón que *“hay un entendimiento básico de que un demandante debe demostrar un real o probable daño al consumidor, en el sentido de un incremento en el precio o una reducción de la producción, calidad o elección”³⁹.*

Otra ventaja que se ha anotado respecto de dicho estándar es que, al ser flexible, puede ser utilizado para evaluar diversos tipos de conducta.

No obstante ello, es la misma flexibilidad de este estándar la que despierta críticas respecto de la idoneidad de su aplicación. Así, hay quienes señalan que este test resulta muy difícil de administrar y puede tener como resultado que las empresas no tengan certidumbre de qué conductas específicas son las que suponen

³⁷ Jacobson (2008) p. 4 *“The risk of false positives due to the uncertainty of balancing under the rule of reason is ephemeral as well. Substantially all applications of the rule of reason involve no balancing. Cases typically are resolved either by a failure of the plaintiff to demonstrate harm to competition or by a failure of the defendant to demonstrate a cognizable justification. Instances where there is a genuine need to balance are exceedingly rare and cannot provide a reasoned basis for systematically favoring the monopolist”*. Traducción libre.

³⁸ Jacobson (2002) p. 369.

³⁹ Jacobson (2002) p. 364. *“...there is a basic agreement that a plaintiff must demonstrate actual or probable consumer harm in the sense of an increase in price or reduction in output, quality or choice”*. Traducción libre.

infracciones a la ley de competencia, lo cual a su vez puede generar que las mismas se abstengan de desarrollar conductas pro-competitivas. Ello por cuanto no es normal que las empresas hagan un análisis como el “balancing test” antes de emprender un curso de acción en los negocios. Adicionalmente, hay quienes opinan que tal desincentivo a conductas competitivas no existe⁴⁰.

3.6. Otros tests propuestos

Adicionalmente a los tests que han sido desarrollados por la jurisprudencia norteamericana, en los últimos años, y con motivo del intenso debate respecto de cuál es la manera adecuada de analizar las conductas unilaterales, se han propuesto tests diversos.

Todos ellos persiguen los mismos objetivos: (i) identificar cuándo nos encontramos frente a una conducta que perjudica o puede perjudicar la competencia, y (ii) permitir que las empresas cuenten con las herramientas suficientes para evaluar de manera adecuada la legalidad de sus conductas antes de realizarlas.

Como se ha mencionado, mientras la mayoría de las propuestas apuntan a establecer una regla universal para el análisis de las conductas unilaterales, hay quienes han planteado que es preciso elaborar tests específicos para cada tipo de conducta unilateral, lo que eliminaría la necesidad de aplicar la regla de la razón.

Asimismo, otros autores proponen que no se adopten tests específicos para todas las conductas unilaterales, sino sólo para algunas de ellas, y que para aquellos casos en los cuales no sea posible aplicar un test específico, exista un test determinado que en su defecto se aplique. Esta es la opinión del Informe del DOJ, en el que se señaló la importancia de continuar trabajando en desarrollar tests específicos, y en caso ninguno de ellos pueda ser aplicable, se aplique el *disproportionality test*⁴¹.

⁴⁰ Vid. Kolasky (2008) p 4. “... based on my own experience in counseling clients over more than thirty years, I have seen few, if any, instances in which any client was deterred from procompetitive conduct because of fear of antitrust liability.” En similar sentido, véase, Jacobson 2009: 3. “The risk of harmful false positives is ephemeral. The DOJ Report cites no example of a harmful false positive over 118-year history of Section 2, and none comes to mind. Reasonable observers can differ over the correctness of the outcomes in particular cases, but there is simply no reason to believe that false positives are any more prevalent than false negatives. The available evidence suggests, on the contrary, that false negatives significantly outnumber false positives”.

⁴¹ US DOJ (2008) p 46. “The Department will continue to work to develop conduct-specific test and safe harbors. However, in general, the Department believes that, when a conduct-specific

A continuación, se hace referencia a otros tests que hasta la fecha han sido propuestos para la evaluación de las conductas unilaterales en los Estados Unidos.

3.6.1. Profit sacrifice test

Según este test, la conducta debería ser considerada anticompetitiva cuando involucre un sacrificio de ganancias de la empresa demandada que resultaría irracional si no tuviera una tendencia a eliminar o reducir la competencia. Así, se pregunta si una empresa, mediante la conducta cuestionada, ha sacrificado ganancias de corto plazo con la expectativa de recuperarlas en el futuro, una vez que los demás competidores hubieren salido del mercado. Se enfoca, pues, en el impacto de la conducta en las ganancias de corto plazo del monopolista.

La principal ventaja que representa este test es su *administrabilidad* y su consecuente aporte como guía para las empresas, hecho que incrementa la probabilidad de que estas busquen desarrollar conductas pro-competitivas.

Sin embargo, hay quienes discrepan con la validez de este estándar, al considerar que este podría tener como consecuencia que se presenten *false positives*. En efecto, se dice que el test no distingue entre sacrificio anticompetitivo e inversión procompetitiva. Muchas inversiones significan sacrificio de ganancias en el corto plazo, con la expectativa legítima de incrementarlas en el futuro “quitando negocios” a los competidores. Se corre pues, el riesgo de que se termine condenando conductas que no son ilícitas, desincentivando la realización de inversiones pro-competitivas, así como la innovación de productos. Asimismo, es posible que en el afán de alcanzar beneficios positivos, la empresa adopte decisiones desacertadas o cometa errores que generen pérdidas y ello pueda ser calificado bajo este estándar como anticompetitivo.

3.6.2. No economic sense test

Se le considera una variante del test anterior y frecuentemente se analizan como equivalentes. El test *no economic sense* exige que se verifique que la conducta bajo análisis no tenga sentido económico para la empresa salvo en el propósito de eliminar o restringir la competencia. Así, si bien una empresa puede no estar sacrificando ganancias, su conducta puede ser condenada si no constituye una

test is not applicable, the disproportionality test is likely the most appropriate test identified to date for evaluating conduct under section 2”. Traducción libre.

actuación económica considerada racional, aparte de su intención de afectar la competencia.

Al igual que en el caso del test anteriormente descrito, el test del *no economic sense* tiene como ventaja su administrabilidad. No obstante ello, los críticos de este estándar sostienen que probablemente no logre identificar todos los tipos de conducta unilateral que generen efectos anticompetitivos en el mercado, al ser el caso que este no toma en consideración en el análisis los efectos de la conducta sobre el bienestar del consumidor.

3.6.3. Equally efficient competitor test

Según el test del *equally efficient competitor*, propuesto por Richard Posner, una conducta será considerada como exclusoria cuando se evidencie que esta es idónea para excluir del mercado a un competidor que es al menos tan eficiente como la empresa que realiza la conducta.

Así, según Posner (2008): “...las prácticas que excluyan sólo a empresas menos eficientes, como aquellas en que el monopolista rebaja su precio cerca de (pero no debajo de) su costo, no son accionables, pues se busca fomentar la eficiencia”⁴². Se entiende, entonces, que sólo aquella práctica que ocasione la salida del mercado de un competidor tan eficiente como el dominante resultaría anticompetitiva.

La principal ventaja que representaría este test es que está diseñado con el fin de permitir que las empresas puedan obtener provecho de su propia eficiencia y protege la competencia generada por aquellos competidores eficientes.

Sin embargo, hay quienes sostienen que este estándar no es acertado⁴³, pues parte de una premisa equivocada, al no tomar en cuenta que la entrada al mercado de un competidor menos eficiente puede ser capaz de estimular la competencia y fomentar la reducción de precios en el mercado en un escenario de monopolio. Por ejemplo, en mercados de desarrollo incipiente donde la competencia está empezando, comparar la eficiencia de los entrantes con el monopolista no resulta

⁴² US DOJ (2008) p. 43. Traducción libre de siguiente texto: “[P]ractices that will exclude only less efficient firms, such as the monopolist’s dropping his price nearer to (but not below) his cost, are not actionable, because we want to encourage efficiency”.

⁴³ Gavil. (2004).

adecuado. Así se favorecería los *false negatives*, al permitir exonerar al dominante en sus prácticas contra los competidores entrantes que dinamizarían el mercado.

Además, este test es difícil de administrar pues determinar lo que constituye un *equally efficient competitor* no es sencillo.

3.6.4. Disproportionality test

Este test es muy similar al *balancing test* aplicado en el caso *Microsoft*. A diferencia de aquel, bajo el estándar propuesto por el *disproportionality test*, una conducta será considerada prohibida sólo cuando sus efectos anticompetitivos superen sustancialmente cualquier beneficio pro competitivo.

Este test fue defendido en el informe del DOJ antes citado como el estándar de análisis por *default* adecuado, es decir, el que es deseable que se aplique a falta de un test jurisprudencial específico para una conducta determinada.

La principal ventaja de este test es que reduce la necesidad de balancear los efectos pro-competitivos y anticompetitivos, pues exige que la diferencia entre los mismos sea sustancial, haciéndola de cierta manera más tangible. No obstante ello, la incertidumbre que su aplicación práctica supone es una debilidad que pareciera mantenerse al igual que en el *balancing test*.

Además, la dimensión de la desproporción sustancial resulta crítica ¿es un 60/40 o un 80/20?

3.6.5. Impairing rivals efficiencies test

Este test recoge las teorías respecto del incremento de costos de los rivales⁴⁴ (*raising rivals' costs*) y se basa en dilucidar si la pretendida conducta exclusoria incrementa el poder de mercado del monopolista (i) sólo debido a que este ha aumentado su eficiencia o (ii) ha reducido la eficiencia de los rivales, sea que mejore o no la eficiencia del monopolista. Así, si la conducta cuestionada incrementa el poder de mercado sólo mediante la contribución de la propia eficiencia del dominante será considerada legítima. Empero, si el aumento del poder de mercado se debe en parte a la restricción de la eficiencia de los competidores, entonces la conducta será ilegal.

⁴⁴ Salop (2007).

Este test ha merecido menos atención que los anteriores, posiblemente, entre otras razones, por su corte intervencionista pues, de acuerdo con él, bastaría que la eficiencia de los competidores se vea afectada para que se sancione al dominante, quien puede haber realizado esa práctica por razones de mayor eficiencia propia, lo que, ciertamente, no merecería sanción.

IV. La regulación de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas (LRCA) peruana

4.1. Análisis del efecto exclusorio según la LRCA

En este apartado nos referiremos a la regulación nacional sobre el abuso de posición de dominio o lo que se ha venido denominando “prácticas o conductas unilaterales”. Al respecto cabe mencionar, en primer lugar, que un aspecto positivo del Decreto Legislativo 1034, LRCA, respecto de estas prácticas, es haber señalado expresamente que para sancionar el abuso de posición de dominio es necesario comprobar el efecto exclusorio de la conducta.

En efecto, el artículo 10.2. de la Ley, al regular el abuso de posición de dominio⁴⁵ establece que este “ (...) **podrá consistir en conductas de efecto exclusorio tales como (...)**” y a continuación enumera de manera no taxativa, las conductas que pueden configurar tal abuso, como la negativa injustificada a contratar, la discriminación injustificada, cláusulas de atadura, entre otras, concluyendo con un literal a modo de cajón de sastre para incluir a “**aquellas conductas que impidan o dificulten el acceso o permanencia en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica**”. Es decir, todos los supuestos de los incisos a) al g) del artículo 10.2. son casos de conducta unilateral exclusoria para la LRCA, o que deben tener ese efecto para ser sancionables⁴⁶.

El destacar la mención en la LRCA al efecto exclusorio puede parecer innecesario, toda vez que puede considerarse evidente que una conducta que no tiene tal efecto no puede afectar la competencia. Sin embargo, considerando la

⁴⁵ Cabe anotar que la Ley sanciona, además del abuso de posición de dominio, las prácticas colusorias horizontales y verticales. Se ha pasado de un esquema dual (Decreto Legislativo 701), según el cual se sancionaba por un lado el abuso de posición de dominio y, de otro lado, las prácticas restrictivas de la competencia, a un esquema tripartito.

⁴⁶ Dicha conducta consiste, en síntesis, en lo que se conoce en la doctrina norteamericana como *predation*, es decir, el empleo de prácticas comerciales para sacar del mercado a competidores por razones distintas a los propios méritos. Véase Bork (1993) pp. 134-160.

historia de la jurisprudencia relativamente reciente, podemos resaltar tal mención como un acierto de la Ley.

En efecto, estas precisiones no existían en la legislación anterior sobre abuso de posición de dominio (Decreto Legislativo 701), lo que permitió variar el criterio jurisprudencial (que desde los inicios de la vigencia de esa norma venía interpretando consistentemente que se requería probar un efecto exclusorio) para interpretar que se podían sancionar prácticas sin tal efecto, como los “precios excesivos” o las negativas arbitrarias de trato, esto es, cuando la negativa a contratar no involucra a un competidor directo o indirecto del dominante⁴⁷.

Así, antes de la nueva Ley, el Tribunal del Instituto de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (en adelante, “INDECOPI”) varió el criterio uniforme de la jurisprudencia anterior, que consideró sancionables las prácticas unilaterales sólo cuando se verifica un efecto exclusorio, esto es, un beneficio competitivo indebido para el dominante, para interpretar que tal efecto no era imprescindible, puesto que el perjuicio que se cause con la conducta unilateral puede ocasionarse “a otros en general”⁴⁸ y no a los competidores directos o indirectos de quien realizaba la práctica. Así, bajo tal criterio, se interpretó que si el precio excesivo o la negativa arbitraria generaban perjuicios aunque no fueran anticompetitivos, se sancionaba bajo la norma de competencia por un supuesto perjuicio al “interés económico general”⁴⁹.

⁴⁷ Cabe señalar que, con la modificación introducida con la nueva Ley, ha quedado claro que no es posible sancionar las negativas de trato arbitrarias, figura que había sido aplicada de forma incorrecta por OSIPTEL e INDECOPI, en casos referidos a negativas injustificadas a contratar. Por ello, si la empresa que niega acceso no compite directa ni indirectamente (a través de una empresa vinculada) con el solicitante, la negativa debe presumirse legítima. Ello, porque si una empresa, aun con posición de dominio, no va a obtener beneficios competitivos con su negativa, en tanto no perjudicará a un competidor, debe entenderse que esta responde a una razón comercial válida.

⁴⁸ PERÚ: Congreso de la República (1991). Decreto Legislativo 701: Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado el 7 de noviembre de 1991.

“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. (...)”

⁴⁹ PERÚ: Congreso de la República (1991). Decreto Legislativo 701: Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado el 7 de noviembre de 1991.

“Artículo 3.- Están prohibidos y serán sancionados, de conformidad con las normas de la

Recogiendo la preocupación de que se pudiera retornar al criterio de permitir sancionar tales conductas⁵⁰, la Ley zanja la discusión al señalar en el artículo 10.5 que, “*No constituye abuso de posición de dominio el simple ejercicio de dicha posición sin afectar a competidores reales o potenciales*”. Es decir, una conducta que consista en beneficiarse económicamente de ostentar posición de dominio fijando el precio que se crea conveniente o que implica negarse a contratar con alguien que no es competidor, no es sancionable. Ello porque no existe razón alguna para que el derecho de la competencia se aplique, en tanto la conducta no sólo no afecta a competidores del dominante, sino que no afecta el proceso competitivo.

Así, aunque parezca tautológico, la sanción por vulnerar la competencia se justifica en casos en que el dominante busque causar un perjuicio al proceso competitivo, para reforzar indebidamente su posición de dominio en un mercado determinado en el que él participa directa o indirectamente. Por ello, si la conducta unilateral va a afectar a un tercero que no participa en dicho mercado, o si el dominante ejerce su libertad de fijar precios, no generará el efecto anticompetitivo que es sancionado por la legislación de competencia. En tal sentido, el “daño” que sufra, por ejemplo, el afectado por la negativa arbitraria no es uno que deba preocupar a la legislación de competencia. Como es evidente, esta legislación no debe aplicarse para solucionar todo tipo de problemas⁵¹, sino sólo aquellos que revelen una afectación del proceso competitivo.

En este orden de ideas, el artículo 10.1. de la Ley, al recoger el concepto de abuso de posición de dominio, introduce una mejora respecto del artículo 5 del Decreto Legislativo 701⁵², en tanto establece que, para que exista abuso, el dominante debe causar perjuicios a competidores reales o potenciales directos o indirectos y no simplemente “a otros”, como señalaba la norma anterior, lo que permite evitar

presente Ley, los actos o conductas, relacionados con actividades económicas, que constituyen abuso de una posición de dominio en el mercado o que limiten, restrinjan o distorsionen la libre competencia, de modo que se generen perjuicios para el interés económico general, en el territorio nacional.”

⁵⁰ Esta fue una preocupación que se evidenció en los comentarios y discusiones al Proyecto del Decreto Legislativo 1034 recibidos por INDECOPI.

⁵¹ O peor aún, pretender vía decisiones *ex post* establecer mecanismos de regulación *ex ante*, que fue lo que ocurrió con las negativas arbitrarias de trato de empresas de distribución de energía respecto de empresas de telecomunicaciones, casos en los que se buscaba obligar a contratar pese a no existir efecto anticompetitivo alguno, porque se quería obtener el resultado de lograr el acceso a un mercado (televisión por cable) de un no competidor del supuesto dominante.

⁵² Ver nota al pie N° 45.

cualquier duda respecto al carácter exclusorio de la conducta sancionable. Así, de acuerdo al artículo 10.1.:

“[s]e 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”.

Como se advierte, además del perjuicio a un competidor, se requiere de la obtención de un beneficio competitivo por el dominante aunque, en realidad, ese beneficio puede considerarse la contraparte del perjuicio a la competencia, es decir, lo que se sanciona es que la empresa dominante se beneficie por su conducta exclusoria (que perjudica el proceso competitivo y a sus competidores) y no en razón de su propia eficiencia.

Así, la conducta exclusoria es aquella desarrollada de forma indebida por un agente económico con el propósito de evitar o restringir la entrada de competidores al mercado, eliminar a los competidores existentes o limitar sus actividades o crecimiento, por razones distintas a la propia eficiencia económica o mejor desempeño. De no tener en cuenta esta precisión, se generaría un daño al mercado, al sancionarse a empresas que no han incurrido en conductas que afecten el proceso competitivo sino que se ha comportado racionalmente.

Ello es consistente con lo dispuesto en el artículo 1 que establece que, *“La presente Ley prohíbe y sanciona las conductas anticompetitivas con la finalidad de promover la eficiencia económica en los mercados para el bienestar de los consumidores”*. En comparación con la redacción del Artículo 1 del Decreto Legislativo 701⁵³, este texto es más preciso al referirse de manera expresa a la

⁵³ PERÚ: Congreso de la República (1991). Decreto Legislativo 701: Decreto Legislativo contra las Prácticas Monopólicas, Controlistas y Restrictivas de la Libre Competencia, publicado el 7 de noviembre de 1991.

“Artículo 1.- La presente Ley tiene por objeto eliminar las prácticas monopólicas, controlistas y restrictivas de la libre competencia en la producción y comercialización de bienes y en la prestación de servicios, permitiendo que la libre iniciativa privada se desenvuelva procurando el mayor beneficio de los usuarios y consumidores”.

Si bien es cierto que normalmente la doctrina y jurisprudencia entendieron la referencia al “bienestar de los consumidores”, incluida en el Artículo 1 del Decreto Legislativo 701, configuraba una remisión al criterio de eficiencia económica, la aclaración es adecuada.

eficiencia económica como medio para lograr el bienestar de los consumidores⁵⁴. El concepto de “interés económico general” contenido en el Decreto Legislativo 701 es ciertamente más vago y como tal, puede prestarse a interpretaciones que desnaturalicen el derecho de la competencia. Así, pues, resulta positivo que este concepto se haya eliminado, para evitar cualquier riesgo de interpretaciones “creativas” que introduzcan distorsiones en la Ley.

Resulta claro, entonces, que para que se evidencie la afectación de la competencia debe verificarse como elemento adicional el efecto predatorio o exclusorio de la conducta o, en otras palabras, se requiere expresamente acreditar el perjuicio al proceso competitivo y el beneficio competitivo del infractor, con el consiguiente efecto exclusorio de competidores, para que se configure un abuso de posición de dominio. En una resolución reciente⁵⁵, la Comisión de Libre Competencia ha confirmado este criterio.

En suma, lo que sanciona la LRCA no es el mero perjuicio a un competidor determinado (pues ello puede ser resultado de ofrecer mejores bienes o servicios) sino a la competencia, es decir, cuando se afecta a competidores por razones distintas a la mayor eficiencia o mejores prestaciones en el mercado.

Por tanto, la LRCA supone un avance en lo que a seguridad jurídica se refiere, por dejar en claro que se requiere verificar el efecto exclusorio para sancionar una práctica, impidiendo que el solo ejercicio de poder económico sea cuestionado, ya

⁵⁴ Siguiendo este criterio, y de forma acertada, la nueva Ley también ha eliminado la alusión contenida en el Decreto Legislativo 701 a que las prácticas son sancionadas cuando “(...) se generen perjuicios para el **interés económico general**”. Concepto que permitió sancionar negativas de trato “arbitrarias”, argumentar que era factible sancionar “precios explotativos” y aceptar justificaciones para los carteles de precios.

⁵⁵ Resolución N° 054-2010/CLC-INDECOPI

“...para que se configure un abuso de posición de dominio, el infractor debe obtener beneficios y causar perjuicios. Este requisito se refiere a la necesidad de verificar que la infracción denunciada redujo la competencia a favor del presunto infractor (o de alguna empresa vinculada) en detrimento de sus competidores reales o potenciales, directos o indirectos, disminuyendo el bienestar de los consumidores.

Concretamente, el fin de obtener beneficios y causar perjuicios se verifica cuando la infracción denunciada produjo o puede producir: (i) el efecto de otorgar, mantener o incrementar el poder de mercado del presunto infractor (beneficio anticompetitivo) y, a la vez, (ii) el efecto de provocar la salida, dificultar la entrada o limitar el crecimiento de uno o más competidores directos o indirectos del presunto infractor (perjuicio anticompetitivo). No obstante, estos efectos reales o potenciales no son sancionables cuando son consecuencia de la búsqueda de la mayor eficiencia económica por parte del presunto infractor.”

que este será legítimo en tanto no tenga un efecto anticompetitivo. Al igual que en el caso norteamericano, nuestra ley entiende dicho efecto como la afectación al proceso competitivo y no al “interés general” u otra fórmula vaga o excesivamente amplia. Tampoco se entiende como el perjuicio a un competidor en particular que no provenga de una afectación a la competencia.

Así, desde la perspectiva del derecho de la libre competencia, si bien las empresas que ostentan posición de dominio pueden generar preocupación debido a que, precisamente por gozar de tal poder, se encuentran en la capacidad de desarrollar conductas que distorsionen la competencia y, en consecuencia, generar un daño a los consumidores, esta preocupación no se ve materializada sino hasta que se hace un uso indebido de dicha posición mediante actos de abuso de posición de dominio. De tal manera que, la conducta de una empresa dominante es legal si no conlleva una afectación a la competencia.

Encontramos así que, de acuerdo a la Ley, para sancionar a una empresa por una conducta unilateral se requiere de la conjunción de dos requisitos: contar con posición de dominio⁵⁶ e incurrir en alguna conducta que implique un perjuicio a la competencia, lo que supone probar que la conducta anticompetitiva tiene o podría tener efectos exclusorios.

Como se ha mencionado anteriormente, el primer elemento –posición de dominio– por sí solo no es suficiente para determinar la existencia de una infracción. Por ello, la LRCA, en su artículo 7.2. señala que, “*la sola tenencia de posición de dominio no constituye una conducta ilícita*”. Ello se deriva de nuestro

⁵⁶ De acuerdo con el artículo 7.1 de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas:

“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.*

(...)

marco constitucional⁵⁷ que no prohíbe ni sanciona obtener y ostentar una posición de dominio, en tanto, en un régimen de economía social de mercado, la eficiencia económica determina el triunfo de los agentes que desarrollen mejor sus procesos productivos y logren con ello la preferencia de los consumidores. Si esta preferencia es mayoritaria puede conllevar un mayor poder de mercado, que eventualmente puede implicar, junto con otros elementos, la existencia de posición de dominio. Sólo cuando la conducta que realice la empresa con tal posición afecte la competencia es que puede sancionarse. En consecuencia, una vez verificada la posición de dominio, el segundo elemento descrito –efecto exclusorio de la conducta– resulta esencial para determinar la ilicitud de la práctica.

En cuanto a la forma de análisis del abuso de posición de dominio, la regulación de las conductas anticompetitivas establecida en la Ley contiene una notoria diferencia en relación con la norma derogada, en tanto desarrolla las dos modalidades de prohibición dentro de las cuales encajan las diversas conductas anticompetitivas (prácticas colusorias y prácticas unilaterales). Así tenemos: (i) la prohibición absoluta⁵⁸ (que sería asimilable a la denominada regla *per se*); y (ii) la prohibición relativa⁵⁹ (que según la Sala sería equivalente a la denominada regla de la razón⁶⁰).

Si bien las reglas *per se* y de la razón fueron desarrolladas anteriormente en la jurisprudencia de INDECOPI emitida bajo la vigencia del Decreto Legislativo 701, esta no fue uniforme al respecto pues en años relativamente recientes cuestionó tales estándares. Es por ello que la consagración a nivel legal de la naturaleza de las prohibiciones y los casos a los que se aplica, limita la discrecionalidad de

⁵⁷ Nuestro texto constitucional señala lo siguiente:

“Artículo 61°.- El Estado facilita y vigila la libre competencia. Combate toda práctica que la limite y el abuso de posiciones dominantes o monopólicas (...)”

⁵⁸ 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.

⁵⁹ Artículo 9.- Prohibición relativa.-

En los casos de prohibición relativa, para verificar la existencia de la infracción administrativa, la autoridad de competencia deberá probar la existencia de la conducta y que ésta tiene o podría tener, efectos negativos para la competencia y el bienestar de los consumidores.

⁶⁰ En una resolución emitida luego de la dación de la Ley, la Sala de Defensa de la Competencia N° 1, ha señalado que el estándar que contiene la prohibición relativa “*es conocido en la doctrina antitrust estadounidense como la Regla de la Razón (Rule of reason) y es utilizado para analizar los casos de restricciones verticales*. Ver Resolución N° 0068-2009/SC1-INDECOPI. Pie de Página N° 32.

la autoridad, brindando mayor predictibilidad a los agentes económicos. En esa medida, la Ley resulta ciertamente positiva.

Así, de conformidad con la LRCA, en casos de prohibición absoluta, para que se verifique la ilegalidad bastará con probar la existencia de la conducta⁶¹.

De otro lado, en los casos de prohibición relativa, además de probarse la existencia de la conducta anticompetitiva, deberá probarse que esta tiene o puede tener, efectos negativos para la competencia y bienestar de los consumidores.

Así, todos los casos de conductas desarrolladas por una sola empresa (prácticas unilaterales), esto es, actos de abuso de posición de dominio, constituyen prohibiciones relativas. Ello significa que es necesario analizar los efectos de la conducta, para determinar si ésta es anticompetitiva o no.

Por interpretación sistemática debe entenderse que, en los casos de abuso de posición de dominio que son prohibiciones relativas, el efecto negativo para la competencia que debe probarse según el artículo 9, es el efecto exclusorio al que alude el artículo 10. Así, los efectos que deberán probarse para sancionar son los beneficios para la empresa dominante y perjuicios a los competidores que afecten el proceso competitivo, esto es, que generen un daño distinto al resultante de la propia eficiencia de la dominante, que será un daño concurrencial lícito. Es como resultado del análisis de si existen o no efectos negativos para la competencia y consecuentemente, beneficios indebidos para la empresa, que se llega a la conclusión de si hay o no un efecto exclusorio, es decir, una afectación al proceso competitivo.

Ahora bien, recogiendo la discusión de la doctrina estudiada en las secciones anteriores, puede debatirse si la LRCA ha optado por un solo estándar o si más bien, la regla de la prohibición relativa es amplia y admite la aplicación de diversos tests, incluyendo la posibilidad de aplicar estándares específicos para determinadas conductas unilaterales.

Como se puede advertir, lo cierto es que la prohibición relativa no es definida legalmente como la regla de la razón, por lo que podría admitir varias interpretaciones o, en otros términos, la aplicación de distintas formas de determinar

⁶¹ La Ley establece los siguientes casos de prohibición absoluta: acuerdos de fijación de precios o condiciones comerciales o de servicio, limitación de la producción, el reparto de mercado y establecer posturas o abstenciones en licitaciones, subastas públicas y remates.

los efectos negativos en la competencia y bienestar de los consumidores. Con ello, podría admitirse que en nuestro sistema jurídico tiene cabida un debate similar al que se ha dado en los Estados Unidos. Es más, todo depende de cómo se entienda o defina la “regla de la razón” esto es, si es un *test* único o una forma de análisis amplia que admite la aplicación de tests específicos para determinadas prácticas que la jurisprudencia irá desarrollando, de ser necesario. Como ya hemos señalado en 2, este es el corazón del debate en dicho país.

No obstante lo mencionado anteriormente y las innovaciones introducidas por la LRCA, como ya señalamos, durante gran parte del tiempo de vigencia de la legislación nacional previa, se aplicó la regla de la razón sin que la ley hiciera una referencia expresa a ella. A continuación se presentan algunos ejemplos de su aplicación.

4.2. Jurisprudencia de abuso de posición de dominio

En primer lugar, cabe anotar que los casos que se citan a continuación confirman lo señalado al inicio del presente artículo: el análisis de la conducta unilateral no es sencillo y las opiniones divididas de las instancias a cargo de resolverlos lo demuestran.

Un ejemplo de ello es el procedimiento seguido por Telecable con Telefónica del Perú, Telefónica Multimedia y los canales por cable Fox y Turner⁶². Si bien, en estricto, no es un caso de conducta unilateral sino una práctica vertical, se analizó también como abuso de posición de dominio⁶³. En dicha oportunidad, Telecable denunció a Telefónica Multimedia por haber infringido la normatividad de libre competencia al celebrar convenios de exclusividad con Turner y Fox para transmitir determinados programas. De acuerdo a Telecable, la práctica descrita resultaba anticompetitiva en tanto se impedía el acceso a los competidores a la programación considerada más importante para los consumidores del servicio de televisión por cable. El Cuerpo Colegiado Ordinario (CCO) de Organismo Supervisor de la Inversión en Telecomunicaciones–OSIPTEL, encargado de resolver en primera instancia, emitió un voto dividido.

⁶² Resolución N° 062-CCO-2000.

⁶³ De hecho, las prácticas verticales del artículo 11 exigen que una de las partes tenga posición de dominio, con lo cual no existe mayor diferencia en el análisis. La diferencia estará en que en el caso de prácticas verticales se sancionará a las dos empresas participantes en el acuerdo, mientras que en el abuso de posición de dominio sólo a la empresa dominante.

De acuerdo al voto de la mayoría, se declaró fundada la denuncia por considerarse que la celebración de los convenios constituía una práctica restrictiva de la libre competencia (colusión vertical) a la vez que una muestra de abuso de posición de dominio en el mercado. Así, según el voto de la mayoría, los convenios de exclusividad suscritos afectaron negativamente a competidores como Telecable y por ende a los consumidores o usuarios⁶⁴. Asimismo, se alegó que no se pudo identificar considerables efectos positivos ni potenciales efectos positivos, sobre el bienestar de los consumidores derivados de los convenios de exclusividad.

Puede advertirse que este análisis es similar al que plantea el *disproportionality test* antes comentado, sólo que invirtiendo la carga de la prueba. Así, como se ha visto, bajo el mencionado test una conducta será considerada prohibida cuando sus efectos anticompetitivos superen sustancialmente cualquier beneficio pro-competitivo, lo que deberá ser probado por el denunciante. En el presente caso se sostuvo que el denunciado no había acreditado beneficios significativos ante los posibles efectos negativos que la conducta podría generar.

Por su parte, el voto de la minoría, sostuvo que la preferencia de los consumidores varía con el tiempo, por lo que la posesión exclusiva de un canal, obliga a los competidores a generar su propia oferta, no debiendo en consecuencia considerarse a la exclusividad de un canal como un recurso imprescindible. En consecuencia, según esta posición, no habría una afectación al proceso competitivo. Bajo este contexto, más que una restricción de la competencia se encontraría un fomento de ella que, además, trae consigo un beneficio a aquellos que fueron capaces de incentivar la preferencia en el público de determinados programas (en este caso, Fox y Turner). Asimismo, se señaló que los impactos futuros (positivos) que pueden generar los contratos de exclusividad ameritan abrir un espectro temporal

⁶⁴ No concordamos con la opinión de la mayoría. Un ejemplo de la realidad apoya esta opinión. Como es sabido, la transmisión del “Campeonato Descentralizado” de fútbol a nivel nacional es realizada hace ya varios años por cable. Hasta hace un tiempo, CMD era el único canal que se beneficiaba con la transmisión de la mayoría de partidos. Sin embargo, hoy en día existe una sana competencia por adquirir los derechos de transmisión en exclusiva de los equipos más importantes. Así, mientras que CMD es titular de la transmisión de equipos como Universitario de Deportes y Alianza Lima, Direct TV es titular de la transmisión de equipos como Sporting Cristal y la Universidad San Martín. Ello implica que el usuario que adquiera tal o cual servicio de cable se verá excluido de ver determinados partidos. Sin embargo, ello justamente genera incentivos en los competidores para brindar mejores paquetes, promociones, entre otros, para obtener la preferencia de los potenciales usuarios. En tal sentido, el derecho de exclusividad sobre este paquete de programación generó, a largo plazo, el ingreso de un nuevo competidor en el mercado, y con ello una mayor oportunidad de diversificación para los usuarios.

de largo plazo, como sería la entrada de potenciales competidores. Este voto refleja una preocupación similar a la de la jurisprudencia norteamericana, por evitar *false negatives* (si es probable que una sanción equivocada desincentive conductas pro-competitivas) y hace un análisis de los efectos en el mercado y en la competencia bajo un aspecto dinámico, esto es, tomando en cuenta los efectos en el corto plazo pero también en el largo plazo.

De otro lado, en el procedimiento seguido por Depósitos Santa Beatriz S.R.L., Eleodoro Quiroga Ramos E.I.R.L y Comercial Quiroga S.R.L. contra Distribuidora Norte Pacasmayo S.R.L. (DINO), por abuso de posición de dominio en las modalidades de discriminación de precios y ventas atadas en contratos con distribuidores afiliados, el Tribunal de Defensa de la Competencia de INDECOPI⁶⁵, declaró fundada la denuncia. Ello, a pesar de que la Comisión de Libre Competencia (CLC), en primera instancia, había determinado que la diferencia de precios de venta entre los afiliados y no-afiliados se encontraba justificada. Dicho argumento se fundamentaba por la existencia de prestaciones brindadas por los afiliados con relación a efectuar publicidad y eventos, compras exclusivas y planificadas, flujo de información y ahorro de costos de instalar sucursales (supuesta discriminación) y, que la obligación de los afiliados de abastecerse exclusivamente de DINO, de todos los productos que ésta distribuye, no calificaba como una infracción en la modalidad de ventas atadas. Esto último se basaba en el hecho de que no existía coerción para adquirir dos bienes de manera conjunta y, en todo caso, los bienes atados guardaban relación con el objeto del contrato de afiliación.

Así, la CLC encontró justificaciones de eficiencia y ahorros de costos para los acuerdos y concluyó que no se apreciaron efectos negativos en el mercado, pues los distribuidores no afiliados no redujeron sus ventas. Nótese que en este caso, el “balancing”, a la manera del *balancing test* antes comentado, no fue necesario, pues al comprobarse que no se produjeron efectos negativos, la conclusión es que el acuerdo es lícito, por lo que no había posibilidad de contrastarlos con los efectos procompetitivos.

Por el contrario, el Tribunal sostuvo que la conducta de DINO “*consistente en establecer una obligación de compra exclusiva como condición para la obtención de precios menores era un ejercicio expreso de presión sobre los compradores para que se provean totalmente de esta empresa con el consiguiente efecto exclusorio hacia los competidores lo que constituía un acto de explotación abusiva exclusoria*”

⁶⁵ Resolución N° 0256-2005/TDC-INDECOPI.

únicamente posible gracias a su posición dominante”. Asimismo, el Tribunal afirmó que la conducta de DINO de imponer como condición de afiliación la compra exclusiva de todos los materiales de construcción a ésta, constituía un acto de abuso de posición de dominio en la modalidad de contratos ligados o ventas atadas. Dado que en la resolución no se advierte un análisis detallado de acuerdo a la regla de la razón y además, desconoce el análisis de los efectos de la práctica realizado por la CLC, la argumentación de la Sala se aproximaría a una ilegalidad *per se* (o prohibición absoluta), es decir, bastaría que una empresa con posición de dominio celebre acuerdos de exclusividad o cláusulas de atadura para que la conducta sea ilegal, sin entrar a analizar los efectos en el mercado.

En efecto, si bien la Sala afirma que se genera un efecto exclusorio, no explica en qué consiste éste o cómo se materializa⁶⁶. Más bien, la primera instancia había demostrado que no se verificaron tales efectos adversos, pues, como ya se ha anotado, concluyó que los distribuidores que no celebraron los contratos no perdieron negocios ni cuota de mercado.

De otro lado, en el procedimiento iniciado de oficio y luego acumulado con el iniciado por denuncia de Ferrocarril Santuario Inca Machu Picchu S.A.C., en contra de Ferrocarril Transandino S.A. (FETRANS), por abuso de posición de dominio, al haberse negado a atender su solicitud de alquiler de material tractivo y rodante formulada por la denunciante, el Tribunal de INDECOPI falló a favor de los denunciantes y sostuvo que el rechazo a la solicitud de alquiler configuraba una práctica de apalancamiento de su posición dominante⁶⁷.

Lamentablemente, en este caso, la Sala erró al establecer la posición de dominio respecto del material tractivo y rodante, pues este se encontraba disponible a través de muchos otros proveedores a nivel mundial y sin barreras a la importación u otras. A fin de sustentar su posición, el Tribunal sostuvo que a pesar de que existían alternativas viables de aprovisionamiento, también existía la posibilidad estratégica de FETRANS de reducir sus precios para eliminar a sus competidores.

Sin perjuicio de lo acertado o no de la decisión, cuyo análisis completo excede los alcances del presente artículo, cabe anotar que la Resolución reafirmó la necesidad de verificarse el efecto exclusorio para sancionar: *“Para que se configure un abuso*

⁶⁶ Por ejemplo, si con ocasión de la celebración de los contratos cuestionados, los que no lo hicieron experimentaron una reducción de cuota de mercado o similares efectos.

⁶⁷ En primera instancia la CLC declaró infundada la denuncia.

de la posición de dominio bajo la modalidad de negativa injustificada de trato, se requiere: (i) el ejercicio indebido de la posición de dominio; (ii) una negativa o rechazo injustificado a contratar con un agente económico; y, (iii) la concurrencia potencial o real de un perjuicio para un agente en particular y para el mercado en general, y un beneficio competitivo para quien se niega a contratar”. Pero, como ya se anotó, en este caso todo el análisis partió de una premisa equivocada, cual es asumir que la empresa denunciada ostentaba posición de dominio en el mercado de provisión de material tractivo y rodante cuando no la tenía. Es evidente que si se asume que no hay otras alternativas de suministro y que la empresa dominante se negó injustificadamente a contratar⁶⁸ (lo que tampoco fue el caso), entonces será más factible sustentar el efecto exclusorio. Sin embargo, si no hay posición de dominio, tal negativa, justificada o no, no puede producir daño alguno a la competencia. Tan es así, que a ese mercado actualmente han accedido nuevos competidores a prestar servicios con material tractivo y rodante provisto de otras fuentes.

4.3. Aplicación del artículo 9 en el precedente sobre prácticas verticales

Al poco tiempo de haberse dictado la LRCA, la Sala tuvo oportunidad de pronunciarse respecto a los alcances del artículo 9. En efecto, en la resolución emitida en el procedimiento seguido por Group Multipurpose S.R.L. (Gromul) y Dispra E.I.R.L. (Dispra) contra Quimpac S.A. y Clorox del Perú S.A., pese a tratarse de un supuesto de práctica colusoria vertical y no en estricto una conducta unilateral (aunque, como ya se anotó, el análisis no es sustancialmente distinto), la Sala de Defensa de la Competencia N° 1 aprobó un precedente de observancia obligatoria que contiene criterios de análisis que eventualmente podrían ser utilizados en los casos de abuso de posición de dominio. Cabe señalar que, si bien este procedimiento fue tramitado bajo la vigencia de la Ley anterior, la Sala aprovechó la oportunidad para interpretar la normativa actual⁶⁹. La estructura del análisis contenida en dicho precedente es similar a la empleada en el caso *Microsoft* ya citado. Como se sabe,

⁶⁸ En este caso también hubo una justificación de negocio que no fue aceptada por la Sala (el uso por un tercero de todo el material a través de un contrato de alquiler), bajo el argumento de que como se trataba de un material usado por una empresa vinculada (Perurail), entonces podría ser entregado en cualquier momento al denunciante pese a que ésta lo estuviera usando en su totalidad.

⁶⁹ El caso resulta anecdótico pues a pesar que nos encontramos frente a uno de los típicos casos de manual en el que se podría haber sancionado, inicialmente, a los agentes económicos sin mayores reparos por dicho acuerdo restrictivo y por las conductas desarrolladas, el largo trámite del procedimiento –aproximadamente 6 años– permitió conocer los verdaderos efectos de la conducta: los competidores aumentaron su participación en el mercado, no hubo daño a los consumidores pues el precio de lejía no subió, etc.

tanto los casos de prácticas colusorias verticales como los casos de abuso de posición de dominio, se analizan bajo la prohibición relativa, esto es, no bastará probar la realización de la conducta sino, además, los efectos negativos que esta pudiera generar.

La práctica restrictiva denunciada fue la celebración de un contrato de distribución exclusiva de hipoclorito de sodio a través del cual Quimpac (productor) le trasladó su posición de dominio a Clorox (distribuidor) en el mercado “aguas abajo”. De acuerdo al desarrollo argumentativo de la Sala, los acuerdos verticales son generadores tanto de eficiencias como de consecuencias negativas para el mercado. Por ello, en aquellos casos en los que se acredite que uno de los agentes económicos denunciados goza de posición de dominio y, además, que existe un acuerdo restrictivo de la competencia se deberá **“ponderar los objetivos restrictivos de la competencia frente a las eficiencias pro-competitivas derivadas de la práctica colusoria vertical bajo análisis”**. Hasta este punto puede advertirse que el análisis es similar al estándar que se planteó en el caso *Microsoft*.

No obstante, la Sala parecería dar un paso adicional, al señalar lo siguiente:

“(…) en caso que los objetivos restrictivos sean mayores que las eficiencias, [se deberá] determinar si la práctica colusoria vertical efectivamente tuvo un resultado negativo, o tuvo la potencialidad de causar un resultado lesivo concreto, para la competencia y el bienestar de los consumidores (lo cual traduce una afectación al interés económico general), pues de lo contrario, “la restricción vertical no será declarada como infracción, pese a que pudiera tener el objeto de restringir la competencia”⁷⁰.

Este paso adicional podría hacer pensar que se está acogiendo el *disproportionality test*. Sin perjuicio de ello, consideramos que en realidad, es un paso reiterativo o que reafirma que, más allá de la ponderación, el efecto debe ser negativo para el proceso competitivo.

⁷⁰ De acuerdo con el artículo 12.1. de la Ley de Conductas Anticompetitivas “se entiende por prácticas colusorias verticales los acuerdos, decisiones, recomendaciones o prácticas concertadas realizados por agentes económicos que operan en planos distintos de la cadena de producción, distribución o comercialización, que tengan por objeto o efecto restringir, impedir o falsear la libre competencia” (subrayado agregado).

En tal sentido, a diferencia del caso de Telefónica Multimedia y de Distribuidora Norte Pacasmayo, en el que también existían obligaciones de exclusividad, la Sala, además del análisis de las eficiencias que pueden generar los contratos de exclusividad suscritos ante los posibles efectos adversos que puedan a la vez presentarse, hace énfasis en la necesidad de determinar si, a pesar de existir mayores efectos anticompetitivos que beneficios, se ha verificado en el caso en particular que se presenta un daño concreto o potencial (pero inminente y cierto) para la competencia y, en consecuencia, para los consumidores. En los dos casos anteriores, el análisis se agotaba en determinar si existían o no eficiencias considerables que sustentaran la práctica restrictiva, incluso haciendo recaer el peso de la carga de la prueba en el denunciado⁷¹, cuando lo correcto es que el denunciante acredite los daños concretos o potenciales y que el denunciado, posteriormente, tenga la posibilidad de desvirtuarlos.

En suma, consideramos que resulta positiva la reafirmación de la necesidad de determinar la existencia de efectos exclusorios negativos para la competencia, los que ciertamente deberán ser acreditados en el curso de los procedimientos, sobre la base de las pruebas que aporte el denunciante.

No obstante lo anterior, como se desprende de lo expuesto en la primera parte de este trabajo, la doctrina norteamericana se encuentra dividida respecto a la conveniencia de contar con una sola regla o test de análisis o si conviene desarrollar también reglas específicas. La solución parecería inclinarse por no confiar en una sola regla, dado el riesgo de error, dificultades de administrabilidad, entre otros problemas ya comentados.

Asimismo, en los debates sostenidos por autores norteamericanos, se aprecia la preocupación por encontrar un único test así como “puertos seguros” (como se ha logrado desarrollar para los casos de precios y licitaciones predatorias) para definir cuándo una “conducta unilateral” debe ser sancionada y cuándo se trata de una

⁷¹ Al respecto el voto en minoría, en el caso Telefónica Multimedia, señaló respecto de la carga de la prueba en el procedimiento lo siguiente:

“La Resolución de la mayoría, al señalar que la empresa imputada no ha demostrado sus efectos beneficiosos, está presumiendo que éstos tienen efectos nocivos en el bienestar de los consumidores. La resolución señala que la empresa imputada no ha presentado pruebas que demuestren la inversión en el posicionamiento y desarrollo en el mercado de los canales objeto de exclusividad (publicidad, promociones, etc.). Los firmantes de este voto consideran que tal presunción no tiene base en norma legal que la autorice, pues el Decreto Legislativo 701 no establece en ninguno de sus artículos la inversión de la carga de la prueba ni la obligación de demostrar la justificación de la conducta desarrollada” (el énfasis es nuestro).

práctica competitiva agresiva o eficiente y por ende, lícita. Se ha explicado que no existe consenso en Estados Unidos sobre “el test” adecuado para analizar los casos de conducta unilateral, dado que cada uno presenta ventajas y desventajas en su aplicación. Sin embargo, sí existe consenso en afirmar que estos tests pueden resultar de utilidad, dependiendo del caso concreto, para adoptar decisiones que disminuyan el riesgo de error judicial así como para unificar principios y lograr una doctrina más uniforme. Ello, además, es lo que viene ocurriendo en los hechos, en tanto la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado tests específicos que coexisten con una regla de la razón que sería el “default test”, con lo cual el “ideal”, para algunos, del estándar único sería poco factible. Ello no enerva el hecho de que la búsqueda de estándares de análisis de la conducta unilateral cada vez más precisos sea de la mayor importancia.

4.4. ¿Ha adoptado nuestra ley algún estándar?

La Ley de Conductas Anticompetitivas ha optado por analizar los casos de conducta unilateral (abuso de posición de dominio) bajo el criterio de prohibición relativa. No obstante, como ya se ha anotado, nuestra Ley no se refiere expresamente a la regla de la razón. Ello podría implicar que nuestra legislación admite un debate similar al que se ha venido dando desde hace un tiempo en los Estados Unidos, es decir, debatir si ese es el estándar más adecuado para analizar las conductas.

Consideramos que, más allá de las denominaciones, la llamada “prohibición relativa” en nuestra Ley implica un criterio que puede admitirse como equivalente a la regla de la razón o que, en todo caso, admite su aplicación por ser compatible con ella, en tanto el análisis de efectos negativos a que se refiere el artículo 9 no puede ser una regla “todo o nada” esto es, que bastaría que se verifiquen los efectos negativos (sin ponderar los efectos positivos o eficiencias) para sancionar. Ello indicaría que tendría que ponderarse los efectos positivos, de haberlos, y tomar el “efecto neto” es decir, el *balancing test* del caso *Microsoft*, e incorporar un criterio de equidad o razonabilidad en el análisis. De observarse sólo efectos negativos, el análisis terminaría y se sancionaría a la empresa denunciada.

Adicionalmente, como ya se anotó, el Decreto Legislativo 701 tampoco contenía una referencia expresa a la regla de la razón y la ilegalidad *per se*; sin embargo, la jurisprudencia inicial de INDECOPI acogió esa distinción para el análisis de las prácticas anticompetitivas y se aplicó por varios años⁷², lo que evidenciaría que no

⁷² Hasta el cambio de criterio con el precedente SOAT, ya comentado, que ha hecho positiva la

sería imprescindible contar con una referencia o definición legal para su aplicación. Ese ha sido el caso de los Estados Unidos, donde la distinción y aplicación de ambos tipos de análisis fue resultado de la elaboración jurisprudencial.

Por lo demás, nuestra legislación es distinta de la SAA en que contiene descripciones de algunas conductas que constituyen infracciones que en cierta forma ya brindan un “punto de partida” para aplicar la regla de la razón. Es decir, la estructura de la Ley predispone a dicho análisis, mientras que la SAA tiene un texto más abierto⁷³. En Estados Unidos la aplicación del test es para determinar si la conducta unilateral es exclusoria o no, ya que, considerando la amplitud de la regla de la SAA, fijar reglas o estándares de análisis resulta imprescindible. Nuestra Ley, en cambio, da ciertas pautas de análisis al describir algunas de las conductas que configuran un abuso de posición de dominio y que, como indica el artículo 10.2. son conductas exclusorias o deben serlo para ser sancionables.

Así, por ejemplo, la descripción legal de la discriminación injustificada de precios y condiciones implica que la existencia de una justificación para aplicar condiciones diferentes es suficiente para no continuar con el análisis. No obstante, si no existe justificación deberá probarse que se colocó en situación desventajosa a uno o más competidores frente a otros (el siguiente paso del análisis de la regla de la razón) es decir, el efecto exclusorio. Igualmente, en el caso de las cláusulas de atadura, si los contratos o condiciones adicionales guardan relación con el objeto de los contratos a los que se atan, se podría presumir que estos no afectan la competencia. En caso se verificara que no existe tal relación, el siguiente paso consistiría en el análisis de los efectos exclusorios en el mercado.

Estaremos en igual situación que la SAA en caso se pretenda aplicar el inciso h) del artículo 10.2., según el cual son sancionables los actos desarrollados por una empresa con posición de dominio “... *que impidan o dificulten el acceso o permanencia de competidores actuales o potenciales en el mercado por razones diferentes a una mayor eficiencia económica*”, ya que es una disposición de similar

determinación legal de los criterios de análisis.

⁷³ Para darnos una idea, una norma equivalente a la de la *Sherman Act* sería aquella que tuviera el artículo 10 de nuestra Ley pero sólo con la redacción del acápite 10.1. y sin la lista de conductas del 10.2. Como ya se ha anotado el artículo 10.1. establece que “[s]e 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”.

amplitud que requerirá de un análisis del efecto exclusorio de la conducta. En este supuesto, tendremos que analizar el caso en particular de la conducta distinta a las demás del artículo 10.2. para determinar si implica una afectación a la competencia por tener un efecto exclusorio similar a otros casos de abuso de posición de dominio.

En ese sentido, puede decirse que la LRCA simplifica el problema del análisis de la conducta en algunos casos, con la descripción de las conductas que constituyen las infracciones más comunes, pero siempre será necesario hacer un análisis del efecto exclusorio; de hecho, así ha venido analizando el INDECOPI las prácticas. Evidentemente, donde un análisis como el de la regla de la razón será más útil es en las prácticas verticales y, eventualmente, en los casos de abuso de posición de dominio en que aplicando los pasos anteriores al *balancing*, no se determine la improcedencia de la sanción. Por ejemplo, si un denunciado con posición de dominio no tiene una justificación para la negativa de trato, ello no sería suficiente para sancionar. En ese caso, siempre deberá analizarse si existe un efecto exclusorio y de no advertirse éste, no se deberá sancionar. En los casos en que se justifica la negativa, como ya se dijo, el análisis terminará sin sancionar al denunciado. En principio, debe presumirse la legalidad de la práctica, salvo que se demuestre, sin dudas, el efecto adverso en la competencia.

No obstante lo mencionado anteriormente, ¿puede decirse que la prohibición relativa, entendida como un criterio similar a la regla de la razón, impide la elaboración de estándares o test específicos? Parecería que no, siempre y cuando se cumpla con establecer el test para analizar un efecto exclusorio y no se contravenga la Ley creando tests que terminen sancionando conductas como “precios excesivos” o negativas arbitrarias de trato.

Hay, ciertamente, una ventaja práctica en aplicar la regla de la razón frente a desarrollar estándares específicos y es que esta es una regla lo suficientemente flexible como para adaptarse a las diversas conductas, pese a que se sacrifica con ella la predictibilidad, pues es difícil que las empresas hagan un análisis de su conducta antes de realizarla que sea siquiera similar al que la autoridad de competencia realiza *ex post*. Sin embargo, el criterio de razonabilidad, brinda un parámetro general a las empresas, en tanto la autoridad de competencia no debería adoptar criterios que supongan que la empresa debió actuar irracionalmente.

Si bien lo más deseable sería contar con parámetros que brinden una mayor predictibilidad, debe reconocerse que ningún estándar es perfecto y más bien los

defectos de los tests alternativos desarrollados anteriormente, parecen indicar que la regla de la razón es un buen camino.

En tanto ninguna solución que se adopte al respecto será ideal, debe tomarse en consideración aquello que pueda ser manejado por la autoridad, pues en muchos casos, un análisis también “perfecto” será imposible, en tanto la autoridad no cuenta con información o conocimiento pleno del problema o muchas veces, ni siquiera con información estadística o económica completa: “*Las reglas que buscan abarcar cada complejidad y calificación económica pueden, a través de los avatares de la administración, resultar contraproducentes, disminuyendo los mismos fines económicos que busca servir*”⁷⁴.

Lo anterior no obsta a que resulte saludable que la jurisprudencia pueda, afinando sus criterios en el futuro, proporcionar *safe harbors* a los administrados en aspectos puntuales, lo que sería de gran utilidad para dar certeza a los agentes económicos respecto de la legalidad de sus conductas.

Claramente, el problema de la administrabilidad y predictibilidad, más de orden práctico que estrictamente legal, matiza la discusión jurídica respecto al estándar de análisis de las conductas y no puede ser ignorado. De poco sirve tener reglas o estándares sofisticados si la agencia de competencia carece de las herramientas e información para aplicarlos y lograr su cumplimiento. Una autoridad más intervencionista estará preocupada de evitar *false negatives*, mientras que, por el contrario, una autoridad que se preocupe por los incentivos o señales que las decisiones mandan al mercado, se concentrará en evitar los *false positives*. El hacerlo sin dar la imagen de una autoridad excesivamente permisiva con las conductas empresariales anticompetitivas constituye el mayor reto.

V. Comentarios finales

Resulta necesario desarrollar estándares lo suficientemente sofisticados y eficientes que permitan sancionar aquellas conductas que efectivamente generen un daño al mercado y, por otro lado, que eviten castigar indebidamente una práctica que no es anticompetitiva. La tarea puede ser tan difícil y su resultado tan incierto como tratar de encontrar la piedra filosofal. En efecto, tanto el aplicar un estándar

⁷⁴ U.S. DOJ 2008: 37. “*Rules that seek to embody every economic complexity and qualification may well, through the vagaries of administration, prove counter-productive, undercutting the very economic ends they seek to serve.*” Traducción libre.

flexible que no sancione conductas verdaderamente perniciosas para el mercado y los competidores como, como por otro lado, emplear un estándar de análisis tan riguroso que termine por sancionar conductas que generan efectos pro-competitivos en el mercado; podría terminar por desalentar a los agentes económicos a invertir y desarrollar actividades beneficiosas para la competencia.

No debe perderse de vista que establecer un estándar de análisis adecuado coadyuva a alcanzar cierto nivel de predictibilidad en las decisiones que emita la autoridad de competencia, lo cual repercutirá en que los agentes que participan en el mercado adopten decisiones empresariales basadas en consideraciones de eficiencia y/o en respuesta a la actuación de sus competidores, sin temor a que estas puedan ser posteriormente reputadas como conductas anticompetitivas.

Será tarea de la jurisprudencia determinar cuál es el estándar más adecuado para analizar las conductas unilaterales exclusorias y, eventualmente, desarrollar otros alternativos al de la regla de la razón.

Referencias

- BORK, Robert H. (1993) *The Antitrust Paradox. A policy at war with itself*. New York: The Free Press
- CARLTON, Dennis (2001) *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusal to Deal – Why Aspen and Kodak are misguided* (última consulta: 3 de agosto de 2009). (<http://www.nber.org/papers/w8105>).
- CRANE, Daniel A. (2010) *Predation Analysis and the FTC's Case against Intel*. (última consulta: 19 de octubre de 2010) (<http://law.bepress.com/umichlwps/empirical/art16>).
- EPSTEIN, Richard A (2005) *¿Dominio monopólico o competencia en igualdad de condiciones?* En: Lima, *Ius et veritas* N° 30. Año 15.
- GOYDER, D.G. EC (2003) *Competition Law*. 4ª.ed. Oxford: Oxford University Press.
- GRIMM, Karen L. (2008) *General Standards for exclusionary conduct* (última consulta: 3 de agosto de 2009). (<http://www.ftc.gov/os/sectiontwohearings/docs/section2generalstandards.pdf>).

- HEWITT PATE, R. (2003) The common law approach and improvising standards for analyzing single firm conduct (última consulta: 3 de agosto de 2009). (<http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/202724.pdf>)
- HOVENKAMP, Herbert. (2006) Antitrust and the Dominant Firm: Where do we stand? (última consulta: 3 de agosto de 2009). (http://www.ftc.gov/os/comments/section2_hearings/hovenkamppaper.pdf)
- JACOBSON, Jonathan (2002) Exclusive Dealing, “Foreclosure”, and Consumer Harm. Pp. 311-369 Antitrust Law Journal. Vol. 70.
- JACOBSON, Jonathan (2009) Towards a Consistent Antitrust Policy for Unilateral Conduct (última consulta: 3 de agosto de 2009). (<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/09/02/02-09.html>)
- KOLASKY, William. (2008) The Justice Department’s Section 2 Report: A Mixed Review (última consulta: 3 de agosto de 2009). (<http://www.abanet.org/antitrust/at-source/08/10/10-08.html>)
- LAO, Marina (2007). “Defining Exclusionary Conduct Under Section 2: The case for non-universal standards”. pp. 433-468. En: Competition Law Institute. *International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, Inc.
- LERNER, Abba (1934). *The concept of monopoly and the measurement of monopoly power*. pp. 157-175. En: Review of Economic Studies. No. 1.
- SALOP, Steven C. (2007). *The controversy over the proper antitrust standard for anticompetitive exclusionary conduct*. pp. 477-505. En: Competition Law Institute. *International Antitrust Law and Policy*. New York: Juris Publishing, Inc.
- WHISH, Richard (2003). *Competition Law*. 5ª.ed. London: LexisNexis.
- U.S. Department of Justice (2008). Competition and Monopoly: Single-Firm conduct under section 2 of the Sherman Act (última consulta: 3 de agosto de 2009). (<http://www.usdoj.gov/atr/public/reports/236681.htm>)